

DERECHO A LA IMAGEN Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Elvia Lucía FLORES ÁVALOS*

SUMARIO: I. *Derecho a la imagen personal.* II. *Lesiones a la imagen personal y su relación con otros derechos de la personalidad.* III. *El derecho a la imagen y el derecho de autor.* IV. *Valor patrimonial de la imagen personal.* V. *Protección de la imagen ante relaciones patrimoniales.* VI. *Causas de justificación de la captación de la imagen.* VII. *Responsabilidad civil derivada del daño a la imagen personal.* VIII. *Bibliografía.*

I. DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL

La palabra imagen proviene del latín *imago, imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa. Para el caso específico de nuestro trabajo estamos hablando de la figura de una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser captada en dibujo, pintura, escultura, fotografía, y video, nuestra imagen así captada puede ser reproducida, publicada y divulgada por diversos medios, desde volantes impresos de la forma más rudimentaria, hasta filmaciones y fotografías transmitidas por televisión, cine, video, correo electrónico o Internet. Justamente lo vertiginoso y novedoso de los medios para captar y distribuir nuestra imagen, hacen que el derecho al respeto a la propia imagen adquiera importancia con independencia de otros derechos de la personalidad.

El respeto al derecho de la propia imagen es uno de los llamados derechos de la personalidad y, por tanto, es un derecho subjetivo con dos ver-

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y maestra en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho.

tientes: la positiva, que es la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen, para fines personales como recuerdos de familia, o bien la imagen personal puede traer aparejada consigo beneficios económicos como los ejercidos por modelos profesionales, actores, actrices, deportistas. La otra vertiente es la facultad para impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución de su imagen por un tercero, si ella no ha otorgado su consentimiento para tal efecto.¹

Entendemos entonces a la imagen como la representación gráfica de la persona y el derecho a la propia imagen como facultad para permitir o impedir su obtención, reproducción, difusión y distribución por parte de un tercero. Así encontramos una sentencia de Argentina que señala:

Por imagen habrá de entenderse “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, el derecho a evitar su reproducción.”²

El derecho a la imagen es “la facultad que tiene toda persona de impedir que se reproduzca su propia imagen, por cualquier medio, sin autorización expresa o tácita”,³ así como la facultad para obtener beneficios económicos por la explotación comercial de la misma.

II. LESIONES A LA IMAGEN PERSONAL Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Ha sido motivo de discusiones la existencia de lesiones al derecho a la imagen personal con independencia de daños a la vida privada, honor y fama, todos estos derechos conforman parte de los derechos de la personalidad, por tanto, tienen el mismo fundamento el respeto de la dignidad de la persona en sus relaciones sociales, es decir, en relaciones de igualdad

¹ Cfr. Rovira Sueiro, María E., *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)*, Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 2000, p. 33.

² Sentencia del 11 de abril de 1987 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de Argentina, Cabezuelo Arenas, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 77.

³ Cesario, Roberto, *Hábeas data; Ley 25.326*, Buenos Aires, Universidad, 2001, p. 88.

entre particular y particular. Pero cabe preguntarse ¿puede lesionarse sólo la imagen personal con independencia del honor, fama y vida privada?

Tradicionalmente se ha considerado que las lesiones a la imagen existen si y sólo si, la captación ilegítima de la imagen daña a la persona en su honor, fama o vida privada. Encontramos razonamientos en el sentido de considerar a la imagen personal como parte del derecho al respeto a la privacidad. Los razonamientos se encaminan en el sentido de considerar las circunstancias normales que rodean una fotografía o un video, que generalmente se da en ámbito familiar o de amistad, y que sin duda forman parte de los recuerdos de familia y de la privacidad familiar.

Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto.⁴

Así se asegura que el derecho a la imagen “pretende respeto a la esfera íntima y personalísima del sujeto y permite a éste impedir que su imagen sea explotada comercialmente sin su consentimiento”.⁵ Se afirma, entonces, que la imagen como representación física de la persona sólo es parte de su personalidad y sólo cuando de su divulgación se produce un daño al honor o la privacidad, entonces es posible su reparación, de lo contrario no se causa un daño material o moral que legitime la acción de reparación mediante una indemnización de daños y perjuicios.⁶

Sin embargo, con la modernidad de las técnicas actuales de información, comunicación, esparcimiento y publicidad se afecta tanto a personas comunes (pensemos en los programas de cámaras escondidas) como a per-

⁴ Cfr. Saraza Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 150.

⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil; parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 1990, p. 274.

⁶ Cfr. Castán Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962, p. 58.

sonajes de notoriedad pública (realizando actividades normales), sin que su privacidad u honor se vulnere. La facilidad para la captación de la imagen personal hace preponderante su protección, con independencia de que, a su vez, por la acción captada en la gráfica se atente contra su privacidad.

El hecho es que en la mayoría de los casos cuando se vulnera la privacidad, la fama y el honor personal al publicarse una imagen, se dañan en primera instancia el respeto a la imagen personal, por ser su representación física parte indivisible de ella, y se suman a ello, los daños ocasionados al honor, fama o privacidad. Rovira expresa y ejemplifica estos supuestos de la siguiente manera:

Sostener que el derecho a la propia imagen y su regulación con los otros dos derechos garantizados por la Constitución implicarían la negación de algo más evidente en la realidad puesto que muchas veces la imagen es simplemente el soporte material de un mensaje con otras connotaciones. Es el caso de la STS del 15 de diciembre de 1998 dictada en relación a dos africanos padre e hijo nacionalizados españoles que ejercían el comercio en el Rastro madrileño con licencia, permisos y pago de los impuestos correspondientes y en un reportaje periodístico se decía al pie de los efigiados: “Estos dos africanos ilegales montan un tenderete en el Rastro Madrileño”.⁷

Este ejemplo da sustento al argumento de la lesión al honor y fama, derivada de la captación de la imagen. Lo cual no siempre es así. Cuando la persona manifiesta el rechazo a la captación, publicación o difusión de su imagen no implica necesariamente el daño a otro derecho de la personalidad. Sólo busca el respeto a su imagen personal, lo cual sostenemos es razón suficiente para impedir el daño que pueda representar a la persona al omitir su voluntad y publicar su imagen aun cuando expresó su negativa para dicha conducta.

Consideramos además que el derecho a la imagen es autónomo porque la persona puede disponer de su imagen para celebrar contratos válidos sobre un bien material, tangible como es una serie de fotografías o un video, aspecto que es cuestionable al estar frente al derecho al honor, acto jurídico que arremete contra la dignidad de la persona y trae aparejada la ilicitud y por tanto su nulidad.

⁷ Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 1, p. 21.

La simple negativa a ser fotografiado es motivo suficiente para respetar la imagen, máxime cuando ésta ha de ser utilizada para publicitar un producto. En España se suscita un asunto donde un trabajador deshuesador de jamones recibe de su empresa el encargo de colaborar circunstancialmente en un acto público de presentación del producto “jamón de bellota” con la misión de realizar el corte de jamón como habitualmente lo hacía. En la orden así dada, no hay el ánimo de causar un daño al trabajador, podría pensarse hasta como una distinción honrosa, pues bien, el trabajador se niega a ser captado en fotografías por considerar que se atentaba contra su imagen. El empresario insiste en la orden y ante la negativa, el trabajador es despedido. El trabajador presenta demanda ante los tribunales de trabajo, fundamentando que la negativa a la orden del empresario se debió al atentado a su imagen, en primera instancia ante el tribunal de lo social, se niega existencia al daño a la imagen, argumentando que la figura del trabajador era accesoria, y no fundamental. Sin embargo, el trabajador interpone el recurso de amparo, señalando una violación a su derecho fundamental de la imagen consagrado en el artículo 18.1. de la Constitución española, recurso desecharido por considerar que no hay violación a un derecho fundamental, el de la imagen, porque este derecho se plantea ante relaciones entre particulares trabajador-patrón, y no interviene ninguna autoridad como posible agresora de un derecho fundamental. Ante estas resoluciones el trabajador acude ante los Tribunales civiles y resuelven con fundamento en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica sobre 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen la “captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2” se resuelve anular las sentencias anteriores del tribunal de lo social y declara nulo el despido del recurrente.⁸

En este sentido, en España, el derecho a la imagen es protegido con autonomía, aun cuando se reconoce, que de manera circunstancial se lesione cuando se daña a la vez a la vida privada o al honor.⁹ En este mismo

⁸ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen (Sobre la SCT 99/1994, de 11 de abril)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, enero-febrero, 1996, núm. 75, pp. 163 y ss.

⁹ Cfr. Cabezuelo Arenas, Ana Laura, *op. cit.*, nota 2, p. 77.

sentido tanto el Tribunal Constitucional español como la Sala Superior señalan que son tres derechos individualizados que tienen como fin garantizar la dignidad de la persona,¹⁰ agregamos a este razonamiento que todos los derechos de la personalidad procuran garantizar la tranquilidad espiritual de la persona y como consecuencia su libre desarrollo.

Por otro lado, tenemos el innegable avance de la tecnología que cada día nos sorprende más. Las cámaras fotográficas y de video, se encuentran hasta en teléfonos celulares que permiten procesar la imagen de cualquier persona y proyectarla en computadora, incluso, manipularla y transmitirla por Internet a un grupo pequeño de personas o hasta subirla a una página web y exhibirla sin ningún impedimento tecnológico. Esto hace vulnerable el respeto a la imagen de la persona e implica mayor atención en el ámbito jurídico para su protección.

Aun reconociendo la independencia del derecho a la imagen, no podemos negar que habrá casos en donde la afectación a este derecho esté acompañada por daños a la privacidad, al honor y fama, pero cuando esto sucede, sólo implica que habrán de sumar todos los daños y habrá de resarcirse todas las afectaciones conforme a las circunstancias particulares de cada caso.

Un ejemplo, en el cual la publicación de fotografías afecta tanto a la imagen como a la privacidad familiar, se presentó ante los tribunales de Londres. El Tribunal ordenó a la revista *Hello!* pagar a las estrellas de cine Michael Douglas y Catherine Zeta Jones una indemnización de 14,600 libras (24,000 dólares) por publicar fotografías no autorizadas de su boda. El tribunal también ordenó a la revista pagar una indemnización de 1,033,156 libras (1.7 millones de dólares) a una publicación rival, la revista *OK!*, que tenía un acuerdo de exclusividad con el matrimonio para publicar las fotos de dicho evento. En este caso, la indemnización fijada para la revista que tenía la exclusividad, fue incluso mayor a la de los propios fotografiados.¹¹

Este asunto refleja dos aspectos importantes del derecho a la imagen, por un lado la afectación indebida realizada por la revista *Hello!* que afecta el derecho a la imagen y privacidad de la pareja. Y la otra es la afectación

¹⁰ Cfr. Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 1, p. 26.

¹¹ <http://www.terra.com.mx/entretenimiento/formato.asp?articuloid=123994&paginaid=1&formatoId=1> fecha de consulta: 18 de agosto de 2005 6:00 pm.

producida a la revista *OK!* que había realizado un contrato con los actores para obtener la exclusividad para la publicación de las fotografías que previamente seleccionaran para ese efecto los titulares del derecho a la imagen. El razonamiento del tribunal fue valorar los daños sufridos a la imagen y privacidad de los actores por un lado, y por el otro la afectación a la revista cuya exclusiva se vulneró y la cual tenía la expectativa por las ganancias que podría haber obtenido por la publicación de las imágenes, además de los gastos realizados para obtener la exclusiva.

III. EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO DE AUTOR

Algunos autores niegan la existencia del derecho a la imagen, así tenemos el argumento esgrimido por Enneccerus¹² que señala: la imagen no es objeto de derecho alguno. Y se está en busto o cuadro, placa fotográfica, ya entre en el tema de los derechos de autor, mas no es un derecho individualizado. Recordemos que este autor, al referirse a los derechos de la personalidad, siempre pugnó por el reconocimiento general de ellos, y no por su autonomía y protección particular. También hay quien considera a la imagen como parte del derecho al propio cuerpo. La imagen no es autónoma, es parte del cuerpo, y por tanto, han negado que pudiera ser objeto de derecho alguno.¹³

Los autores que niegan el derecho a la imagen afirman que la imagen debe ser garantizada por los derechos de autor, pero no de un derecho autónomo e independiente.

Al respecto la legislación argentina 11.723 de propiedad intelectual, en su artículo 31 protege la fotografía al establecer:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuici-

¹² Enneccerus, Ludwig *et al.*, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Librería Bosch, t. I, vol. I, 1943, p. 304.

¹³ *Cfr.* Covilleo; *Doctrina general de derecho civil*, 4a. ed., México, Hispano-American, 1949, p. 26.

cios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.¹⁴

Esta legislación de propiedad intelectual cubre la laguna legislativa del derecho civil, que no regula el derecho a la imagen como un derecho autónomo. Es de considerar la facultad que le da a la persona retratada para dar su consentimiento expreso para que su fotografía sea objeto de comercio, así como la facultad de revocar su consentimiento siempre y cuando resarza los daños causados por dicha revocación.

En nuestro país encontramos la regulación del derecho de autor sobre la imagen de una persona en la Ley Federal de Derechos de Autor, título IV, capítulo II, denominado: *De las Obras Fotográficas, Plásticas y Gráficas*, en los artículos 86 al 88 establecen:

Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización. Lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro (artículo 86).

El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

No será necesario el consentimiento cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte (artículo 87).

Conforme a estas disposiciones legales nuestra legislación adopta la protección del derecho del autor sobre la imagen de una persona en la Ley

¹⁴ Cesario, Roberto, *op. cit.*, nota 3, p. 90.

Federal de Derechos de Autor y por exclusión reconoce la supremacía del derecho a la propia imagen sobre el derecho moral de autor, ya que es necesaria la autorización de la persona cuya imagen ha de ser plasmada o reproducida, en una fotografía. Sin embargo, las hipótesis que señala sólo se refieren a fotografías, y deja a un lado, la posibilidad de la captación en videos, pintura o escultura.

Por otro lado, nuestra legislación establece respecto al derecho de autor que surge de una obra pictórica, fotográfica, gráfica o escultórica que, salvo pacto en contrario, el autor tendrá el derecho exclusivo sobre ella, lo cual no incluye el derecho de reproducirla en cualquier tipo de artículo, así como la promoción comercial de éste (artículo 88).

En esta hipótesis se observa que el derecho exclusivo de autor no implica la explotación comercial de la obra. Con ello, el legislador protege la imagen de la persona captada por el autor en una obra, y abre la posibilidad de la explotación comercial de la imagen personal si las partes así lo convienen y celebran contratos publicitarios.

Nosotros tenemos la convicción de la autonomía del derecho a la imagen en relación con: el derecho de autor, al respecto de la vida privada, al honor y a la fama. El derecho de autor es autónomo porque los sujetos titulares de los derechos que intervienen en la creación de una obra, escultura, fotografía, etcétera, son diversos; el del artista, fotógrafo o escultor y el que posa y cuya imagen será captada por el artista, este último sujeto es el titular del derecho a la imagen y no lo es el artista.

Se puede pensar hipotéticamente que pueden presentarse conflictos de intereses entre autores y personas cuya imagen se trate, pero esto es incorrecto, porque para que exista la obra donde se capte la imagen de alguien, éste tuvo que estar de acuerdo en dicha conducta, incluso en algunos casos posó para ella. En caso contrario, cuando la persona no dio su consentimiento, ni siquiera de forma tácita, entonces debe prevalecer el derecho a la propia imagen y reparar el daño por la captación indebida.

En un eventual conflicto entre los intereses en conflicto, ambos patrimoniales y morales, partimos de la posición prevalente del titular del derecho a la propia imagen y en consecuencia las facultades derivadas de la condición de realizador están supeditadas o bien a la obtención del consentimiento de la persona cuya imagen se reproduce, o bien a la concurrencia de alguna de las causas previstas.

Para resolver esta cuestión, a nuestro juicio, es preciso diferenciar de forma clara dos situaciones: 1) captación y divulgación de la fotografía de una persona sin su consentimiento, y, 2) captación y divulgación con el consentimiento del esfigiado. Por lo que respecta a la primera, la ausencia de consentimiento conlleva a la ilicitud de la captación y más aún de la divulgación (artículos 2 y 7.5 de la LO), impidiendo el nacimiento de cualquier derecho por parte del autor y, consiguientemente el eventual conflicto ya no se produce pues no existe colisión con un derecho que no ha surgido, el del autor.¹⁵

No puede existir el derecho de autor sobre la imagen de alguien, si éste no acepta tal circunstancia, y además, tendrá la facultad de revocar su consentimiento, claro, precedida de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar por la retractación del consentimiento.

El derecho a la propia imagen es autónomo del derecho de autor, por ello, la regulación en la ley antes mencionada, es imprecisa, ya que ésta se debe limitar a lo que es derecho de autor, es decir, donde el titular de la imagen autoriza al autor de la obra, y la legislación civil debe regular lo relativo al derecho personalísimo de la imagen, misma que está mencionada en el artículo 1916 del Código Civil relativo al daño moral. También existe la propuesta de Manuel Guerra Zamarro, quien propone “la adición a un nuevo capítulo especial dentro de la Ley Federal de Derechos de Autor, mediante una reforma legislativa, el cual tenga por objeto regular el derecho a la imagen de las personas físicas en la comercialización de sus imágenes contenidas en cualquier obra intelectual o artística”.¹⁶

IV. VALOR PATRIMONIAL DE LA IMAGEN PERSONAL

La facultad que tiene la persona para disponer de su imagen, incluso con fines comerciales, le permiten realizar contratos de diversa índole, desde relaciones laborales, publicitarias, hasta transmitir el derecho por regalías a sus herederos.

La imagen personal representa en sí mismo el potencial para celebrar contratos. En específico, en los casos de modelos, edecanes, sus ingresos

¹⁵ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹⁶ Guerra Zamarro, Manuel, “La regulación del derecho a la imagen en la legislación mexicana”, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, México, año IV, núm. II, enero-marzo de 2004, p. 29.

dependen de presencia física. Sobre este punto existen ejemplos de los contratos por grandes cantidades de dinero que se han pactado por la publicación de fotografías para campañas publicitarias.

La imagen y su explotación comercial se justifican en gran medida porque la persona ha buscado su fama, ha procurado su figura, buena presencia estética, incluso su buen comportamiento. Es decir, la imagen de una persona es producto del esfuerzo y el trabajo que los famosos han creado, y a través de la publicidad encuentran la manera de explotarlo económicamente.¹⁷

Tenemos los siguientes ejemplos. Carolina Kurkova, una joven modelo de 19 años que ganó el año pasado la cantidad de 5.4 millones de euros mediante contratos publicitarios con firmas como Tommy Hilfiger. Otro ejemplo, es Heidi Klum con ganancias que llegan a los 5.3 millones de euros, igualmente por contratos publicitarios con Victoria's Secret, Pringle.

También existe el caso de personajes destacados del deporte que realizan contratos sobre su imagen más cuantiosos que los estrictamente laborales. Así encontramos entre los casos más impresionantes el comparativo realizado entre los sueldos de los mejores deportistas, en donde se encuentra Michael Jordan, quien percibe anualmente 77.9 millones de dólares, de los cuales, más del 40% corresponde a contratos publicitarios. Tiger Woods ganó 2 millones de dólares en su primer año como profesional en el Torneo de Maestros, además consiguió contratos publicitarios con empresas transnacionales y ganó por este concepto 26.1 millones de dólares. Otro gran deportista es Schumacher, quien firmó contratos para promocionar relojes; sus ganancias anuales se elevan a 35 millones de dólares. Beckham percibió 6.6 millones de euros como salario de su equipo, más 200,000 de primas, y 8.4 millones de euros en concepto de ingresos publicitarios.¹⁸

Actualmente se dio el caso de Andrew Fischer, un joven común al que han ofrecido utilizar su frente para exhibir el logotipo comercial de una empresa, durante un mes, y obtener beneficios económicos, por 37,375 dólares.¹⁹

¹⁷ Barnett, Stephen R., "El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español", *Revista de derecho mercantil*, Madrid, julio-septiembre de 2000, p. 1231.

¹⁸ Cf. "Beckham el tercer deportista mejor pagado del mundo", <http://www.marca.com/realmadrid>.

¹⁹ <http://www.terra.com.mx/entretenimiento/formato.asp?articuloId=152443&páginaId=1&formatoId=>, fecha de publicación: 17 de agosto, fecha de consulta: 18 de agosto a las 6:00 p.m.

También hay quienes participan como parte de una campaña social, como el caso de la publicidad que recorrió la vuelta al mundo en 2002, donde aparece Jacqueline Saburido, una joven que decidió exponer al público su imagen desfigurada por las quemaduras sufridas en un accidente de tránsito por la negligencia de un conductor en estado de ebriedad. En este caso la persona comparte aspectos de su vida privada y su imagen para motivar la precaución al conducir.²⁰

En fin, el mundo de la publicidad abarca cada vez más ámbitos personales, como el cuerpo de una persona o su rostro, en sí su imagen.

El derecho a la explotación de la imagen, en principio, corresponde a la persona, pero ella misma puede transmitir este derecho a su cónyuge, descendientes o ascendientes, o a la persona física o jurídica que ella decida, a través de la expresión de su consentimiento. Por ello, encontramos asuntos donde las regalías sobre la explotación de la imagen de una persona pueden ser heredadas. Al respecto en los tribunales de México existe un conflicto por las regalías sobre 39 películas con un valor de (más de dos millones de pesos) de Mario Moreno “Cantinflas”, entre Mario Arturo Moreno Ivanova, y Eduardo Moreno Laparade.²¹

V. PROTECCIÓN DE LA IMAGEN ANTE RELACIONES PATRIMONIALES

No obstante la existencia de contratos cuyo objeto es la explotación de la imagen personal para una campaña publicitaria, existe la posibilidad de causar daños a la imagen de la persona y, por tanto, a su dignidad si no se especifican en el contrato ciertos aspectos indispensables para evitar daños de difícil reparación. Por ello, consideramos que es preciso tomar en cuenta las siguientes recomendaciones.

1. *Consentimiento*

Si se trata de contratos onerosos, el consentimiento ha de ser preciso y determinado, cuando es sobre fotografías o filmes al ser bienes muebles se

²⁰ <http://www.nace.com.mx/noticias.asp?tipo=2&id=60>, fecha de publicación: octubre 9 de 2002, fecha de consulta: 18 de agosto de 2005.

²¹ [http://200.105.240.202/core/eluniverso.asp?fecha=08/14/2005&page=noticia&id=260&contid=3F3EA9C2CFC14D3FB8A6C50FE3FF2284&EUID="](http://200.105.240.202/core/eluniverso.asp?fecha=08/14/2005&page=noticia&id=260&contid=3F3EA9C2CFC14D3FB8A6C50FE3FF2284&EUID=), fecha de publicación: 12 de agosto de 2005, fecha de consulta: 18 de agosto de 2005, a las 6:15 p.m.

pueden determinar específicamente. “El consentimiento expreso prestado por el titular ha de entenderse en sentido restrictivo, es decir, que sólo cabe disponibilidad parcial y eventual que no excluya la plena titularidad de dicho derecho en el futuro”.²²

Es necesario señalar los fines de la publicación, para evitar que sea utilizada para otros objetivos para los cuales la persona no consintió. Señalar el nombre de la revista o libro, en el cual se habrá de exhibir las imágenes, además de las posibles fechas en las que ha de realizarse la publicación. Como medida previsora ha de señalarse la posible sanción económica y de otra índole para el caso de que el uso de las imágenes de una manera distinta a lo establecido en el contrato cause un daño moral a la persona, esta cláusula sería un parámetro importante para la valoración del daño por el juez. También es preciso señalar la prohibición de vender las imágenes a otras personas físicas o morales que no fungieron como parte en el contrato. Esto para evitar que las empresas transmitan las imágenes a otras empresas o personas, olvidándose de la finalidad original de la adquisición de las imágenes y lesionen con ello la imagen de la persona. Por ello, el consentimiento ha de interpretarse siempre de manera restrictiva, esto es, el consentimiento requiere que el titular concrete al máximo el ámbito de aplicación, plazo, medios de difusión, territorio y finalidad.²³

También se acepta el consentimiento tácito, el cual se presume cuando una persona recibe una remuneración por dejarse retratar. También se presume el consentimiento cuando una persona posa para ser retratada.

Generalmente hay un consentimiento tácito cuando la persona no desea obtener una ganancia por la proyección de su imagen, sino simplemente participa como un acto honorífico, por ejemplo, en eventos académicos y culturales o en videoconferencias.

2. Consentimiento de menores

Por la estrecha relación con la dignidad de la persona cuando las imágenes sean de menores de edad se requiere mayor cautela. Por ello, se reco-

²² Cfr. Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 252 y 253.

²³ Cfr. Martín Muñoz, Alberto J., “El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 242, octubre-diciembre de 2001, p. 1741.

mienda que los menores manifiesten su autorización y opiniones²⁴ para participar en un contrato publicitario o en programas de televisión o cinematográficos, aunado lógicamente con el consentimiento de sus padres o tutores. Los ingresos percibidos por esa explotación comercial de la imagen de menores de edad han de ser administrados conforme a lo dispuesto en las leyes correspondientes.

Esto es perfectamente consecuente con el derecho que nos ocupa en razón del íntimo nexo de unión del derecho a la propia imagen, con la personalidad de su titular que llega hasta el punto de que el menor autorice por sí mismo, ya que consentir en la publicación de la imagen, es un acto eminentemente personal.

El hecho de que los menores autoricen, no implica que los padres o representantes no se hallen legitimados para impedir la publicación de las imágenes que razonablemente puedan perjudicarles a ambos, del mismo modo que podrán ejercitar los derechos patrimoniales que puedan surgir por la publicación de la imagen del menor, actuando igualmente como representantes legales en el ejercicio de las acciones judiciales que favorezcan al menor.²⁵

Cuando de la disposición de la imagen del menor se advierta una agresión a la personalidad de éste, los representantes legales, el Ministerio Público o el juez de lo familiar deben de intervenir para evitar la publicación o transmisión de programas donde por lo general no sólo se atente contra su imagen, sino también contra su integridad síquica.²⁶

El objeto o motivo-fin-lícito de los contratos debe ser lícito. La pornografía de menores de edad es un hecho ilícito que invalida negocios jurídicos, e incluso es sancionado por las leyes penales. Así lo establece el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que a la letra estipula:

²⁴ Al respecto la ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, señala, entre los derechos de los niñas y niños, en el artículo 5, apartado B, a la identidad, certeza jurídica y familia: fracción VI. A emitir su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado tomando en cuenta su edad y madurez en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de representante. En el caso específico de la explotación comercial de menores de edad, este derecho ha de ejercerse para garantizar su dignidad.

²⁵ Cf. Royo Jara, José, *La protección del derecho a la propia imagen, autores y personas de notoriedad pública según ley 5 de mayo de 1982*, Colex, 1987, p. 111.

²⁶ Cf. Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 1, p. 122.

Artículo 187. Al que por cualquier medio procure, facilite o induzca a una persona menor de edad, a realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales, con el objeto de videografiarla, fotografiarla o exhibirla a través de medios, se le impondrán de seis a catorce años de prisión y de quinientos a cinco mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales gráficos.

Se impondrán las mismas sanciones a quien financie, elabore, reproduzca, comercialice, distribuya, arriende, exponga, publique o difunda el material a que se refieren las acciones anteriores.

No constituye pornografía infantil el empleo los programas preventivos, educativos o informativos que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales, que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre la función reproductiva, prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazo de adolescentes.

Esta regulación de tipo penal excluye las imágenes de personas que tengan fines preventivos, educativos o informativos que son autorizados por las autoridades educativas y que tengan por objeto la educación sexual y la prevención de infecciones de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes. Lógicamente este tipo de imágenes o videos tienen una razón y objetivo social, por ello estas conductas no son consideradas delitos y son autorizadas por la ley.

3. Revocación del consentimiento

Por regla general tratándose de actos de disposición del derecho a la imagen la persona tiene la facultad para revocar su consentimiento en cualquier momento, incluso cuando la información ya se haya revelado y esté en proceso de divulgación. O bien cuando ya se divulgó. La persona que revoca su consentimiento en cualquier contrato tiene que indemnizar a la parte contratante, principalmente cuando ésta ya había realizado gastos para la publicación o divulgación. O por la simple expectativa de beneficios que podría haber generado la participación de una persona en estos actos.

Habrá de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas, lo cual lleva a plantearnos si dicha indemnización es una consecuencia o, por el contrario, una condición de revocación.

En nuestra opinión, dicha indemnización es simplemente una consecuencia del ejercicio de la facultad de revocar, cuya finalidad no es otra que la de compensar el empobrecimiento injustificado del tercero por los daños que se puedan derivar de la lícita revocación.²⁷

El Tribunal Constitucional español señala que la facultad de revocar el consentimiento ha de prevalecer el derecho de la personalidad sobre los derechos contractuales, derivados principalmente de la cesión del derecho a la imagen.²⁸ La facultad de revocar no es otra cosa, que el derecho a cambiar de opinión, sin importar si se fijó una cantidad de dinero, o es de manera gratuita, ya que estos actos repercuten sobre sus aspectos privados o sobre su imagen.

La indemnización que se verifique por la facultad revocatoria del titular de aspectos de la vida privada o sobre la imagen, ha de ser fijada por el juez, procurando no dañar de manera considerable a la persona que se retracta.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA CAPTACIÓN DE LA IMAGEN

Por regla general, tratándose de la imagen ésta sólo se podrá captar cuando el titular da su consentimiento tácito o escrito y, agregamos, preciso sobre su propia imagen, sin embargo, acepta causas de justificación al igual que todos los derechos.

Así, tenemos justificaciones de carácter general y particular. Las generales afectan a todas las personas y tienen su fundamento en salvaguardar la seguridad pública y el bien común. En razón de ello, se permiten los archivos fotográficos policiacos, que permiten el control de delincuentes y la ubicación de sospechosos en asuntos penales, así como los reconocimientos con fotografía que identifican físicamente a la persona para que a través de ella se ejerzan derechos tan importantes como el sufragio.

Estamos ante justificaciones de carácter particular cuando se trata de la imagen de una persona captada para fines científicos, didácticos y culturales, o bien, cuando se trate de un personaje de notoriedad pública, que en razón de sus cargos públicos o fama represente la captación de su imagen de interés social, por ejemplo, cuando participan en eventos públicos.²⁹

²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 87.

²⁸ Cfr. Saraza Jimena, Rafael, *op. cit.*, nota 4, p. 156.

²⁹ Cfr. Rovira Sueiro, María E., *op. cit.*, nota 1, pp. 156 y 157.

Al respecto se ha de tomar en cuenta que la captación de las imágenes han de ser de interés público y no de curiosidad pública, aspectos muy diversos. Cuando la captación no satisface un interés público, existirá una pugna entre intereses privados, y el ejercicio de la libertad de expresión y comunicación no sería legítimo porque viola sin causa un derecho ajeno. Independientemente de la trascendencia de las personas públicas y de sus actos, son de igual manera personas, con derechos, y sólo dan a conocer aquellos actos, hechos o manifestaciones que afectan a la vida social, y tienen todo el derecho de reservarse para sí lo más íntimo de su ser y de sus imágenes.³⁰ Es decir, no por el hecho de ser un personaje público se anula su derecho al respeto a su imagen y privacidad, al respeto de su domicilio, de su correspondencia, de tal manera, que la violación puede ocasionar daño moral y como consecuencia de ello su reparación.

Entonces, no existe en modo alguno un derecho para lesionar el honor, la intimidad o la imagen a través de la expresión del pensamiento, sino para informar u opinar sobre cuestiones de trascendencia colectiva, aunque de este modo resulten afectados aquellos bienes individuales, en cuanto sea indispensable para alcanzar ese resultado.³¹

Otro aspecto de interés jurídico se presenta cuando efectivamente el derecho a la información ejercido por los medios de comunicación es ejercido cabal y legítimamente porque existe un interés social inminente, pero los medios de comunicación incurren en exceso y por ello causan un daño a los derechos personalísimos. Además, consideramos que cuando el daño es necesario, para dar a conocer la información se debe procurar que sea el menor, tomando en cuenta siempre, que lo que sólo importa a la sociedad es aquellos hechos que le afecten, y no cuestiones accesorias o accidentales que dañen el honor, la imagen o la vida privada de la persona.

Es también presupuesto de la legitimidad, la veracidad de lo expresado o publicado, pues no existe interés público de conocer hechos falsos, que pueden generar confusión entre la población, de ahí la importancia de

³⁰ *Cfr.* Ramos Mejía, Juan F., “Hacia una tutela efectiva de la intimidad, el honor y la imagen”, *La Ley*, Argentina, jueves 27 de mayo, 1999, p. 3.

³¹ *Cfr.* Zavala de González, Matilde, “La protección de los derechos personalísimos frente a la libertad de expresar el pensamiento”; *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Argentina, núm. 18, 1983, p. 79.

que los medios de comunicación verifiquen las notas que van a transmitir, o bien que señalen que la información transmitida ha de confirmarse, este tipo de notas se dan cuando ocurre un accidente, un atentado, una catástrofe natural que toma de sorpresa a la sociedad y a los medios de comunicación.

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO A LA IMAGEN PERSONAL

1. Daño moral

La responsabilidad civil derivada del daño a la imagen personal en nuestro sistema jurídico se encuentra contemplada en la regulación del daño moral, el daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física, o el desprecio de una persona, física, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o lícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor.³²

De la definición destacan los elementos para que exista daño moral; éstos son: el daño moral es un dolor cierto, afectación a los derechos de la personalidad y motivo de un hecho ilícito o lícito. Estos tres elementos tienen que coincidir para que se configure la responsabilidad por daño moral y como consecuencia de ello, su reparación.

Analicemos cada uno. Primero, el daño moral es un dolor cierto. Este punto es importante y cabe hacerse las siguientes preguntas ¿cómo podemos saber si realmente el afectado está sufriendo un daño que no le permite desarrollar libremente su personalidad? ¿Hasta qué punto una persona puede fingir el sufrimiento? El hecho de tratar con aspectos subjetivos (dolor sentimental) complica la valoración del sufrimiento.

Un segundo elemento a considerar es que, además de la existencia de un dolor cierto se afecte a un derecho de la personalidad, enunciado en el artículo 1916 del Código Civil, en el caso particular nos interesa destacar a la imagen.

Un tercer elemento es que la violación, injerencia o intromisión sea ocasionada por motivo de un hecho ilícito, este punto ha sido motivo de grandes discusiones, debido a que nuestra legislación civil en el Distrito Federal, artículo 1916, dispone: “Se presumirá que hubo daño moral cuando se

³² Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999, p. 295.

vulnera o menoscabe ilegítimamente la libertad o integridad física o psíquica de las personas". Añade: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral".

Es evidente que alguien que actúa ilícitamente y causa daño a otro tiene la obligación legal de reparar el daño. Un ejemplo donde se arremete contra la fama es el ilustrado por Mosset Iturraspe que se verifica con:

La pública imputación de ser partícipe de hechos delictivos relacionados con la venta de personas recién nacidas, es un hecho de suma gravedad, susceptible de generar un profundo dolor moral, que conforma con la indignación propia de quien se sabe inocente, al lesionar al honor y el desprecio, aspecto, este último, que se acentúa tratándose de un médico.³³

Lo mismo sucede cuando se imputa la comisión de un delito a una persona y resulta ser inocente, recientemente tenemos el caso suscitado de Aparicio Romero³⁴ que por su imagen y parecido físico fue detenido y sujeto a investigación penal, para finalmente ser liberado, es evidente que se causó un daño moral que puede exigir a las autoridades ya que también el Estado está obligado a reparar el daño moral.

En México el daño moral está regulado de diversas maneras en varios códigos civiles de entidades federativas como Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla. El daño moral es considerado como un ataque al patrimonio moral de la persona. El primero de estos códigos, de 1974, señala en su artículo 1402:

El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima, enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio. La buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma.³⁵

³³ Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños. Televisión: el daño moral*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 164.

³⁴ Otero, Silvia, "PGR: Joaquín Romero no es Vicente Carrillo", México, *El Universal* online, 7 de julio de 2005, <http://estadis.eluniversal.com.mx/noticiash.html>.

³⁵ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.*, nota 31, p. 294.

Este Código es el primero que reconoce la existencia del patrimonio moral de las personas que tiene como objeto de protección la dignidad de la persona, y hace extensivo el concepto de patrimonio no sólo a aspectos económicos, sino ahora también abarca a los derechos de la personalidad. Siguiendo la misma línea el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, en 1980, estableció con mayor precisión, en su artículo 597: “El patrimonio moral es el conjunto de los derechos de la personalidad”.³⁶

El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla de 1985 dedica los artículos 74 al 88 al desarrollo sistemático de los derechos de la personalidad. En esta entidad federativa la reforma y reconocimiento de los derechos de la personalidad se da desde la norma fundamental. Así, en el artículo 14 de la Constitución se establece: “La ley garantiza los derechos de la personalidad, comprendiendo dentro de éstos, los derechos de convivencia, protectores de las relaciones interpersonales de la comunidad”.³⁷

El Código Civil Federal y el ahora Código Civil para el Distrito Federal, en el capítulo V relativo a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, en el artículo 1916. En él se establece en su primer y segundo párrafo lo que se entiende por daño moral, así señala:

Por daño moral se entiende la afección que una persona sufre en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios, conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente código.³⁸

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Ibidem*, p. 295.

³⁸ Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal.

ca del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original”.

2. Reparación del daño moral

Las consecuencias del daño moral son la reparación del daño a través de una indemnización compensatoria. Este tema ha sido motivo de diversos argumentos, algunos de ellos encontrados, el punto de conflicto es aceptar o no que el sufrimiento moral puede ser reparado a través de una indemnización en dinero.

Los argumentos en contra de la indemnización cuando acontece un daño a los bienes de la personalidad, señalan la característica de estos derechos, es que son extrapatrimoniales, y no aceptan su valoración económica.

La distinción del daño material y el daño moral corresponde a la gran división de derechos en derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de familia); cuando los primeros son lesionados nadie duda en conceder una acción a la víctima, para el abandono de daños y perjuicios ¿hay que concedérsela también cuando no es afectada pecuniariamente; por ejemplo cuando haya sido alcanzada solamente en su honor o sus afectos?

El perjuicio moral es el que no atañe en modo alguno al patrimonio y causa tan sólo un dolor moral a la víctima.³⁹

De tal manera que no es posible reparar el daño moral, pues sólo puede reparar algo patrimonial con valor económico que es tangible y visible. En

³⁹ Así se establece en el proyecto de código franco-italiano de las obligaciones y de los contratos, que consagraron en el precepto del artículo 85. Mazeaud, Henri *et al.*, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, t. I, vol. I, p. 424.

el caso de los derechos de la personalidad sería como indemnizar los sentimientos que no son apreciables físicamente y mucho menos económica-mente. Además, es considerado inmoral que se reciba una cantidad de dinero a cambio del honor, reputación de una persona, imagen, sentimientos, etcétera, bienes que podemos decir no son apreciables en dinero, puesto que su respeto no tiene precio.

Esta teoría interpreta la palabra “Reparar” como sinónimo de borrar, desaparecer el daño. Por tanto, un daño a los derechos de la personalidad no puede ser borrado, no desaparece nunca. Señala esta teoría que aun cuando se admitiera esta postura, se pregunta ¿cómo se puede medir en dinero la ofensa al honor?, ¿cuáles serían los parámetros a seguir por el juez? En el caso de que el juez fijare un valor por concepto de reparación sería como imponer una pena privada.⁴⁰

Por otro lado, hay argumentos que sustentan que la reparación del daño moral procede cuando también existe el daño económico. Aun cuando reconocen que cuando se vulnera el derecho al honor se causan daños económicos, también se apegan a la concepción de que se reparará el daño, si y sólo si, hubo un detrimento económico. De tal manera que no existe autonomía entre el perjuicio económico y el moral.

No obstante los argumentos esgrimidos, la doctrina dominante y plasmada en las legislaciones civiles es la que acepta la reparación el daño moral con una indemnización compensatoria con independencia de daño económico que pueda resultar por la afectación a la persona en sus derechos de la personalidad.

3. Pretensiones de la víctima del daño moral

Ahora bien, en el caso de la reparación del daño moral la persona afectada tiene derecho a elegir la forma en la cual se le repondrá del daño, es decir, la víctima está legitimada para fijar la cantidad que considera justa para reparar el daño. Esto no quiere decir que su pretensión ha de ser acatada por el juez,⁴¹ tratándose del derecho a la imagen, la víctima puede pedir una cantidad exorbitante de dinero. En estos casos el juez debe pon-

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 437.

⁴¹ Cfr. García López, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosh, 1990, p. 119.

derar que la cantidad que se pide sea equitativa, o bien, tiene que ponderar otra posibilidad para que se repare el daño y no necesariamente con dinero. Puede resarcirse el daño con la publicación de la sentencia, el perdón, o bien dándole al ofendido el derecho de réplica. Claro que esta réplica debe ser en los mismos medios o lugar donde se hizo la ofensa.

En estos casos las condenas de retractación o publicación de la sentencia deben ser de tal manera que no exponga más al público la imagen de la persona, porque de lo contrario podría ser mayor la exhibición y el daño a la reparación. A su vez, se debe procurar no agredir los derechos de la personalidad del culpable porque se corre el riesgo de dañar a su vez su dignidad.⁴²

Ante estos casos, el juez tiene un papel de protector y garante de la dignidad, por ello ha de dictar sus resoluciones con libertad, fundándose en el derecho, la razón y la equidad.

Para la tutela de los derechos de la personalidad los jueces tendrán que adoptar de manera rápida y expedita todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de estos derechos, principalmente en aquellos casos donde éstos se pueden prever (honor, reputación, intimidad e imagen), así como para prevenir e impedir intromisiones ulteriores.⁴³

4. *Valoración del daño moral*

La valoración del daño moral es necesariamente casuística y, por tanto, no se puede realizar una tabla *ex profeso* que ponga precio, por así decirlo, por los daños causados a los derechos de la personalidad. Por ello, el legislador optó por otorgar al juzgador la facultad de determinar el monto de la indemnización. Así lo establece el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en su párrafo cuarto:

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

⁴² *Ibidem*, p. 116.

⁴³ Cfr. Crevillén Sánchez, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Actualidad Editorial, 1998, p. 66.

En cuanto al grado de responsabilidad se debe de tomar en cuenta que se producen daños de manera ilícita y lícita, en estos últimos casos la mediación de la responsabilidad y sus debidas consecuencias tienen que ser equitativas. No por el hecho de actuar lícitamente tengo el derecho de infringir el derecho a la imagen y privacidad de otra persona.

Cuando el daño se causa por existir una conducta ilícita con la intención de captar la imagen de una persona, sin importar el daño que le pueda causar y valorar el beneficio que como infractor pueda obtener, es de suma importancia la valoración adecuada del daño por parte del juzgador. Tenemos el caso de los llamados “paparazzis”, que, aprovechándose de la fama de una persona, la asedian para lograr una fotografía o un video, entre más atrevida o indiscreta sea mayor será su valor y obtendrá mayores beneficios económicos.

Ante estos acontecimientos cabe formular las siguientes preguntas: ¿se puede privar del beneficio económico al infractor?, y ¿esa cantidad es suficiente para fijar la indemnización a la víctima como compensación al daño moral que se le causó? ¿Se requieren de otras medidas preventivas para evitar el daño?⁴⁴

Estamos ante la posibilidad que tienen los medios de comunicación, como son las revistas de espectáculos, para comprar o adquirir imágenes de personas famosas. En estos casos generalmente son imágenes que entran dentro del ámbito de la vida privada del famoso o famosa, que son captadas por personas comunes que por x circunstancias tuvieron la oportunidad de tomar una fotografía o un video, claro sin que mediara el consentimiento de la persona titular de la imagen, incluso sin que ella se percatan de dicha conducta.

Tenemos varios supuestos que pueden presentarse. Los responsables editoriales de la revista pueden valorar el impacto de la publicación de la revista y si consideran que no representa ningún atractivo para la mercadotecnia, pueden negarse a publicar y esto trae como consecuencia que el daño no se cause.

Pero qué pasa cuando las imágenes representan, en sí, una garantía de beneficios económicos para la empresa editorial, y deciden comprárlas, y

⁴⁴ Cfr. Coderechi, Pablo Salvador y Gómez Pomar, Fernando, *Libertad de expresión y conflicto institucional, cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 83 y ss.

publicarlas, aun sabiendo que no tienen el consentimiento de la persona directamente afectada y saben que en caso de demanda por daño moral, la indemnización posible a pagar es menor que las ganancias obtenidas. Por ejemplo, cuando las ganancias son de 100 y la indemnización, si se llegare a presentar la demanda, es de 10, los beneficios económicos son mucho mayores que los que podrían ser condenados a pagar por una indemnización compensatoria.

Qué pasaría si tomando en cuenta estos factores económicos reales que rodean al daño causado a la persona en su imagen, y en la mayoría de estos casos a su privacidad, el juez condenara en primer término a la persona que captó las imágenes al pago de una indemnización compensatoria por el equivalente de la cantidad que percibió como pago por parte de la empresa que dirige la revista, y como segundo responsable se obliga a la empresa que publicó a pagar una indemnización compensatoria por daño moral equivalente a sus ganancias que potencialmente obtuvo por la explotación comercial de las imágenes sin el consentimiento del titular.

Nuestro punto de vista ante esta novedosa posibilidad de frenar ataques a la imagen y privacidad de personajes públicos es que la valoración del daño moral se facilitaría por tener datos económicos tangibles, sobre los cuales ha de sancionarse el infractor y, por otro lado, persuadiría a la empresas de medios de comunicación, llámense medios escritos, prensa, revistas, televisión y, por qué no, hasta informáticos, de abstenerse a hacer pública la imagen y privacidad de una persona, si con ello, al obtener un beneficio económico el mismo sería efímero ya que tendría que reintegrarlo como compensación al titular de la imagen. Hay que aclarar que no se pretende censurar el derecho a la libertad de expresión, garantizada constitucionalmente en el artículo 7 de nuestra Constitución, que establece:

Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Lo que se busca es que le permitan a la persona, cualquiera que sea (famosa o común), a que ella misma ejerza su facultad de autodeterminación y explote comercialmente o no, su imagen a través de contratos donde

se toman todas las medidas pertinentes para evitar al máximo daños de difícil reparación y, por tanto, se resguardaría mejor su integridad espiritual.

Es preciso concluir que estos parámetros para fijar la indemnización compensatoria por daños a la imagen, junto con el derecho a la vida privada, fama y honor, sólo podrían aplicarse a estos derechos de la personalidad que tienen como fin resguardar la tranquilidad y paz de la persona, ya que no sería correcto aplicarlos al ataque a otros derechos, como podrían ser los derivados de la integridad física de la persona. Por ejemplo, en el caso de un accidente de tránsito ocurrido por exceso de velocidad, no se puede valorar el beneficio económico del automovilista por conducir a una velocidad inapropiada y lesionar físicamente con su conducta a una persona, o incluso privarla de la vida. Estos casos también son apasionantes para la investigación y podrían ser objeto de otros trabajos y reflexiones.

Desafortunadamente, la protección del derecho a la imagen en nuestro sistema jurídico sólo se presenta una vez que el derecho ya ha sido lesionado y, por tanto, el daño a la persona ya se cometió. Por ello, nosotros propone mos la existencia de la regulación específica de los derechos de la personalidad y en particular del derecho a la imagen, para que se pueda evitar los daños, tal y como acontece en la legislación española existente desde 1982. Esto permitiría mayor protección a la esfera espiritual de la persona.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BARNETT, Stephen R., “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, julio-septiembre de 2000.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962.
- CESARIO, Roberto, *Habeas data; Ley 25.326*, Buenos Aires, Universidad, 2001.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.
- CODERECHI, Pablo Salvador y GÓMEZ POMAR, Fernando, *Libertad de expresión y conflicto institucional, cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.

- COVIELLO, *Doctrina general de derecho civil*, 4a. ed., México, Hispano-Americanas, 1949.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Actualidad Editorial, 1998.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil; parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 1990.
- ENNECCERUS, Ludwig et al., *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Librería Bosch, 1943, t. I, vol. I.
- GARCÍA LÓPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosh, 1990.
- GUERRA ZAMARRO, Manuel, “La regulación del derecho a la imagen en la legislación mexicana”, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, México, año IV, núm. II, enero-marzo de 2004.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J., “El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, octubre-diciembre de 2001, núm. 242.
- MAZEAUD, Henri et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, t. I, vol. I.
- MONToya MELGAR, Alfredo, “Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen (sobre la SCT 99/1994, de 11 de abril)”, Madrid, Civitas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 75, enero-febrero de 1996.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, T. V. El daño moral*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- OTERO, Silvia, “PGR: Joaquín Romero no es Vicente Carrillo”, México, *El Universal online*, 7 de julio de 2005.
- RAMOS MEJÍA, Juan F., “Hacia una tutela efectiva de la intimidad, el honor y la imagen”, *La Ley*, Buenos Aires, 27 de mayo de 1999.
- ROVIRA SUEIRO, María E., *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)*, Granada, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, 2000.
- ROYO JARA, José, *La protección del derecho a la propia imagen, autores y personas de notoriedad pública según ley 5 de mayo de 1982*, Colex, 1987.

SARAZA JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La protección de los derechos personalísimos frente a la libertad de expresar el pensamiento”, *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Argentina, núm. 18, 1983.

Páginas electrónicas:

<http://www.terra.com.mx>.

<http://www.marca.com/realmadrid>.

<http://www.nace.com.mx/noticias.asp?tipo=2&id=60>.

<http://200.105.240.202/core/eluniverso.asp>.

<http://estadis.eluniversal.com.mx/noticiash.html>.