

LA VIDA PRIVADA Y LA PROPIA IMAGEN COMO OBJETOS DE DISPOSICIÓN NEGOCIAL*

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y ROL DE LA VOLUNTAD

1. El derecho a la vida privada: intento de caracterización

A manera de presupuesto previo, y antes de entrar en el problema de los actos de disposición de aspectos de la intimidad personal, queremos explicitar las principales ideas en las que se sustenta nuestra visión sobre el derecho a la intimidad y a la imagen.

Sobre la privacidad o intimidad podemos adelantar las siguientes nociones básicas:

1º) La privacidad se funda en la dignidad humana (interioridad que permite al hombre ser un fin en sí) y en su carácter relacional (que lo conecta con una red de relaciones en que unos son partes y otros terceros ajenos);

2º) La vida privada como bien jurídico se edifica sobre una realidad de corte antropológico pero es más que ella, ya que se trata de un concepto normativo no descriptivo;

3º) Como concepto normativo, la privacidad debiera obedecer a un propósito unificado y no a dimensiones fragmentadas y autónomas entre sí;

4º) La privacidad se pierde cuando existe una intromisión que permite tomar conocimiento de hechos personales reservados, o cuando existe una difusión de esos hechos a personas ajenas o a un público indiscriminado; y

5º) No hay pérdida de privacidad, sino en su caso, lesiones a otros intereses jurídicos, cuando se utiliza o distorsiona la apariencia ajena o cuando se regula o impide normativamente la adopción de ciertas decisiones personales, incluso en materias

* Este trabajo es parte de un proyecto de investigación financiado por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de Chile (Fondecyt N° 1980066) sobre "El respeto a la vida privada ante el Derecho civil chileno". Fue presentado al II Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial realizado en Trujillo (Perú) los días 8, 9 y 10 de junio de 2000.

sexuales. La utilización de la apariencia o el nombre ajeno dice relación más con la imagen que con la intimidad, como veremos a continuación.

Estamos en condiciones, así, de ofrecer nuestro concepto de intimidad como bien jurídico: *es la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones.*

En la definición concebimos la intimidad como una posición personal, que puede corresponder a una persona individual o a una entidad colectiva de carácter personal.

Esa posición consiste en la inexistencia de intromisiones o difusiones cognoscitivas. Se deslinda así la privacidad del derecho a la honra, a la imagen, a la integridad física y la libertad para adoptar decisiones personales. La distinción con el derecho a la imagen merece algunos comentarios adicionales.

2. Vida privada y propia imagen

La relación entre intimidad y protección de la imagen es más cercana y difícil de delimitar que la existe entre vida privada y honor. En efecto, hay ordenamientos jurídicos en los que el derecho a la imagen ha suscitado protección como una especie de manifestación de la privacidad.

En el Derecho norteamericano se ha reconocido que la utilización del nombre o de la figura de una persona hecha con fines lucrativos y sin consentimiento del afectado, constituye una forma del ilícito civil denominado *privacy*. Así lo establece Prosser¹, y en general es seguido en esto incluso por sus oponentes. No obstante, de allí se deriva un *right to publicity*, que consiste no ya en impedir la difusión in consentida de imágenes, sino en el derecho de explotar lucrativamente el nombre o la imagen propia y que, como consecuencia, excluye el uso in consentido con fines de anuncio publicitarios².

¹ PROSSER, William L., "Privacy", en *California Law Review*, 48, 1960, pp. 401 y ss.

² Cfr. BARNETT, Stephen R., "'The Right to One's Own Image': Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain", en *The American Journal of Comparative Law*, 47, 1999, pp. 555 y ss., que sugiere que la diferencia entre la protección estadounidense del *right to publicity* y la del derecho a la propia imagen del Derecho español no es tan diversa como se pretende.

En el Derecho francés, el reconocimiento legal del derecho a la vida privada y la ausencia de una norma específica respecto de la protección de la imagen, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a calificar el uso no autorizado de la imagen como una forma de violación del derecho a la intimidad de la vida privada, que autoriza el ejercicio de las medidas contempladas en el art. 9 del Código Civil³. En el Derecho español, la ley orgánica 1/1982 es ambigua y no se pronuncia sobre si ella ampara tres derechos distintos (honor, intimidad e imagen) o si sólo es un derecho con tres caras. La jurisprudencia suele mezclar los conceptos de intimidad e imagen. Entre los autores tampoco hay claridad de criterios⁴.

Lo inverso ha ocurrido en Italia donde el derecho a la imagen aparece ya explícitamente consagrado en el art. 10 del Código Civil de 1942, y no así el derecho a la intimidad. Surge, entonces, la cuestión de si la ley italiana reconoce la pretensión de intimidad como un derecho subjetivo comparable con el de imagen. Mientras unos defienden la postura negativa sosteniendo que la consagración del derecho a la imagen excluye la construcción de un derecho a la privacidad, otros empleando el argumento analógico, postulan que el derecho a la privacidad (*riservatezza*) debe ser ampliamente reconocido y la protección de la imagen debe concebirse como una de sus formas de presentación.

En el Código Civil peruano pueden reconocerse dos derechos de la personalidad: el de la intimidad de la vida personal y familiar (art. 14) y el derecho a la imagen y voz (art. 15).

Pensamos que esta última es la posición correcta. Aunque reconociendo que las fronteras entre la privacidad y el derecho a la imagen son tenues por estas conexiones en el surgimiento de ambas figuras jurídicas, pensamos que ellas existen y que el derecho a la imagen deben ser tratado como un bien jurídico, y, en su caso, como un derecho autónomo e independiente de la intimidad⁵.

³ Por todos, KAYSER, Pierre, *La protection de la vie privée par le droit*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 3ª edic., Paris, 1995, pp. 183 y ss.

⁴ BUSTOS PUELICHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 133, sostiene que el bien imagen consiste en la reserva o preservación del propio físico o efigie en tanto que revelador de la persona, por lo que es dudosa la autonomía del derecho a la imagen, y "más parece una faceta o modalidad de la intimidad". AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 187-191, defiende la autonomía teórica del derecho a la imagen, pero reconoce que el texto de la ley orgánica es ambivalente en esta materia: "La ausencia de una noción suficientemente clara del derecho a la intimidad y el hecho de que se haya pretendido obtener la claridad conceptual a partir de la casuística ha impedido que la Ley Orgánica manifieste con precisión la autonomía de ambos derechos".

⁵ En contra, en Chile se suele asimilar el derecho a la imagen al derecho a la intimidad por no aparecer mencionado expresamente en el art. 19 N° 4 de la Constitución. Así, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la privacidad y la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), año IV (1998), N° 2, p. 71, afirma que "la protección de la imagen de la persona salvaguarda la intimidad".

En efecto, el derecho a la vida privada tiene por objeto evitar comportamientos invasivos que tengan como finalidad y resultado un conocimiento sobre hechos o relaciones reservadas. El aspecto cognoscitivo tiene un rol fundamental en la delimitación del concepto de intimidad. En el derecho a la imagen, en cambio, lo protegido no es que la persona venga a ser conocida en sus hechos íntimos, sino que su apariencia o rasgos distintivos sean utilizados para fines ajenos a su interés. Cuando se capta una imagen fotográfica de una persona con su consentimiento o en un lugar público en que se presume ese consentimiento, pero después se la utiliza para publicitar un producto o servicio, no hay lesión de la privacidad, pero sí lo habrá del bien jurídico o derecho a la imagen.

Ahora bien, si se capta subrepticamente una imagen de una persona en un espacio íntimo y luego se la publica con un afán de dar a conocer la conducta, la actitud, el vestuario u otros aspectos que son deducibles de la figura reproducida, lo que se está haciendo no es utilizando la imagen ajena ya conocida para publicitar un producto o recomendar un servicio, sino que difundiendo hechos privados con una finalidad predominantemente cognoscitiva. Este caso debiera ser tratado como lesión del derecho a la privacidad, y no del derecho a la imagen.

La distinción ha de colocarse en el propósito y el resultado: si se trata de un afán utilitario (usar la imagen como medio para vender, colocar o incentivar el uso de un producto o servicio) o un propósito divulgativo (dar a conocer a la persona en una determinada actitud, comportamiento, lugar o vestido). Si existe lo primero, estaremos frente al derecho a la imagen; en el segundo caso, se tratará del derecho a la vida privada.

Ello no obsta para admitir que en ciertos casos también puede existir un concurso, ya real, ya material, entre violación a la privacidad y lesión a la imagen. Así, por ejemplo, si se usan dispositivos electrónicos para captar la voz de una persona en su casa, y luego se utiliza la grabación para anunciar un producto.

Incluso es posible imaginar un comportamiento que vulnere conjuntamente el honor, la privacidad y el derecho a la imagen, como si por ejemplo alguien capta imágenes deshonorosas de una persona invadiendo sectores de su intimidad y luego con ánimo de humillarla las utiliza para vender mejor un producto⁶.

⁶ AZURMENDI, A., ob. cit., p. 187.

3. Incidencia jurídica de la voluntad autorizante del afectado por la intromisión

La voluntad del interesado que autoriza a que una tercera persona que, en principio es ajena al hecho o relación íntima, participe y tome conocimiento de ellos e incluso los difunda, puede ser comprendida de varias formas. Clavería Gosálbez ofrece una buena síntesis de las distintas posiciones que se han defendido a este respecto⁷.

Los negocios jurídicos que autorizan la intromisión o revelación de la vida privada, pueden ser entendidos:

1º) Como causas de justificación de la intromisión, al mismo nivel que el interés público. De esta manera, la intromisión en la vida privada estaría justificada o sería lícita sólo si el ordenamiento lo permite en virtud del principio del interés público o, en caso contrario, cuando el interesado consiente.

2º) Los negocios jurídicos autorizantes pueden verse como ejercicio de una facultad de renuncia parcial al derecho a la vida privada, que constituirían excepciones al régimen general de indisponibilidad de los derechos de la personalidad.

3º) Otra vertiente entiende que con las autorizaciones no se hace nada más ni nada menos que ejercer el derecho a la vida privada, si se lo entiende con un contenido positivo, en el sentido de control sobre las informaciones personales.

4º) Finalmente, hay quienes ven en los actos autorizantes lucrativos una manifestación de un derecho patrimonial de explotación económica o comercial de la vida privada o la propia imagen.

A nuestro juicio, la tesis mejor fundada es la primera, y con razón ha suscitado la adhesión mayoritaria de los autores. La segunda posición, no parece completa en su explicación según tendremos oportunidad de examinar a continuación.

La tercera, debe descartarse en cuanto pensamos que conceptualizar el derecho a la vida privada como un poder de control, lo desfigura y lo lleva al terreno de la libertad y la autonomía personal, que son valores diferentes. La cuarta, tiende a patrimonializar en exceso, derechos que deben permanecer como extrapatrimoniales⁸.

⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", en *Anuario de Derecho Civil* 1994, 3, p. 41-42. pp. 31-69

⁸ En este sentido, no compartimos el enfoque general de BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "No se lo digas a nadie. ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?", en *Ius et Veritas* (Universidad Católica del Perú), año IX, Nº 17, pp. 166 y ss., para quien el derecho a la privacidad debe construirse sobre el prototipo del derecho de propiedad, de modo que nada impide que funcionen los mecanismos de mercado para la transacción de espacios de intimidad. Si se dan problemas, ellos provendrían de una deficiente delimitación del derecho de privacidad más que de un mal funcionamiento del mercado. La óptica patrimonializante, aunque puede prestar servicios en la perspectiva del análisis económico del Derecho, es insuficiente, e incluso peligrosa, cuando se trata de bienes

Clavería, sin embargo, objeta a la primera tesis que "coloca en un mismo plano lo que debe hallarse en dos diferentes: el Ordenamiento debe perfilar, en efecto, qué intromisiones o revelaciones admite y cuáles no y si la presencia de interés público convierte en legal lo que sin él no lo sería, pero siempre partiendo del supuesto de inexistencia de consentimiento del afectado: cuestión diversa es el supuesto de que tal consentimiento concurra, lo que genera la necesidad de establecer un régimen destinado a ello: el consentimiento no es, a mi juicio, un elemento configurador del supuesto X (como sucede con el interés público), no generador del supuesto Y, en cuanto que altera las bases del problema y provoca la necesidad de un régimen completo diferente"⁹.

La crítica nos resulta poco clara. La verdad es que lo que busca el autor es hacer sitio a la teoría del contrato de disposición sobre aspectos de la vida privada, que no fue contemplado en la ley española 1/1982, y de allí que mire sólo al acto unilateral que esta ley regula como causa de justificación, y no así el contrato dispositivo. Pero en cuanto a la intromisión, tanto en el acto unilateral de autorización como en el contrato, la voluntad cumple un rol justificante, es decir, legitima la conducta. Como sostiene Vidal Martínez, la autorización "funciona rigurosamente como una causa de exclusión de antijuridicidad. No habrá injuria; no habrá intromisión ilegítima en el ámbito protegido – siempre en términos jurídicos- si el titular del derecho ha otorgado al efecto su consentimiento expreso"¹⁰.

4. Irrenunciabilidad del derecho a la privacidad o imagen y voluntad autorizante

Una gran dificultad para construir la teoría de los actos autorizantes de las intervenciones en la vida privada o imagen la plantea la calidad de derecho de la personalidad y fundamental del derecho a la intimidad. En efecto, como se ha señalado es una característica esencial de este tipo de derechos su indisponibilidad; es decir, que no pueden ser objeto de renuncia, transferencia o transmisión, sea gratuita u onerosa. En este sentido, por ejemplo el art. 5 del Código Civil del Perú señala que los derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y que no pueden ser objeto de cesión; mientras que sus arts. 14 y 15 disponen que el asentimiento del afectado permite la exposición de la intimidad y la utilización de la imagen y de la voz. ¿Cómo pueden coordinarse de un modo plausible ambos criterios?

vinculados directamente a la persona humana y que escapan a ponderaciones de carácter pecuniario: ¿cuánto vale la dignidad de la persona?...

⁹ CLAVERÍA, L., ob. cit., pp. 41-42.

¹⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 77.

Debe despejarse primero la situación más extrema y que es que, obviamente, resultará excluido todo acto por el cual una persona se despoje totalmente de su derecho a la vida privada o a la imagen. Tal renuncia está prohibida sin más. Por ello, por más que una persona haya permitido repetidas veces una intromisión en su vida privada, no por eso pierde el derecho a repeler la agresión antes tolerada o consentida.

Pero la cuestión se mantiene respecto de las injerencias puntuales que son permitidas a terceros: ¿habría aquí una renuncia al derecho a la vida privada que procedería de manera excepcional por tratarse de un aspecto y no de todo el derecho a la intimidad?

La cuestión es compleja. A nuestro juicio, el principio de la indisponibilidad, y por consecuencia de la irrenunciabilidad, del derecho a la privacidad puede ser conjugado con la eficacia legitimante del consentimiento del afectado, si se observa que la ley no exige voluntad de disposición para otorgar el efecto justificante al acto. Es decir, no hay propiamente un acto jurídico de renuncia, que es necesariamente un acto de disposición o enajenación de un derecho o parte de él. No hay pues, una renuncia que, por excepción, haya extinguido respecto de su titular el derecho a la privacidad. Se trata, en cambio, de un derecho que se mantiene vigente, pero que ante un acto autorizante (que se satisface con una voluntad de admitir la intromisión del tercero) se entiende justificadamente limitado o afectado.

No existe pues extinción, ni siquiera parcial, del derecho, sino mera causal de justificación.

II. FORMAS DE DISPOSICIÓN NEGOCIAL DE LA INTIMIDAD O IMAGEN

1. Tipos de actos relativos a la vida privada o imagen

Existen dos clases de actos jurídicos legitimantes respecto de la vida privada, y lo mismo parece poder decirse del derecho a la imagen. Tenemos, por una parte, actos unilaterales, en que sólo opera la voluntad del titular del derecho a la vida privada que consiente en que un tercero interfiera o difunda hechos de su privacidad. Estos actos unilaterales serán normalmente *inter vivos*, pero conviene analizar la posibilidad de actos autorizantes *mortis causa*.

Luego tenemos actos jurídicos bilaterales, en los que se da un acuerdo entre el titular del derecho a la vida privada y la persona o empresa interesada en incursionar en ella. Lo normal es que estos actos jurídicos asuman la forma de contratos, por cuanto ambas partes se obligan, la una a permitir el ingreso en la vida privada, difundir aspectos de ella o utilizar su imagen, y la otra a otorgar una contraprestación sea en dinero u otros bienes. En caso de admitirse este tipo de convenciones, cuestión que

pasaremos a estudiar enseguida, deberíamos conceder que se trata de un contrato atípico e innominado: "Modelo contractual que, además de atípico - escribe Cabezuelo Arenas- es innominado, carece de una denominación específica e incluye las prestaciones más diversas: desde plegarse a responder a una serie de preguntas acerca de la vida privada, para su posterior publicación, hasta suministrar fotografías que ilustren el reportaje, posar, etc"¹¹.

2. Formas y alcances del consentimiento autorizante

Dos problemas debemos enfrentar en esta materia, y esto, tanto para los actos unilaterales como para los contratos relativos a la vida privada. El primero dice relación con la forma que debe adoptar la voluntad autorizante, es decir, si se admite la voluntad tácita o presunta. El segundo se refiere, una vez precisado que existió voluntad autorizante, a los límites o alcances que debe darse a esa autorización.

Comencemos por el primer punto: el relativo a la forma de la voluntad. Hay consenso en que el consentimiento legitimante puede ser declarado explícitamente o en forma tácita. Habría consentimiento tácito cuando la aquiescencia para la intromisión se deduce inequívocamente de cierto comportamiento del titular del derecho, como si alguien posa para un fotógrafo de una revista. O'Callaghan distingue entre consentimiento directo y consentimiento indirecto. Señala que el consentimiento indirecto sería aquel que se basa en la colocación del titular del derecho "en una situación polémica en la que él mismo atenta, en mayor o menor grado, al honor ajeno y cuando se atenta igualmente al suyo, se debe estimar que indirectamente lo ha consentido"¹². El autor coloca un caso de lesión al honor, pero podría aplicarse el concepto también al derecho a la intimidad o imagen. En todo caso, nos parece que este consentimiento indirecto no es más que una forma de consentimiento tácito o presunto: de la posición en la que voluntariamente se ha colocado el afectado se deduce que él consiente las lesiones a la intimidad que se le infieran. Así, por ejemplo, si un famoso personaje cobra por asistir a un programa de televisión en el que se sabe explotan facetas de la intimidad, no podría después señalar que no consintió en que se indagara en su vida privada y se le formularan preguntas indiscretas¹³. Cuando, por las circunstancias, no pueda construirse un consentimiento ni siquiera tácito, habrá que tener en cuenta la exposición imprudente al daño que funcionará como elemento atenuador de la responsabilidad del agente invasor.

¹¹ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Tirant Monografías, Valencia, 1998, p. 167.

¹² O'CALLAGHAN, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 60.

¹³ CABEZUELO, A., ob. cit., p. 177-178.

Una vez que tenemos el consentimiento, emitido explícita o implícitamente, es necesario efectuar una labor de profundización para precisar la conducta lesiva que resulta legitimada. Como estamos frente a una voluntad, que por excepción, permite que sea lícita la agresión a un derecho fundamental, el criterio que debe imponerse es el de la interpretación restrictiva. Como señala Salvador "consentir a una forma de comunicación pública no es conferir una licencia para llevar a cabo cualquier tipo de ellas"¹⁴. La voluntad deberá pues amparar sólo las intromisiones y revelaciones contenidas en sus propios términos y como, atendidas las circunstancias, pudo entenderlas el destinatario. Los motivos o la intención del destinatario no formarán parte del acto del concedente, salvo que se les incorpore expresamente (por ejemplo, que se trate de una publicación para fines científicos).

Otro criterio interpretativo para fijar el alcance del consentimiento será si existe remuneración, y cuál fue su monto¹⁵.

Lo ideal será que todo ello se exprese en el contrato o acto respectivo¹⁶.

En cualquier caso, es claro que el consentimiento sólo autoriza para penetrar en la vida privada de la persona que lo otorga y no en la de otros individuos relacionados con ella. Si alguien cuenta detalles de su juventud y revela con nombre y apellidos a otras personas que realizaron junto con él actos contrarios a la moral, el consentimiento del primero no justificará para nada la intromisión en la vida privada de los aludidos, los que podrán reclamar.

¹⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1990, p. 380.

¹⁵ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 57.

¹⁶ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 57: "Es aconsejable determinar en el texto contractual con total claridad el contenido de lo que se pretende publicar (fotografías, datos de la vida privada), la naturaleza del medio, el ámbito geográfico de difusión, la duración temporal y las prestaciones instrumentales o preparatorias (sesiones de toma de fotografías o grabaciones, entrevistas, etc.); asimismo debe determinarse si la persona autorizante permite al otro contratante la cesión del contrato a tercero y en qué condiciones, debiendo entenderse que, en omisión de esta cláusula, no cabe la cesión, dadas las características de estos negocios (de índole patrimonial, pero estrechamente vinculados a la personalidad) y dado que la cesión podría trastocar de hecho los otros elementos pactados (ámbito, finalidad, duración, reutilización, etc.); obviamente debe consignarse si el derecho o facultad se cede en exclusiva, lo que guarda estrecha relación con el ámbito geográfico y el límite temporal; no olvido tampoco los elementos ordinarios de todo contrato (cuantía y modo de la remuneración) ni la posibilidad de cláusulas penales u otras garantías".

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO SOBRE ASPECTOS DE LA VIDA PRIVADA

1. Admisibilidad de la figura contractual

Sobre la procedencia de que se admita el contrato sobre intromisión o revelación de la vida privada de una persona, pueden enfrentarse visiones contrarias.

Por una parte, puede decirse que por tratarse de un derecho fundamental y de la personalidad, el derecho a la vida privada está fuera del comercio humano y no podría ser objeto de acuerdo contractual. Una cosa es que se repute lícita la intromisión que ha sido autorizada, y otra muy diversa es entender que el ordenamiento jurídico acoja la pretensión de quienes, por precio, están dispuestos a ventilar sus intimidades en público.

La ley española 1/1982 parece haberse fundado en este criterio, pues sólo contempla la posibilidad de autorización por acto unilateral, que es revocable "en cualquier momento", aunque con la obligación de resarcir los perjuicios que se derivaran de la revocación (art. 2.3).

Desde otra vertiente, se sostiene que deben separarse el derecho a la vida privada y a la imagen, de un derecho a la explotación económica de la privacidad y de la imagen, siguiendo las aguas del *right to publicity* del que se habla en el Derecho norteamericano. De esta manera, no habría inconveniente alguno en utilizar la técnica del contrato para disponer y disfrutar de estos aspectos patrimoniales de la personalidad¹⁷.

Frente a estas dos posiciones, es posible situar una posición intermedia que distingue entre el honor y la vida privada o imagen. Para el honor no podría admitirse la técnica contractual, ya que se estaría consintiendo en que una persona por precio fuere desacreditada y herida en su dignidad personal. Respecto de la vida privada y de la imagen, en cambio, es posible identificar intereses patrimoniales que pueden jugar de un modo diverso que el derecho fundamental y de la personalidad. Como señala, Clavería, no es necesario que esos intereses patrimoniales sean calificados de derechos subjetivos (del tipo del *right to publicity*) siendo suficiente que ellos sean lícitos y posibles para que proceda el contrato a su respecto: "Quiero decir que esos contratos no constituyen renunciaciones ni actos de disposición de los derechos de la personalidad, ni actos de ejercicio en sentido positivo de esos derechos fundamentales, ni, menos aún,

¹⁷ IGARTÚA, Fernando, "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en SALVADOR, P. (edit.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 319 y ss.

causas de justificación de las intromisiones, sino, más bien, ejercicio de una legítima autonomía negocial sobre facultades jurídicas de rango ordinario en el marco de un contrato atípico"¹⁸.

A nuestro juicio, la figura del contrato puede ser admisible si se le concibe como una técnica para evitar desequilibrios económicos y externalidades judiciales negativas. Antes que esperar el litigio y dejar al juez la dura labor de determinar cómo debe participar el afectado en las utilidades económicas que ha reportado la explotación de su vida privada o imagen, parece más razonable que esa transacción la realicen directamente los implicados y sin pasar por los costos de un proceso judicial.

Es atendible la construcción de Clavería en cuanto el objeto del contrato no sería propiamente el derecho a la vida privada o imagen, sino intereses lícitos de explotar aspectos de la privacidad o de la imagen, que aunque no tengan la consolidación suficiente para ser incluidos en la categoría de los derechos subjetivos, ni menos en la de los derechos fundamentales, justifican que se negocie sobre ellos.

Nos parece, sin embargo, que aunque el contrato opere sobre esos intereses o facultades de rango ordinario, es evidente que él tiene repercusiones en el derecho fundamental a la vida privada, impidiendo al disponente poner en acción ese derecho para evitar el cumplimiento del contrato. Es decir, la voluntad autorizante habrá actuado, además, como legitimación de la conducta invasiva. Habría que precisar lo que señala Clavería en el sentido de que el contrato no es una causa de justificación de la intromisión: en efecto, el contrato como tal, no, pero la voluntad autorizante que él contiene, sí opera como causal de justificación. La voluntad posee un doble rol en estas materias: legitima la incursión en la vida privada o la utilización de la imagen, por una parte, y por la otra, constituye el negocio jurídico en que se dispone, no del derecho fundamental a la intimidad o imagen (que por propia naturaleza es indisponible), sino de intereses privados de explotación de aspectos puntuales de la vida íntima o de la apariencia propia.

2. Las partes

Las partes del contrato son dos: la persona que permite que se acceda y se difundan aspectos de su privacidad (concedente); y la persona que pretende utilizar ese acceso y difusión con fines económicos.

¹⁸ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 51. En el mismo sentido, CABEZUELO, A., ob. cit., p. 166: "cuando hablamos de un contrato sobre bienes de la personalidad no aludimos a un comercio sobre derechos fundamentales, sino sobre aspectos patrimoniales que puedan presentar imagen e intimidad, completamente deslindados de su naturaleza constitucional...".

Respecto de la parte concedente surge el problema de los menores de edad e incapaces, ya que si se trata de persona mayor de edad y capaz no existen inconvenientes para aplicar las reglas generales de la contratación.

Si se trata de menores e incapaces la cuestión es ardua. En España se suscita controversia sobre si debe aplicarse la norma que para los menores dicta la Ley de Propiedad Intelectual (art. 44) o si debe aplicarse la disposición del art. 3 de la ley 1/1982 sobre los derechos al honor, intimidad e imagen. Salvador está por la primera posición en razón del contenido patrimonial de la disposición¹⁹. Clavería, en cambio, piensa que debe prevalecer el art. 3 de la ley 1/1982 con su llamada al Ministerio Fiscal y eventualmente al juez, diciendo que "incluso cuando se dispone de parcelas de la intimidad por dinero se implica efectivamente una persona mucho más que cuando se explota una novela"²⁰.

No debiera, en principio, haber dificultad dogmática para sostener que estas personas, por el hecho de ser tales, es decir, sujetos de derechos, son titulares de su propio derecho a la privacidad, sin que a ello sea óbice el hecho de que presenten disminuida o restringida su capacidad de ejercicio. Se dirá, con razón, que una cosa es que no puedan ejercer por sí mismos las acciones tendientes a la tutela judicial del derecho o ejecutar los actos que puedan implicar un consentimiento o autorización para la difusión de hechos personales, y otra cosa es que no sean titulares del derecho. Debe distinguirse el derecho como tal, que corresponde a cualquiera persona, y el ejercicio. La incapacidad sólo afecta al ejercicio del derecho.

No obstante, si se sostiene que, al tratarse de un derecho de la personalidad, no procede la representación legal, es decir, que no puede el representante ejercer a nombre del incapaz el derecho, entonces la frontera entre titularidad y ejercicio se difumina tanto, que podría sostenerse que los incapaces no tendrían propiamente derecho a la vida privada, si bien su intimidad constituiría un valor o bien jurídico amparado por mecanismos de tutela diversos del derecho subjetivo.

La objeción deberá ser resuelta en función de la operatividad que se otorgue a la representación respecto de los derechos de la personalidad, y particularmente del derecho a la vida privada. La doctrina común es partidaria de reconocer la representación legal en estas materias, aunque establece precisiones para evitar que el representante actúe contra la voluntad del incapaz que puede discernir sobre sí mismo, o contra sus intereses en caso contrario.

¹⁹ SALVADOR, P., ob. cit., p. 382.

²⁰ CLAVERÍA, L., ob. cit. p. 61.

La legislación chilena no se ha pronunciado al respecto. De esta manera, no puede exigirse de *lege lata* que el incapaz con discernimiento contribuya con su voluntad al consentimiento del representante. No obstante, el representante, tratándose de un derecho tan vital para la persona, deberá proceder con mucho cuidado para no dañar el interés del representado. En este sentido, cabe invocar el art. 222 del Código Civil chileno que establece que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del niño (en concordancia con el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño). Respecto del menor adulto sujeto a curaduría, pensamos que podría reclamar ante el defensor de menores si el curador pretende autorizar una invasión a su intimidad, por disposición del art. 441 CC. También podrá hacerlo el interdicto por prodigalidad, esta vez reclamando ante el ministerio público (art. 452 CC).

Quizás podrían complementarse, por vía analógica, estas normas con las que regulan la capacidad de los menores para celebrar contratos de trabajo. De manera que sólo procedería que el padre o madre (o en su caso el guardador) autorizara al mayor de quince años, o con ciertos resguardos al mayor de catorce años (art. 13 del Código del Trabajo chileno). Esto nos permitiría exigir que se exprese la voluntad del menor, y excluir que el representante conviniera una intromisión que no fuera consentida por el menor representado.

Se plantea también respecto de la parte concedente si puede serlo una persona jurídica. Personalmente, adherimos a la tesis que considera que las personas jurídicas son titulares del derecho a la vida privada, aunque no de la imagen (a falta de apariencia sensible). Sin embargo, en esta sede estamos analizando algo diverso, y es si las personas jurídicas tienen también intereses legítimos susceptibles de explotar económicamente relativos a su estructura o funcionamiento interno que puedan ser objeto de contrato. Nos parece que no existe ninguna razón para pretender configurar esos intereses en el seno de una persona jurídica, por lo que debe resultar excluida de la posibilidad de ser parte concedente de un contrato relativo a su vida privada²¹. La imagen o apariencia corporativa, puede quedar suficientemente garantida por los mecanismos de protección de la propiedad industrial y las leyes de libre competencia.

La parte destinataria o concedida será cualquier persona natural o jurídica. El contrato debiera individualizarla convenientemente. Deberá precisarse si se pacta con persona a designar o en favor de persona que se designará, y también si cabe la cesión de la posición contractual y a qué personas esta podría beneficiar. Coincidimos con Clavería que si no se pacta la cesión, ella debe reputarse excluida, salvo que sea

²¹ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 62, sostiene que "ni siquiera cabe concebir que posea intimidad o propia imagen en el sentido que ahora nos ocupa".

aceptada en su momento por el concedente²². Igualmente, será lícito el pacto de exclusiva, ya que es un instrumento necesario para preservar el interés económico de la operación²³

3. El objeto del contrato

El objeto del contrato no puede ser el derecho a la privacidad o imagen del concedente, ya que en tal caso estaríamos frente a un objeto intransferible.

El objeto son aquellas facultades o intereses reconocidas por el ordenamiento sobre aspectos patrimoniales del derecho a la intimidad o imagen.

Según varios autores, estos aspectos patrimoniales no se dan en el caso del honor, por lo que no cabría nunca que existieran contratos en los que una persona consienta en que se le insulte y se la desprecie. Esto iría contra los valores esenciales de la dignidad de la persona²⁴.

En cambio, es posible que los intereses patrimoniales de explotación de la intimidad y de la imagen puedan ser objeto de un acto jurídico contractual, pero no ilimitadamente, sino dentro del marco que plantean las normas sobre posibilidad y licitud del objeto. Como señala el jurista peruano Fernández Sessarego, el asentimiento para la intrusión en el ámbito de la intimidad o su divulgación, sólo es permitida "siempre que no se agredan las buenas costumbres"²⁵.

De allí que se estime, que será nulo el contrato por objeto ilícito, si las injerencias en la vida privada de una persona son totalmente injustificadas y para el divertimento ajeno y la exhiben en una clara situación denigratoria que llega incluso a poner en peligro su vida. Nuevamente la dignidad de la persona actuará como el criterio rector que impedirá que ciertas personas lucren haciendo escarnio con la miseria ajena: "no es concebible que sea merecedora de amparo, de tutela, la exposición de acontecimientos íntimos que rebajan objetivamente a su protagonista, ni aun en el caso de que sea éste mismo quien los exponga"²⁶.

Por esta razón, debieran excluirse aquellos compromisos contractuales en virtud de los cuales, una persona se obliga a desarrollar parte fundamental de su existencia

²² CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 62.

²³ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 62.

²⁴ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 63. Igual, Cabezuelo, A. L., ob. cit., p. 237.

²⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Grijey, 7ª edic., 1ª reimp. Lima, 2000, p. 74.

²⁶ CABEZUELO, A., ob. cit., p. 240.

frente a cámaras de televisión que difunden los pormenores de su intimidad a un público determinado o indeterminado ávido de fisgonear la vida de terceros (sea por televisión abierta, cable o internet). Contratos de concurso similares a los que se han dado en Europa para programas de televisión del estilo de los llamados "Big Brother's Show" debieran ser considerados nulos y, por tanto, inejecutables.

En caso de tratarse de una exposición pornográfica u obscena de aspectos de la vida privada el contrato también adolecerá de objeto ilícito (cfr. art. 1466 del Código Civil chileno)²⁷. Pero procedería la prohibición de repetir lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, por el adagio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo (principio recogido por el art. 1468 del Código Civil chileno).

4. La causa del contrato

Sin entrar en las discusiones sobre el concepto de causa, parece que el motivo que induce al acto o contrato en estas convenciones está dado por el intercambio entre revelación de vida privada o utilización de la imagen y prestación económica.

El problema de la causa ilícita se confunde con el del objeto ilícito, salvo que entendamos la causa como el móvil subjetivo de las partes. De esta forma, un contrato sobre la intimidad o la imagen que sería válido en cuanto al objeto, podría ser impugnado en virtud de la causa, si la intención concreta de las partes en ese acto era perjudicar a terceros o atentar contra la moral o el orden público.

Se pone el ejemplo del contrato por el cual se utiliza la vida privada y la imagen de una persona que físicamente se parece a un famoso, para dar la impresión de que el famoso publicita cierto producto²⁸.

5. La forma del contrato

Como se trata de un contrato atípico regirá para su perfección la regla general del consensualismo. Bastará por tanto el mero consentimiento para que se perfeccione, aunque ello sea desaconsejable por razones de certeza jurídica. En España, Clavería sostiene que "*De lege ferenda* yo exigiría la forma escrita *ad substantiam*"²⁹.

En Chile debiera aplicarse la exigencia de poner el contrato por escrito prevista en el art. 1707 del Código Civil, en la medida en la que el precio o contraprestación

²⁷ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 63.

²⁸ CABEZUELO, A., ob. cit., p. 255-258

²⁹ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 63.

económica que se prometa por la revelación de detalles de la vida privada, sea superior a dos unidades tributarias. Se tratará, por cierto, de una formalidad exigida vía *ad probationem*, y cuya omisión no afectará la validez del contrato.

6. La ejecución contractual

El contrato obliga a ambas partes, y en caso de que una de ellas no cumpla con lo pactado, el contratante diligente podrá ejercer las acciones del art. 1489 del Código Civil chileno, es decir, la de ejecución forzada de la obligación infringida o la de resolución del contrato.

Respecto de la posibilidad de ejecutar forzosamente el contrato cuando el concedente se rehúsa a cumplir, habrá que fijarse en la naturaleza de la obligación incumplida. Si se trata de una obligación de hacer, como por ejemplo, dejar que entren fotógrafos a su fiesta o dar una entrevista sobre su matrimonio, no podrá cumplirse coactivamente la obligación, y ella se resolverá en la indemnización de perjuicios.

Lo mismo sucederá si se trata de una obligación de no hacer, como por ejemplo, no autorizar a otro medio de prensa asistir también a su boda. El incumplimiento de la exclusividad dará derecho a la indemnización de perjuicios.

Pero ¿qué decir si ya la colaboración que se requería del concedente se prestó, y, por ejemplo, ya posó para las fotografías y dio la entrevista y ahora se opone a su publicación? Como estamos en el ámbito contractual, y ninguna disposición legal le reconoce la facultad de revocar unilateralmente el acuerdo, el otro contratante puede proceder a ejercitar su derecho sin que tenga que limitarse a cobrar los perjuicios que el arrepentimiento tardío de su cocontratante le haya irrogado³⁰.

Normalmente, el contrato determinará el plazo por el cual se pacta la divulgación de la vida privada. A nuestro juicio, no podría concebirse un contrato de duración indefinida, de manera, que la parte destinataria tenga el derecho a seguir indefinidamente divulgando la vida privada de una persona. Clavería piensa que el supuesto es admisible, pero con la facultad de revocación de la persona concedente sin que esa revocación dé lugar a indemnización de perjuicios³¹.

³⁰ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 64.

³¹ CLAVERÍA, L., ob. cit., p. 64.

Tampoco parecen aceptables los contratos de duración desproporcionada. Clavería sugiere que, en general, se reputa tal al contrato que se pacta por más de dos años, de manera que después de transcurrido el plazo cabe la revocación³².

V. LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES DE AUTORIZACIÓN

Para Clavería los actos unilaterales de autorización pueden ser de tres clases: actos unilaterales sin contenido patrimonial; actos unilaterales con contenido patrimonial y actos por causa de muerte. Entiende que los actos con contenido patrimonial, son aquellos que envuelven una cierta contraprestación económica, por lo que parece justo que se les aplique la normativa de la ley española 1/1982 en el sentido de que si se revocan, procede la indemnización de perjuicios. Finalmente, piensa que por testamento se puede designar a alguna persona que otorgue la autorización, o directamente puede facultarse para que determinadas personas accedan a la vida privada del testador difunto y puedan publicar sus intimidades. En estos actos no procedería la facultad de revocación, salvo que el testador la haya concedido al heredero o legatario al que otorga la facultad de explotar la vida privada³³.

No alcanzamos a apreciar bien la distinción entre acto unilateral de disposición de la privacidad, sin contenido patrimonial, y acto unilateral con contenido patrimonial. Se dirá que respecto del primero, sólo hay una autorización para incursionar en la vida privada y no se ejercen los poderes de explotación de la intimidad, mientras que en el segundo, el autorizante está otorgando o cediendo justamente esos poderes de explotación de la vida privada. Este acto de disposición de unilateral tiene bien poco, ya que se hace bajo el entendido de que habrá remuneración. Pero si la hay, habrá contrato y no acto unilateral.

En nuestra opinión, el acto unilateral de autorización será siempre gratuito, y por ende, debería ser revocable en cuanto a sus efectos futuros. Así, si una persona consiente en que se conozca una historia íntima por parte de un periodista, pero luego se niega a que ella sea publicada, debe entenderse que la subsiguiente publicación no estaría justificada. Nos parece que no procederá indemnización alguna para el receptor de la autorización revocada, al revés de lo que plantea la ley española 1/1982, puesto que en este caso, el medio de prensa sabía que la posterior publicación de la entrevista sólo sería posible en la medida en que la persona interesada no revocara su asentimiento. Es un riesgo asumido, al no haber procedido mediante la figura del contrato que sí otorga la seguridad del compromiso entre las partes.

³² CLAVERÍA, L., *ob. cit.*, p. 65.

³³ CLAVERÍA, L., *ob. cit.*, pp. 65-67.