

2 y.  
215



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS  
Y DERECHOS DE AUTOR

IMPLICACIONES JURIDICAS DE LA IMAGEN  
COMO PROYECCIONES DE LAS  
PERSONAS FISICAS

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**ARMANDO FLORES FLORES**

MEXICO, D. F.

**FALLA DE ORIGEN**

1989



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE.

	Pág.
Prólogo . . . . .	1
Introducción . . . . .	6
<b>CAPITULO PRIMERO:</b>	
<b>EL PATRIMONIO.</b>	
Origen Etimológico y Concepto de la Voz Patrimonio	11
Contenido del Patrimonio . . . . .	14
Bienes y Cosas . . . . .	18
Generalidades Acerca de los Derechos Subjetivos . .	28
Concepta . . . . .	29
Clasificación . . . . .	40
<b>CAPITULO SEGUNDO:</b>	
<b>DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.</b>	
Definición y Características . . . . .	46
Diversas Clasificaciones que se han Elaborado . . .	71
Vacío Doctrinal y Dispersión Legislativa en México	77
<b>CAPITULO TERCERO:</b>	
<b>DERECHO SOBRE LA PROPIA IMAGEN.</b>	
Idea General de la Materia . . . . .	89
Definición y Análisis de la Misma . . . . .	111
Naturaleza Jurídica . . . . .	116
Su Importancia en la Epoca Actual . . . . .	131
Enfoque Doctrinal Internacional . . . . .	141
El Derecho de Arena como una de sus Modalidades .	154
Legislaciones que lo han Regulado . . . . .	160
Análisis y Crítica de la Normatividad Vigente en México . . . . .	173
<b>CAPITULO CUARTO:</b>	
<b>ASPECTOS COMPLEMENTARIOS.</b>	
Justificación del Presente Capítulo . . . . .	219
Dependencias Gubernamentales Encargadas de la Ma- teria . . . . .	219
Medios Procesales que se Pueden Hacer Valer . . .	233
Conclusiones Personales . . . . .	240
Bibliografía . . . . .	252

## PRÓLOGO.

Tras haber recorrido un largo y difícil camino, después de haber conseguido superar un sinfín de obstáculos que se interponían a mi paso, luego de haber alcanzado las metas que en su momento me tracé, me hallo al fin aquí, frente a mi máquina de escribir, a punto de iniciar la elaboración de mi Tesis de Licenciatura, cuya terminación significará, junto con la presentación de mi examen profesional, la culminación de una de las más importantes y trascendentes etapas de mi vida.

Si hasta me parece que fue apenas ayer cuando comenzaba a dar mis primeros pasos por la vida, bebiendo con avidez el precioso e invaluable nectar de la cultura, primero en el seno familiar, posteriormente entre los muros de las aulas, y siempre a través de una permanente interrelación con los demás miembros de mi comunidad o de aquella en la que me encuentre, teniendo como primordial objetivo la constante superación personal, merced al enriquecimiento y depuración de mi intelecto, de mi espíritu.

Todavía recuerdo con cuánta frecuencia solía asaltarme aquella inquietante interrogante que en esos momentos me parecía poco menos que indecifrable: ¿Qué carrera habré de elegir una vez llegado el tiempo de ha-

cerlo?. Y entonces venían a mi mente un cúmulo de opciones, muchas de ellas completamente descabelladas, debido sobre todo a los escasos conocimientos con que entonces contaba, los cuales, obviamente, no podían brindarme mayores puntos de referencia.

Es así como transcurrieron mis estudios de Primaria y Secundaria, con esa constante preocupación. Sin embargo, conforme iba creciendo en físico, edad y conocimientos, conforme me fue siendo posible discriminar lo que me gustaba de lo que no me gustaba, lo que me atraía de lo que en mi fuero interno rechazaba, lo que se me facilitaba de lo que se me dificultaba, aquello que me parecía importante de aquello que consideraba inocuo, lo interesante de lo aburrido, y conforme día a día sentía cómo irremisiblemente me empapaba y envolvía en la compleja problemática a que en estos tiempos se enfrenta nuestra Nación, pude advertir con alivio y beneplácito que todo ello me estaba permitiendo conocerme a mí mismo y cobrar una cabal conciencia de mi entorno, con lo que desde ese preciso momento se empezó a definir el derrotero que en breve habría de seguir.

Así, apenas sin darme cuenta, se llegó el momento de cursar mis estudios de Bachillerato, mismos que realicé en una de las Preparatorias de nuestra benemérita Universidad Nacional Autónoma de México. Y por fin, al concluir el segundo año en la Preparatoria, tuve que elegir una de las seis áreas de estudio, pero ya para entonces no abrigaba ninguna duda sobre lo que quería y con inquebrantable determinación opté por el área de Humanidades, para después tener la honra y el orgullo

de estudiar la carrera de Derecho.

Tiempo después, ya en las postrimerías de 1963, tuve la fortuna de ingresar a la Honorable Facultad de Derecho de la propia U.N.A.M., la cual es quizá la Escuela de Derecho más importante en toda América Latina, pues de ella han egresado renombrados juristas de fama internacional,

Así las cosas, mientras más me iba adentrando en el estudio de las diversas disciplinas jurídicas, mi interés y atracción por el Derecho no sólo se renovaban, sino que día con día aumentaban y mis ansias de saber nunca se colmaban, de manera que puedo confesar con toda honestidad que jamás me sentí decepcionado o defraudado por la noble carrera que un día decidí sería mi profesión. Más este profundo interés por todo lo jurídico pronto me colocó en una encrucijada; sobre qué aspecto o materia en particular debía avocarme para, llegado el momento, realizar mi tesis de Licenciatura. Y creo que cualquier estudiante de Derecho se ha visto o se verá en el mismo problema, dado que todas las asignaturas que integran el plan de estudios de nuestra carrera revisten aspectos por demás interesantes: el Derecho Romano, como piedra angular de todos los sistemas jurídicos; el Derecho Civil, como principal regulador de las relaciones privatistas entre las personas que componen una colectividad; el Derecho Penal, como la principal disciplina en la que se refleja la problemática social que cada pueblo afronta; el Derecho Internacional, como vínculo entre los diferentes sistemas jurídicos de cada Estado; los Derechos Administrativo, Fiscal y Constitucional, que hacen patente

la soberanía estatal y proporcionan al particular los medios legales que dan sustento a sus relaciones con el propio Estado; el Derecho Laboral, que reglamenta nada menos que el trabajo, principal derecho y deber de todo hombre; etc., ya que éstos sólo son algunos ejemplos de la afirmación que hago antes de listarlos.

Quizá fue por ello que mi determinación final fue tomada hasta un año antes de concluir la carrera. En efecto, una de las asignaturas a las que mi inscribí para el noveno semestre, y que por cierto es optativa, fue la denominada "Patentes, Marcas, Derechos de Autor y Transferencia de Tecnología". Desde un principio me percaté de que en la mencionada asignatura se abordan cuestiones verdaderamente trascendentes para la vida del hombre, sobre todo en estos tiempos en que los avances tecnológicos están a la orden del día y, por su alto grado de perfeccionamiento, ejercen una influencia decisiva en el devenir de la humanidad. Así pues, fue tal mi entusiasmo que llegué a la conclusión de que mi tesis debía versar sobre alguno de estos tópicos, inclinándome finalmente por el derecho que toda persona física tiene sobre su propia imagen como proyección de su ser, cuestión que, pese a ser estudiada como una de las modalidades de los Derechos de Autor debido a que así está reglamentada por la ley de la materia, en realidad pertenece al ámbito del Derecho Civil como a su debido tiempo quedará demostrado en el presente trabajo.

Una vez que concluí el décimo semestre, último de la carrera, me puse en contacto con el profesor que me había impartido unos meses atrás la materia optativa

antes aludida, el Dr. David Kangel Medina, con el fin de hacer de su conocimiento mis propósitos en cuanto a la materia de mi tesis y así pudiera él brindarme una mejor orientación. Sin embargo, no sólo me indicó los pasos a seguir para la correcta elaboración de mi más importante trabajo como estudiante, sino que me hizo el honor de aceptar ser mi asesor para tal efecto.

Desde luego que este trabajo no será nada fuera de lo común bajo ningún concepto; simplemente representará un intento serio de análisis, tanto del tema central como de sus derivaciones, incluyendo además una serie de propuestas concretas tendientes a posibilitar un mejor tratamiento jurídico en México de la proyección humana en cuestión. En consecuencia, en las subsecuentes páginas podrá encontrar el lector el fruto de muchas semanas de investigación, esperando haberlo ordenado y sistematizado en la forma más adecuada, abarcando los aspectos más sobresalientes en relación con las implicaciones jurídicas de la imagen como proyección de las personas físicas.



## INTRODUCCIÓN.

Es sabido que para la adecuada elaboración de cualquier trabajo de investigación es menester partir de los aspectos más generales, para en seguida poder entrar de lleno al tema específico en cuestión dado que, supuesto que no existe ningún conocimiento aislado, esta técnica nos permitirá obtener y ofrecer una panorámica global del objeto de nuestro estudio y de todo aquello que con él se vincule. Así, si se ha de analizar, por poner un ejemplo, el sistema nervioso del hombre, será necesario que primeramente se precisen las notas más peculiares de su entorno, que en este caso sería el cuerpo humano en su conjunto, pues habrá caracteres comunes a todos sus componentes, incluyendo, por supuesto, al propio sistema nervioso.

Las anteriores consideraciones me indujeron a reflexionar acerca de cuáles serían aquellos aspectos generales vinculados con el tema de mi tesis y que, por consiguiente, debían ser tratados previamente a la exposición de la cuestión central. La conclusión final a la que llegué quedó precisamente plazmada en el índice o temario del presente trabajo, más los razonamientos que me llevaron a tal conclusión fueron los siguientes:

- 1o. La imagen que una persona proyecta de sí mis-

ma es de naturaleza esencialmente inmaterial, independientemente de que en un momento dado dicha imagen sea fijada en determinado material mediante la fotografía, la pintura, el dibujo, la filmación, el gravado, etc.; por tanto, supuesto que está fuera de toda duda que la imagen de un ser humano le pertenece precisamente a ese ser humano, dicha pertenencia ha de ser reconocida por la ley a través del respectivo derecho que le confiera a su titular. Ahora bien, la ciencia jurídica, y ello lo sabe prácticamente cualquier lego en la materia, ha englobado todo lo que a las personas pertenece en un término de enorme extensión: Patrimonio. Así pues, si la imagen de alguien a él le pertenece, se supone que debe formar parte de su patrimonio; en consecuencia, decidí que el primer capítulo de mi tesis se ocupara del patrimonio, desde su significado etimológico, pasando por la connotación que le han dado los diversos tratadistas y, algo muy importante, determinando con todo cuidado su contenido.

Por otra parte, si lo que una persona tiene sobre su imagen es un derecho, pues nada más lógico que abundar un poco más respecto a los derechos que constituyen el patrimonio; por lo mismo, la última parte del propio capítulo primero está consagrada a la caracterización y clasificación de los derechos subjetivos, denominación que se da a todos aquellos derechos propios del ser humano.

2o. Al adentrarme en la clasificación de los derechos subjetivos pude percatarme de que muchos tratadistas incluían dentro de esta categoría a los llamados derechos de la personalidad, una de cuyas especies, se

gún ellos mismos lo consignaban, era el derecho a la propia imagen. Tal circunstancia imponía la necesidad de no dejar de dedicar todo un capítulo de mi tesis, el segundo, al tratamiento pormenorizado de dichos derechos de la personalidad, haciendo mención a su concepto y peculiaridades, a su clasificación y a su segregación en la doctrina y legislación mexicanas.

3o. Una vez agotados los dos primeros capítulos y ya teniendo perfectamente ubicado el tema en estudio, tanto mi asesor como yo consideramos que ya era oportuno ahora sí entrar de lleno al análisis exhaustivo del mismo. Como es obvio por ser la esencia del trabajo, el contenido del tercer capítulo es el más abundante, ya que para su estructuración se trató de contemplar al derecho sobre la propia imagen desde todos los ángulos posibles, sin descuidar ninguna de sus aristas: generalidades previas; definición y desglose de la misma; naturaleza jurídica; trascendencia en la actualidad; su panorámica internacional en la doctrina y legislaciones; normatividad vigente en México; el derecho de arena como modalidad contemporánea; necesidad de una reglamentación más adecuada.

4o. Por otro lado, si bien pudiera parecer que al concluir el desarrollo del capítulo tercero ya ha quedado agotado el tema, ello no es del todo cierto si tomamos en cuenta algunos aspectos de índole práctica y específicos en cada país. Me estoy refiriendo, tanto a las dependencias de la administración pública que tienen que ver con la materia, principalmente por la serie de procedimientos inherentes a la misma que ante ellas se substancian, como a los medios procesales que

en un momento dado puede hacer valer el particular en contra de cualquier conducta que ponga en entredicho el derecho que tiene sobre su propia imagen. Así pues, estimé pertinente agregar a mi tesis un último capítulo, a efecto de ocuparme como era debido de estos aspectos complementarios.

Por todo lo anteriormente expuesto, no quiero que se piense que el capitulado del presente trabajo fue elaborado únicamente para salir del paso, improvisada o irreflexivamente, sino que la inclusión de todos y cada uno de los temas que conforman su estructura tiene, a no dudarlo, una razón de ser. Tampoco deseo que el lector tenga la impresión de que todos estos temas carecen de relación entre sí, de que no guardan conexión alguna o de que simplemente fueron puestos a manera de relleno, ya que tal idea resultaría contraria a la realidad como se irá demostrando según se vaya desarrollando este trabajo. De cualquier manera, al final de mi tesis expondré mis conclusiones personales, a través de las cuales no sólo procuraré poner de manifiesto esos fundamentales nexos que vinculan a unos temas con otros, sino que también intentaré dar la debida relevancia a aquellas cuestiones que en alguna forma pudieran tener trascendencia en nuestro medio.

Por último deseo manifestar que, si bien estoy conciente de que el título de mi tesis (Implicaciones Jurídicas de la Imagen como Proyección de las Personas Físicas) puede resultar un tanto cuanto extraño e incluso hasta desalentador para adentrarse en la lectura de la misma, a pesar de todo juzqué que era el más conveniente porque, además de que su texto señala clara-

mente qué es la imagen en principio y a quién corresponde específicamente en esta tesis, al propio tiempo evita circunscribir la investigación al mero derecho que tienen las personas físicas sobre su propia imagen, dado que ésta en determinado momento puede reportarle un interés diverso a la ciencia jurídica.

## CAPÍTULO PRIMERO:

## EL PATRIMONIO.

Origen Etimológico y Concepto  
de la Voz Patrimonio.

En relación con el origen etimológico del término patrimonio, el Diccionario Jurídico Mexicano señala lo siguiente: "(Del latín patrimonium.) Parece indicar los bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos...".

Por otro lado, prácticamente todos los civilistas han elaborado alguna definición del patrimonio, aunque debe quedar claro que la generalidad de tales definiciones presenta muchos puntos de coincidencia. Así pues, a continuación transcribiré los puntos de vista de algunos de los más connotados tratadistas:

1o. Roberto de Ruggiero. "Patrimonio es, según la definición más corriente, el conjunto de bienes pertenecientes a una persona que tiene una utilidad económica y que puede valorarse en dinero; según otros, es el conjunto de derechos que tienen por objeto tales bienes. Más completa y exactamente, es definido como el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona que tenga una utilidad económica y sean, por ello, susceptibles de estimación pecuniaria".

2o. Hernesto Gutiérrez y González. Primeramente da

la noción meramente gramatical, tanto de la palabra patrimonio como de otras estrechamente relacionadas con la misma, ideas que a su vez toma del Diccionario: "Así se encuentra que la palabra patrimonio, deriva del término latino PATRIMONIUM y significa: Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes, o bien bienes propios que se adquieren por cualquier título. También se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza. Riqueza por su parte, significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa "utilidad en su concepto más amplio".

Más adelante el propio autor cita la noción que de patrimonio han dado las dos principales corrientes que se ocuparon de su estudio:

a) Tesis Clásica. "Esta tesis definió el patrimonio como el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho".

b) Tesis del Patrimonio Afectación. Es como dicen Planiol y Ripart: "Una universalidad que descansa sobre la común destinación de los elementos que la componen, o, con más exactitud, un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, de la que resulte su valor activo neto".

Finalmente consigna su propio punto de vista en torno a esta cuestión: "Es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho".

3o. Leopoldo Aguilar Carvajal. "Las diversas definiciones de patrimonio han variado siguiendo las variaciones del concepto y el grado de elaboración que ha

alcanzado".

Así, en principio Planiol dijo que patrimonio es: "El conjunto de derechos y de obligaciones de una persona apreciables en dinero". No obstante, si bien en cierto modo destaca ya la finalidad que pretende realizar la teoría y que es garantizar a los acreedores merced a la valorización pecuniaria del contenido del patrimonio, debe apuntarse sin embargo que el conjunto no siempre forma una unidad indisoluble, que es la característica de la universalidad.

Ahora bien, para perfeccionar la anterior definición del propio Planiol, éste y Ripert Agregan: "Considerado como una universalidad de derecho". Dicha universalidad es una unidad abstracta que contiene elementos concretos cambiantes, unidos por un vínculo jurídico de naturaleza inmaterial.

El mismo Carvajal también cita el concepto que dio Josseland: "El conjunto de valores pecuniarios, positivos y negativos, pertenecientes a una persona".

Concluye Aguilar Carvajal que, sea cual fuere el contenido del patrimonio, los bienes concretos que lo integran son independientes del patrimonio en sí, ya que éste es de naturaleza inmaterial.

40. EL Diccionario Jurídico Mexicano se pronuncia en los siguientes términos: "Desde el punto de vista jurídico, patrimonio es el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona". Se aclara que al hablar de poderes y deberes se están abarcando a diversas figuras tales como los derechos subjetivos, obligaciones, facultades, cargas e incluso, en algunos casos, el ejercicio de la potestad.



### Contenido del Patrimonio.

El Diccionario Jurídico Mexicano apunta que el contenido del patrimonio se agrupa en dos sectores, es to es, cuenta básicamente con dos elementos: el activo (bienes y derechos) y el pasivo (cargas y obligaciones); asimismo, en tanto que los componentes del activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos, los del pasivo derivan en deberes personales, cargas u obligaciones reales. Como es lógico, el haber patrimonial se obtiene de la diferencia entre el activo y el pasivo, siempre que aquél sea superior a éste; en consecuencia, déficit patrimonial es arrojado por la superioridad del pasivo sobre el activo. De lo anterior resulta que habrá solvencia cuando exista un haber patrimonial, en tanto que habrá insolvencia cuando lo que prevalezca sea el déficit patrimonial.

Así las cosas, se puede afirmar que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, dado que su contenido se entiende en términos absolutos y se extiende en el tiempo (porque no solamente incluye a los poderes y deberes que se tengan en el presente, sino que además abarca los que pudieran llegar a tenerse en el futuro) y en el espacio (por englobar todo lo susceptible de apreciación pecuniaria).

Por su parte, Gutiérrez y González señala que el patrimonio se integra por dos tipos de bienes: pecuniarios o económicos (bienes o cosas materiales; derechos reales; otros bienes o cosas inmateriales como son los derechos de crédito u obligaciones; un grupo más de bienes inmateriales como son el derecho de autor, el derecho de marca y el derecho de patente) y bienes morales o no pecuniarios, también llamados derechos de

la personalidad (como el derecho sobre la propia imagen, materia de esta tesis).

Debe quedar claro que es prácticamente imposible que los civilistas y en general los juristas lleguen a un consenso sobre el concepto y contenido del patrimonio, ya que tales nociones no responden a una situación jurídica, sino a posturas meramente políticas; (1) de ahí que, si bien durante el apogeo del capitalismo en el siglo XIX se aseguraba que todo lo que careciera de un carácter eminentemente económico debía quedar fuera de la noción de patrimonio, al evolucionar la sociedad se llegó a la convicción de que también debían protegerse ciertos valores morales y afectivos, e incluso a los mismos seres humanos de la colectividad, valores todos de índole patrimonial por más que pretendieran lo contrario algunos conservadores reaccionarios de la época. Tal es el caso de la indemnización a título de reparación moral, por un daño también de carácter moral, de la cual el Código Civil para el Distrito Federal contempla tres hipótesis que son las de los Artículos 143, 1916 y 2116.

---

(1) "El contenido del patrimonio varía y cambia de época a época, de lugar a lugar, de país a país, pero no porque el concepto jurídico en sí se amplíe por razones también jurídicas. No, el contenido y el concepto del patrimonio se va modificando según lo que las personas en el poder, los políticos, consideran de acuerdo con las conveniencias sociales, -o lo que ellos crean o les conviene decir que son las conveniencias sociales- que se deben proteger a través de la noción de patrimonio".

(Gutiérrez y González, Hernesto.- "El Patrimonio".- Editorial Cajica, S.A.- Segunda Edición.- Pag. 20).

Pero el contenido del patrimonio no sólo se ha visto ampliado, sino que en algunos casos se ha visto reducido, suprimiéndose de él elementos aún pecuniarios por suponer que ya habían perdido el valor que en el pasado determinó su tutela jurídica. Es más, el contenido del patrimonio puede variar de una zona a otra de un mismo país y una misma época.

Las dos afirmaciones anteriores pueden ilustrarse con el siguiente ejemplo: mientras que el vigente Código Civil para el Distrito Federal de 1928 eliminó la anticresis y la enfiteusis o censo enfiteútico, por considerar que ambas figuras favorecían la explotación económica de los débiles y entorpecían la circulación de la riqueza, esos mismos derechos reales siguen subsistiendo hasta la fecha en el Código Civil del Estado de Sonora de 1949 (Artículos 3343 y 3362 - 3363).

Así pues, la tradicional noción pecuniaria del patrimonio atraviesa hoy por una crisis que se acentúa cada vez más, sobre todo cuando se busca determinar si forma parte o no del patrimonio de una persona el grupo de los llamados derechos de la personalidad, tales como el derecho a la propia imagen que en esta ocasión me ocupa.

Una muestra más de lo cambiante que es la noción del patrimonio es el hecho de que en la actualidad ya se manejan conceptos tales como "patrimonio del Estado", "mar patrimonial" y hasta "patrimonio de la humanidad", ideas que incluyen tanto elementos económicos como no pecuniarios, pudiendo citar entre estos últimos la Bandera Nacional, el Himno Nacional, el Escudo Nacional, zonas y monumentos arqueológicos y hasta ciu

dades enteras.

De cualquier manera, lo cierto es que todas las corrientes que han estudiado el patrimonio, en general parten de un mismo supuesto: que el patrimonio se sustenta sobre una idea o eje pecuniario o económico. No obstante, partiendo de la noción gramatical de patrimonio, ~~bien~~ y riqueza (2), Gutiérrez y González rechaza decididamente la pretendida connotación meramente económica del patrimonio dado que, afirma: "Tan es BIEN en su sentido gramatical, el tener un millón de pesos, como es de igual manera un BIEN tener un buen nombre, un nombre limpio ante la sociedad. Por ello, si se va a estimar -y así es- un BIEN al buen nombre y otros de rechos no económicos, como los derechos sobre el cuerpo, no hay razón para considerar al patrimonio reducido al ámbito del campo económico o pecuniario".

Más adelante, a fin de reforzar y redondear su idea, el propio autor añade: "Y es que el concepto de lo valioso y de lo que debe proteger el derecho crece en su contenido, y es así como con justicia se ha dicho que: la individuación de un bien deriva de la indi viduación de una necesidad, y considerando que las exi gencias de la vida, de la integridad física, de la libertad, del honor, etc. constituyen auténticas necesidades específicas y esenciales, no tendremos otro reme dio que concluir que todas ellas merecen la consideración de bienes, que se corresponden a las diferentes facultades personales".

Y ya para finalizar agrega:

---

(2) Supra V. Págs. 11 último párrafo y 12 primer párrafo.

"La misma conciencia común o media no halla reparo en reconocer como BIENES a las diferentes manifestaciones de la persona. De hecho, experimentalmente, en la vida cotidiana se reconocen existentes y diferenciamos bienes como la integridad física, el honor, etc. de la persona. Y al jurista, en sus especulaciones, no le está permitido prescindir de la corriente de las gentes".

Son precisamente todas las anteriores consideraciones las que llevan a Gutiérrez y González a aseverar que el patrimonio está formado por dos grandes campos: el económico o pecuniario; y el moral, no económico, no pecuniario o de afección, integrado por los controvertidos derechos de la personalidad.

BIENES Y COSAS.— Por otro lado, ya refiriéndome en concreto al género de todos los componentes del patrimonio, o sea, a los bienes, Rojina Villegas refiere que jurídicamente bien es todo aquello que puede ser objeto de apropiación; en cambio, desde una perspectiva económica, bien es todo aquello que puede ser útil al hombre. Ahora bien, serán objeto de apropiación todos los bienes que no estén excluidos del comercio, ya por su naturaleza, ya por disposición de la ley (Artículos 747 al 749 del Código Civil).

Otro civilista destacado, Josserand, con su eterna obsesión de supeditar el derecho a la economía, afirma que bien: "Es todo elemento activo del patrimonio, que se encuentra en él por su valor económico; que una vez más lo jurídico se advierte en función de lo económico".

Por su parte, Gutiérrez y González apunta lo si-

guiente:

"La palabra bien procede etimológicamente del verbo latino beare, que significa causar felicidad o dicha..., por lo cual debe entenderse que en un sentido amplio se estará en presencia de un bien cuando el ser humano obtiene de algo una felicidad o dicha".  
(3).

Sin embargo, tan amplia connotación se torna inadmisibile en el ámbito del derecho puesto que, tomando en cuenta que un ser humano puede hacer feliz a otro, habría que considerar como bien al propio hombre. Por lo mismo, el propio Gutiérrez y González recurre al concepto de cosa:

"La palabra COSA deriva del vocablo latino CAUSA y en un sentido vulgar significa -todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros-".

En este mismo orden de ideas, los Lics. Gómis y Muñoz escriben lo siguiente:

"Cosa, en sentido genérico, es todo aquello que tiene una entidad corporal, espiritual, natural o artificial, real o abstracta" (4).

Esta acepción, no obstante, excede los límites del derecho desde el momento en que abarca todo cuanto de pensable halla en el mundo de la imaginación o de los sentidos.

(3) Idem. Pag. 47.

(4) Gómis, José; y Muñoz, Luis.- "Elementos de Derecho Civil Mexicano".- México, D. F., 1942. Tomo I. Pag. 381.

En seguida los propios tratadistas citados exponen una concepción jurídica:

"En un sentido técnico jurídico, cosa es todo aquello susceptible de ser objeto de derechos, y por tanto, es toda aquella parte de naturaleza capaz de ser sometida al poder del hombre y revestida de una utilidad económica" (5).

Lo anterior significa que dos son las notas que debe reunir una cosa en sentido jurídico: tener un valor económico intrínseco o convenido, sea real o meramente atribuido; y estar al alcance del hombre, así como ser factible de emplearse por éste.

Ahora bien, una relación jurídica necesariamente ha de establecerse entre sujetos de derecho, esto es, entre personas, y en ella no entran las cosas, ni siquiera con un carácter pasivo como si sobre ellas recaera directamente la potestad humana; consecuentemente, las cosas son solamente el objeto del derecho, recibiendo el nombre de bienes cuando han sido objeto de la apropiación humana y entrado en el comercio de los hombres, pero no es menester que la cosa esté directamente bajo el poder de una persona determinada, sino que basta con que exista y pueda ser objeto de apropiación. Debe aclararse que, a más de las cosas, tienen también la cualidad de bienes numerosas entidades ideales, intangibles, captables solamente mediante la inteligencia por ser incorpóreas, pero a ellas me referiré después con más detenimiento.

Las anteriores consideraciones son punto de coincidencia de la mayoría de los doctrinarios como A. Puente y F., para quien el elemento u objeto de las re

(5) Ibid. Pags. 381 y 382.

laciones jurídicas está integrado por las cosas o bienes que pueden estimarse en dinero (objeto con carácter patrimonial). Reitera que las cosas son todo aquello que puede apreciarse por los sentidos, o únicamente por la inteligencia mediante una abstracción (cosas tangibles o materiales, e intangibles o inmateriales, respectivamente). Cuando las cosas son susceptibles de apropiación toman la designación de bienes, mismos que también son materiales e inmateriales (bienes estricto sensu y derechos, respectivamente).

Sin embargo, Gutiérrez y González consideró que a pesar de todo la amplitud y vaguedad del concepto de cosa prevalecía, por lo que decidió proporcionar una definición personal de lo que debe entenderse por cosa en sentido jurídico:

"Cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular" (6).

Seguidamente procede a analizar la noción dada:

a) Toda realidad corpórea o incorpórea. Esto tiene mucho que ver con una de las clasificaciones que se han hecho de los bienes o cosas, y que por cierto es de la única que me ocuparé por vincularse con este trabajo: bienes o cosas corporales e incorporales.

b) Para el ser humano. Porque, si bien el cuerpo mismo del ser humano considerado en su integridad no es cosa, sí lo son tanto sus órganos aisladamente considerados como sus emanaciones o proyecciones, idea

---

(6) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 48.



que se clarificará en el siguiente capítulo. Obviamente que se está aludiendo al cuerpo del ser humano vivo.

c) Susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma. Esta característica es precisamente la que determina la diferencia entre la cosa in género y la cosa jurídica o bien. Sólo tendrán relevancia para el derecho las cosas susceptibles de entrar en una relación jurídica, alcanzando con ello la categoría de bien.

d) Que sea útil. Y únicamente lo será si tal objeto ofrece la posibilidad de satisfacer una necesidad humana económica, moral o de cualquiera otra índole. Debe señalarse que será irrelevante el hecho de que la utilidad de las cosas sea directa o indirecta, ya que el carácter de cosa no se demerita sólo porque requiera un procedimiento de transformación, o porque se requiera en grandes o pequeñas cantidades, etc.

e) Que tenga individualidad propia. Con esto pretende hacer hincapié en que la cosa ha de existir separadamente y por sí sola poderse aprovechar en su individualidad. Asimismo, el uso que se haga de la cosa no debe ocasionar que ésta desaparezca en su totalidad o que sea totalmente absorbida por el ser humano.

f) Que se le pueda someter a un titular. Este sometimiento debe ser jurídico, de tal modo que su consecuencia sería la reducción de la cosa al patrimonio de una persona, aun cuando antes no halla sido de nadie, pues lo verdaderamente importante es la susceptibilidad de que en un momento dado lo sea.

Para Planiol, la distinción entre cosa y bien radica en la diferencia entre los aspectos económico y

jurídicos de los satisfactores, de suerte que la noción de cosa es eminentemente económica y, por consiguiente, todo aquello que permita satisfacer una necesidad será una cosa; en tanto que, si se da el fenómeno jurídico de la apropiación de una cosa, ésta inmediatamente se convertirá en un bien. No obstante, el propio Planiol en colaboración con Ripert amplía su concepto de bienes no sólo a las cosas ya apropiadas, sino a las susceptibles de apropiación.

Por su parte, Ruggiero manifiesta que la palabra cosa puede tener al menos dos connotaciones. Desde el punto de vista filosófico, dice:

"Es toda entidad pensable, real o irreal, perteneciente a la naturaleza racional o irracional". (7).

En tanto, jurídicamente se concreta a decir:

"Es todo objeto de derecho" (8).

Lo cierto es que, apunta Aguilar Carvajal, los conceptos de cosa y bien han sufrido una doble evolución: extensiva y restrictiva. Extensiva porque, si bien en un principio únicamente eran cosas los bienes corpóreos, con el tiempo hubo que admitir que también las cosas incorpóreas o inmateriales son susceptibles de apropiación y de relaciones jurídicas. En tanto, la evolución restrictiva implica que, cuando por la importancia de una riqueza ésta no puede quedar en pocas manos, se le excluye de plano del comercio y resulta que ya no puede ser objeto de relaciones jurídicas.

---

(7) Aguilar Carvajal, Leopoldo.- "Segundo Curso de Derecho Civil".- Editorial Porrúa, S.A.- Cuarta Edición.- Pág. 56.

(8) Ibidem.

Por otra parte, el clasificar a los bienes en diversas categorías no es un ejercicio meramente teórico dado que, como atinadamente lo apunta Aguilar Carvajal

"Todo estudio científico tiene necesidad de las clasificaciones, puesto que no existe ciencia de lo individual; es necesario unir y formar grupos de objetos de estudio para aplicarles las mismas reglas o leyes" (9).

En este mismo orden de ideas, los Lics. Gómis y Muñoz señalan lo siguiente:

"La doctrina de la clasificación de las cosas como objeto del derecho tiene una importancia capital, ya que cada clase o especie tiene un valor jurídico diferente, no sólo en la ciencia del Derecho, sino en la masa legislativa de los Estados" (10).

Así pues, como ya ha quedado señalado en párrafos anteriores, en este estudio solamente se hará referencia a la clasificación de las cosas corporales e incorporales, clasificación que parte de las cualidades físicas o jurídicas de las cosas, de su naturaleza esencial. Es así como, la cosa corporal es aquella que se puede captar por medio de los sentidos, por lo que también se le denomina cosa tangible; en cambio, la cosa incorporal o intangible es la que se capta sólo con la imaginación, con la inteligencia, pues escapa al conocimiento de los conductos sensibles, de manera que puede decirse que se trata de una abstracción. Los bienes corporales son las cosas, mientras que los bienes in-

(9) *Ibid.* Pág. 57.

(10) Gómis, José; y Muñoz, Luis.- *Obra Citada.*- Pág. 383.

corporales son los derechos reales, personales o mixtos, ya muebles, ya inmuebles.

La distinción entre cosas corporales e incorporeales, dicen Gómis y Muñoz, puede seguirse aceptando, siempre que no se preste a las cosas un valor absoluto de corporeidad o de tangibilidad, ya que hay cosas fluidas o completamente impalpables (gas, electricidad u ondas de cualquier tipo), más son consideradas corporales para efectos de un contrato de suministro o de su apropiación ilícita (robo de fluidos).

Las cosas incorporeales tienen un carácter abstracto, concebibles solamente por un proceso intelectual; se denominan bienes inmateriales cuando entran en el patrimonio y, como se verá en su oportunidad, a este grupo corresponde la imagen de las personas físicas.

Por lo demás, se discute si los derechos patrimoniales son o no bienes incorporeales, o sea, si cabe la posibilidad de que halla un derecho sobre otro derecho considerado éste como cosa inmueble o incorporal, situación que muchos códigos, entre ellos el nuestro, consagran como legal; sin embargo, en estricta técnica jurídica, la clasificación de las cosas no debe comprender los derechos, exclusión hecha por el Código Civil Alemán.

Continuando con los bienes de naturaleza incorporal, Aguilar Carvajal Manifiesta lo siguiente:

"Es el producto de la evolución social y económica, ya que existen, debido al progreso de la técnica y de las concepciones jurídicas, muchos elementos de riqueza que integran el patrimonio y que son inmateriales; por consiguiente, es necesario catalogarlos como bienes, puesto que su importancia igua-

la y aun supera a la de los bienes corpóreos" (11).

Es menester señalar que nuestro Código Civil sí admite esta clasificación, pero en forma implícita supuesto que se clasifican y reglamentan separadamente ambos tipos de bienes (Artículos 750, 754 y 755).

Ahora bien, no obstante aceptar y resaltar la importancia de esta clasificación, Aguilar Carvajal no por ello deja de criticarla desde una perspectiva teórica. En efecto, ya se dijo que una clasificación se hace necesaria para diferenciar las partes de un mismo todo; sin embargo, en este sentido la clasificación que nos ocupa resulta inocua, en tanto que las cosas materiales y los derechos no están confundidos, no forman un todo:

"Son de naturaleza esencialmente distinta, las cosas son materiales y los derechos inmateriales y pertenecen a mundos distintos" (12).

Además, la ciencia jurídica trabaja siempre y únicamente con derechos, pues los objetos materiales le resultan neutros y sólo le interesan cuando constituyen el asiento de un derecho; por tanto, no debe tenerlos en cuenta como cuerpos al ser todos inmateriales, de ahí que salga sobrando su distinción cuando un objeto soporta a un derecho. Lo más que Carvajal le concede a esta clasificación es una importancia relativa, siempre que no se abuse de abstracciones lógicas en su técnica, y dicha importancia la fundamenta en dos razo

---

(11) Aguilar Carvajal, Leopoldo.- Obra Citada.- Pág. 62.

(12) Ibidem.

nes principales: obviamente que la naturaleza intrínseca de las cosas influye en la aptitud de soportar un derecho (una cosa mueble o no identificable no puede ser objeto de un derecho real de hipoteca); difícilmente podrá desterrarse la creencia vulgar de identificar el derecho de propiedad con la cosa sobre la que recae, ya que a cualquier persona común y corriente le resultaría imposible entender que no es propietaria de la cosa misma, sino que sobre ella no tiene más que un derecho real. En el derecho mexicano, a semejanza de lo que ocurre en el derecho francés y partiendo del principio de que "en materia de muebles la posesión equivale al título", esta clasificación sólo es válida en materia de títulos de crédito, en el hecho de que se incorpora el derecho al documento.

Por otro lado, escribe Gutiérrez y González, la utilidad práctica de esta clasificación puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Todos los bienes constitutivos del patrimonio son necesariamente corporales o incorporales.

b) Sólo entendiendo perfectamente la diferencia entre uno y otro tipo de bienes podrá abordarse con probabilidad de éxito el problema del patrimonio moral de las personas, ya que la mayoría de sus componentes son de índole incorporal (como la imagen).

c) El captar plena y correctamente esta distinción posibilita determinar cómo opera la evicción en cada caso. En efecto, mientras que cuando se sufre la evicción de una cosa corporal el que la transmitió responde cuando menos por el valor total de la cosa al adquirente, en tratándose de la cesión alzada o en globo

de cosas incorporeales y el cesionario sufre la evicción de parte de lo cedido, si tal parte no representa el todo o la mayoría el cedente no responde de la evicción.

Sólo resta agregar que, en materia de derecho internacional privado, el derecho sobre un bien incorporeal (derecho sobre un derecho), se tiene que el objeto del derecho gravante es el derecho gravado; en consecuencia, se considera que la misma ordenación jurídica a que está sometido el derecho gravado es competente también para todo derecho sobre este derecho. Hay que señalar que se entiende por bienes incorporeales a los derechos, bienes de la personalidad (como la imagen), obras intelectuales, marcas, patentes y empresas. A los derechos sobre obras intelectuales, marcas y patentes se les sigue considerando en muchos Estados como derechos de monopolio y privilegios, de ahí que en principio cada Estado únicamente proteja aquellos derechos otorgados por él en virtud de un acto administrativo singular, o reconocidos de un modo general por su legislaciones; por lo mismo, no suele aplicarse el derecho extranjero merced a un supuesto principio de territorialidad.

#### Generalidades Acerca de los Derechos Subjetivos.

Como ya ha quedado señalado, uno de los principales grupos constitutivos del patrimonio es el de los derechos, una de cuyas especies, la de los derechos subjetivos, es particularmente importante para la finalidad de este trabajo como pronto quedará de manifies-

to; por consiguiente, en seguida he de referirme a sus notas más peculiares y características.

CONCEPTO.- El Diccionario Jurídico Mexicano al respecto manifiesta lo siguiente:

"Facultad que da la norma; posibilidad que contiene el orden jurídico de hacer u omitir lícitamente algo" (13).

Agregándose que generalmente es correlativo de un deber jurídico.

Los conceptos de derecho subjetivo y obligación jurídica son concomitantes y complementarios entre sí, ya que las relaciones esenciales a la vida del hombre se manifiestan bilaterales desde el momento mismo en que sobre ellas se proyecta la norma del derecho objetivo dado que, al ser ésta una regla de conducta imperativa, la persona debe obrar de acuerdo al orden así impuesto y sin contrariarlo, de modo tal que unas personas tienen la facultad de exigir o hacer algo, mientras que otras están obligadas a satisfacer esa exigencia o a no perturbar la actuación de las primeras, formándose así un conjunto de derechos o facultades exigibles y de deberes impuestos.

Para los romanos, el derecho subjetivo equivalía a un poder, atribución o facultad, independientes del deber correlativo a tal exigencia; es decir, su concepción era estrictamente unilateral. Es por ello que muchos juristas modernos mantienen esa posición, estableciendo que:

"El derecho subjetivo integra una relación jurídica en la que brota un vínculo in-

---

(13) Diccionario Jurídico Mexicano.- Tomo tres.- Pág. 206.



declinable de obrar, o un poder de exigir AL GO imperativamente" (14).

Para Windscheid el derecho subjetivo:

"Es la facultad voluntaria que el titular de un derecho tiene para invocar en su ventaja la realización de la norma y, por en de, exigir las consecuencias jurídicas de su violación" (15).

El problema de esta definición es que deja de lado aquellos derechos subjetivos en los que la voluntad no tiene ingerencia alguna, derechos intransmisibles, irrenunciables y dimanantes de las obligaciones naturales que no producen acción.

Otro autor, Jacobo Ramírez Sánchez, señala que toda norma jurídica implica una relación entre dos sujetos que son, por un lado, el obligado por ella, y por el otro, el pretensor o facultado para exigir el cumplimiento de la obligación, siendo el derecho en sentido subjetivo precisamente la autorización concedida al pretensor por el precepto.

Por su parte, Efraín Moto Salazar apunta que los derechos subjetivos son facultades que el individuo tiene con relación a todos los miembros del grupo social al que pertenece como al Estado del que forma parte, facultades que la ley necesariamente reconoce y tutela. Tales caracteres permiten a Moto Salazar definir al derecho subjetivo como:

"El conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus -

---

(14) Gómis, José; y Muñoz, Luis.- Obra Citada.- Pág. 15.

(15) Gómis, José; y Muñoz, Luis.- Obra Citada.- Pág. 16.

propios intereses" (16).

También hay quienes aluden a un poder, dado que - el individuo puede ejercitarlo sobre los demás hombres y, merced al apoyo que le brinda la ley al estimarlo - justo, obligarlos a respetarlo y así realizar la finalidad respectiva que no es sino la satisfacción de sus legítimos intereses.

A. Puente y F. define el término derecho subjetivo como:

"Una facultad reconocida al individuo - para llevar a cabo determinadas acciones y - que nace de una relación que se establece entre un sujeto (individuo que exige) y otro - (de quien se exige), que está obligado con - el primero a cumplir el objeto de aquella relación" (17).

Dichas relaciones son engendradas por los llamados actos o negocios jurídicos, pues producen consecuencias jurídicas respecto a la conducta de los individuos, a quienes además colocan en determinada situación jurídica.

El español José Castán Tobeñas entiende por derecho subjetivo:

"El derecho concebido como atributo jurídico individual, como poder concedido a la voluntad de los particulares, como facultas agendi" (18).

---

(16) Moto Salazar, Efraín.- "Elementos de Derecho".- Editorial Porrúa, S.A.- Séptima Edición. Pág.18.

(17) Puente y F., Arturo.- "Principios de Derecho".- Editorial Banca y Comercio.- Quinta Edición.- Págs. 10 y 11.

(18) Castán Tobeñas, José.- "Los Derechos Humanos en su Relación con Figuras Jurídicas Afines".- Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre, - 1968.- Págs. 777 y 778.

Para muchos otros tratadistas el derecho subjetivo es un poder de la voluntad, un señorío del querer, un poder que corresponde a la persona en virtud del ordenamiento jurídico de obrar según las normas del derecho objetivo. Como puede verse, en la idea de derecho subjetivo lo fundamental es la voluntad del particular, misma que se concreta en la facultad de obrar dentro de los límites señalados por el derecho objetivo, el cual al propio tiempo la tutela.

No obstante, hay quienes rechazan una sustentación de la esencia del derecho subjetivo a partir de los conceptos de poder y de voluntad. Así, se dice que el derecho no se reduce en su totalidad al elemento volitivo, además de que hay muchos casos en que el derecho existe independientemente de la voluntad del particular (derechos de los incapaces carentes de representante legal, o derechos de personas capaces que ignoran la existencia de aquéllos). Es por esto que Ihering prefiere definir el derecho subjetivo como: "un interés jurídicamente protegido", garantizado por la ley mediante la coacción y dirigido a un fin; es decir, para él el momento decisivo aparece justamente cuando el ordenamiento jurídico siente un especial interés de proteger determinada necesidad humana.

Claro que esta tesis tampoco está exenta de críticas, de modo tal que Ruggiero observa atinadamente que el interés no constituye la esencia del derecho, sino solamente el fin del mismo. Surge pues la necesidad de formular una tercera doctrina, resultante de la armónica conciliación de las dos anteriores, según se desprende del concepto que da de derecho subjetivo:

"El poder de la voluntad del hombre de obrar para satisfacer los propios intereses en conformidad con la norma jurídica" (19).

Ahora bien, en esta definición el elemento formal está representado por el poder que se confiere a la voluntad, pero sin entender a ésta en su sentido meramente abstracto o puro, sino vista como algo concreto, con un contenido determinado, el cual es precisamente el elemento material del concepto, esto es, su fin que es la satisfacción de una necesidad. Más resulta pertinente recalcar el hecho de que el concepto que nos ocupa no alude a una voluntad del particular destacada de la voluntad general puesto que, por el hecho de ser ésta el acuerdo de las voluntades particulares y constituir en su conjunto el derecho objetivo, el derecho subjetivo siempre será necesariamente parte de la voluntad general; por lo mismo, la voluntad en el derecho subjetivo no es la de su titular, sino la del ordenamiento jurídico; el particular con lo único que cuenta es con la facultad o poder de obrar de conformidad con la norma, poder que surge cuando la norma abstracta se concreta tras otorgar el derecho objetivo la tutela a determinado interés, pero dicha facultad de querer no implica siempre un querer efectivo (lo cual explica la posesión de derechos, tanto de incapaces faltos incluso de representante legal como de sujetos plenamente capaces que ignoran que los poseen).

Todavía con respecto a esta facultad del particular, ha de señalarse que la misma reviste dos aspectos

(19) De Ruggiero, Roberto.- "Instituciones de Derecho Civil", traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro.- Instituto Editorial Reus.- Volumen I.- Pág. 208.

tos; el abstracto o aislado, como poder de hacer o de no hacer; como pretensión en el sentido de exigir a uno o a todos los demás hombres una determinada conducta, constituyendo dicha obligación el deber jurídico, que es correlativo a toda potestad y que en principio es negativo al traducirse en la abstención de cualquier acto que perturbe o impida el ejercicio de la facultad en el titular.

Por otro lado, se ha dicho que el elemento material está constituido por el fin que es la satisfacción de una necesidad, esto es, que nos reporta una utilidad, ya estrictamente material, ya de índole intelectual o moral. Sin embargo, la elevación de una utilidad a la categoría de derecho subjetivo a través de la tutela que le brinda el derecho objetivo depende de la apreciación que haga de ella la voluntad colectiva en un tiempo y lugar determinados, aunque en general lo que se tutela son los fines que satisfacen exigencias humanas y serias necesidades reales, reconocidas como tales por la sociedad jurídicamente organizada y no solamente por algún particular o sector de ella.

Es así como el derecho subjetivo cuenta con la tutela jurídica concretada en la posibilidad de la coacción, pero igualmente goza de la garantía de la acción, misma que permite al particular hacer valer en juicio alguna de sus facultades cuando ésta le halla sido perturbada o desconocida por alguien. De lo anterior se desprende que toda potestad desprovista de la garantía de la acción no alcanza el rango de derecho subjetivo, y en todo caso lo único que subsiste es un simple interés, el cual no por ello deja de ser recono

cido por el derecho objetivo, de suerte que, al lado de los intereses puros o simples que se hallan desprovistos de toda tutela, se tienen los intereses legítimos protegidos mediante recursos administrativos (forma en la que el dueño de un fundo puede oponerse a su expropiación); es decir, en este caso no puede hablarse de un derecho subjetivo porque el particular carece de acción para constreñir a la administración pública, dado que aquí está de por medio la utilidad general, utilidad que siempre será preferente a los intereses individuales, por más legítimos que éstos sean.

Pasando a otro aspecto de este tema, si bien la regla general es que no puede existir derecho sin sujeto, excepcionalmente cabe la posibilidad de encontrar derechos desprovistos momentáneamente de sujeto (título al portador abandonado por su poseedor y que no halla caído aún en manos de otro); no obstante, la relación jurídica se mantiene con vida porque siempre existirá la posibilidad de que aparezca el sujeto, en cuyo caso el derecho saldrá del Estado de suspensión. Desde luego, lo que sí resulta inadmisibles es un derecho que esté sin sujeto de modo permanente, pues ese poder de obrar para la consecución de un fin necesariamente habrá de tener alguna vez un titular.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se señala:

"Se puede afirmar que la suma de derechos subjetivos de un individuo es igual a su libertad jurídica, es decir, a toda la serie de actos que puede hacer o dejar de hacer lícitamente; dicho de otra manera, sin que su conducta sea considerada como una condición necesaria para aplicar una sanción".

Se aclara que los tratadistas no han podido poner

se de acuerdo en relación al concepto de derecho subje tivo; ni tampoco en lo relativo a si el derecho subje tivo es el género de las especies facultad, potestad, competencia, autorización, etc.

Es interesante señalar que en un principio por de recho subjetivo se entendía "lo que le pertenecía al individuo y que, por lo tanto, podía legítimamente de fender". Para Grocio y Puffendorf se trataba de una fa cultad moral basada en el individualismo y el contra ctualismo social supuesto que, si bien el hombre cedió parte de sus derechos a la sociedad para posibilitar una convivencia pacífica, al propio tiempo se reservó algunos otros derechos que lo facultan moralmente a exigir se abstenga de perturbarlo. Por su parte, los ju snaturalistas aseguraban que los derechos subjetivos emanan de las normas del orden superior, de ahí que el orden jurídico positivo debía protegerlos.

Otro autor más moderno, Hans Kelsen, sostiene que en la definición no deben incluirse conceptos subje tivos tales como voluntad o interés del titular, pues existen derechos subjetivos independientes de aqué, llos, por lo que afirma que el derecho subjetivo no es sino "la posibilidad de poner en movimiento la maquina estatal para aplicar la sanción"; en consecuencia, más que correlativo del derecho subjetivo, el deber ju rídico es la obligación de abstenerse de realizar el antijurídico.

Desde luego que, afirman Gómis y Muñoz, también hay quienes rechazan de plano la existencia del dere cho subjetivo, puesto que consideran que lo único ver dadero es la ley, el derecho positivo y objetivo, y no la pretendida voluntad ordenadora del individuo, dado

que si éste obedece un mandato es precisamente por la coerción establecida por la norma jurídica, más no debido a su tendencia volitiva, máxime que por regla general la voluntad se muestra reacia a ejecutar la acción obligada. En la anterior consideración se apoyan Dunker, Duguit y Kelsen para afirmar la inexistencia de los derechos subjetivos y la sola existencia de los deberes; en última instancia, señalan, los llamados de rechos subjetivos no son sino la subjetivación de la norma. Dicha subjetivación, sin embargo, también ha sido explicada en otra forma por una diversa vertiente doctrinal:

"La voluntad individual, al actuar en el círculo que la norma le concede, origina un derecho objetivo de tanto valor como el que produce el propio Estado" (20).

Al respecto, el profesor Demófilo de Buen arguye:

"El derecho subjetivo, es decir, el campo propio de la autonomía individual, no es algo cuya existencia y extensión derive sólo del Estado; la libertad tiene mucho de infranqueable y de originario; el Estado no puede ni debe conocerla" (21).

También hay autores que, si bien conciben al derecho subjetivo como "el interés jurídicamente protegido", le añaden "mediante la facultad conferida a una persona de representarlo o defenderlo"; por lo mismo, la extensión del interés es en este caso tanto de índole material como moral o espiritual. Sin embargo, esta connotación del derecho subjetivo es válida únicamente para aquellas legislaciones que no admiten que pueda

---

(20) Gómis, José; y Muñoz, Luis.— Obra Citada.— Pág. 16.

(21) Ibidem.



ejercer algún derecho subjetivo sin tener en ello interés, pues hay legislaciones que ofrecen la posibilidad del abuso del derecho sin interés alguno para el particular, o en todo caso teniendo un interés malévolo de causar un daño.

Por otra parte, Castán Tobeñas distingue tres tipos de derechos diferentes, aclarando que los primeros abarcan a los segundos y a los terceros, y los segundos engloban a los terceros: derechos subjetivos; derechos del hombre o esenciales humanos; derechos de la personalidad. Para el profesor Legaz los derechos subjetivos son expresión de atributos de la personalidad y los agrupa en tres categorías: derechos fundamentales de la persona; derechos estatutarios (aquellos en que el sujeto se halla en relaciones de comunidad y de organización); derechos subjetivos propiamente dichos o en sentido técnico jurídico (aquellos en que el sujeto se encuentra en relaciones de coordinación, predominando la idea de libertad sobre la de función). Así pues, tanto los derechos esenciales o fundamentales de la persona como los derechos de la personalidad no son más que subespecies de los derechos subjetivos.

Otra especie de los derechos subjetivos son los públicos subjetivos, mismos que sin embargo no engloban a los derechos humanos fundamentales debido a las siguientes diferencias entre unos y otros: los derechos del hombre pueden ejercitarse frente a la entidad política estatal, por considerar a la persona humana como valor primario; los públicos subjetivos traen aparejada una relación de subordinación entre el Estado y sus súbditos y cualquiera puede ser sujeto. Incluso en

la actualidad ya hay quienes hablan de derechos públicos subjetivos de personalidad.

Otro tratadista español, José Madridejos Sarasola, escribe que para que exista un derecho subjetivo son necesarios dos elementos: la posibilidad de una actuación lícita con trascendencia jurídica y la protección por el ordenamiento. En cuanto a la estructura del derecho subjetivo, comúnmente consta de tres elementos: sujeto, objeto y contenido; en este sentido, los derechos subjetivos se tipifican por su contenido y se individualizan por su objeto; en consecuencia, el sujeto es un elemento necesario pero en cierto modo in diferente, claro que es preciso que halla un sujeto, pero no tiene trascendencia el que este puesto lo ocupe uno u otro, pues el sujeto ni caracteriza ni indiv dualiza al derecho.

Sin embargo, en tratándose de los derechos personalísimos o de la personalidad, entendidos como derechos intransmisibles y entre los cuales se incluye el derecho sobre la propia imagen, el sujeto sí cobra una capital importancia porque precisamente posibilitan la individualización del sujeto de quien se trate.

En última instancia, puntualiza Madridejos, el concepto de derecho subjetivo es compatible tanto con la transmisibilidad como con la intransmisibilidad.

Ahora bien, dentro del estudio de los derechos subjetivos quizá la cuestión más importante y trascendental es el análisis y delimitación de los llamados derechos innatos del hombre, derechos que presuponen como elemento esencial la persona física y que Ruggiero cataloga como extrapatrimoniales. En efecto, a pe-

sar de que esos derechos esenciales de la persona han siempre en el Estado la fuente de su existencia, tienen por fundamento natural la propia naturaleza humana. Una noción respecto a ellos nos es dada por Ruggiero en forma muy precisa:

"Derechos esenciales de la persona, consisten en las libertades que son garantidas al hombre por el Derecho objetivo, ya sean libertades de acción o de pensamiento, políticas o civiles, de asociación o religiosas, etc." (22).

Todas estas libertades generan a su vez facultades singulares en el individuo, tales como los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida, al honor, a la imagen, etc., constituyendo todas en conjunto la personalidad humana; no obstante, la suma de estas facultades, sostiene Ruggiero, no puede denominarse derechos de la personalidad, más no por ello la personalidad por sí misma representa un derecho subjetivo del individuo a ser reconocido como persona, debido precisamente a que la personalidad es el supuesto de todo derecho subjetivo, ya que el derecho presupone necesariamente la existencia de la persona.

CLASIFICACIÓN.— Por lo que se refiere a las diversas categorías de derechos subjetivos, las que aceptan la generalidad de los tratadistas han sido constituidas en base a dos criterios: la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo; y el objeto y contenido del mismo.

---

(22) De Ruggiero, Roberto.— Obra citada.— Pág. 216.

10. Eficacia y Naturaleza del Derecho Subjetivo.- Desde esta perspectiva los derechos subjetivos pueden ser:

a) Absolutos y Relativos. Son absolutos cuando es tán investidos de una eficacia universal e impliquen un deber de todos respecto a su objeto, deber general y negativo, supuesto que se obliga a los terceros a abstenerse de turbar al titular en el goce de su derecho (derechos de familia y la mayoría de los derechos reales). En cambio, los derechos subjetivos relativos sólo implican una eficacia particular al obligar a una o varias personas determinadas a hacer o no hacer algo (derechos de crédito).

b) Originarios y Derivados. Son derechos originarios los que se producen en el titular, independientemente de una actividad de parte de éste encaminada a adquirirlos (todos los derechos inherentes a la persona). Por el contrario, los derechos derivados se adquieren por efecto de un hecho de su propio titular (todos los derechos que tienen como presupuesto a los primeros, pues son producto de una actividad del titular, independientemente de que la voluntad se haya o no dirigido precisamente a adquirirlos).

c) Transmisibles e Intransmisibles. Los derechos transmisibles son aquellos que admiten la posibilidad de ser transferidos de su titular a otro sujeto (todos los derechos privados subjetivos en general). Por lo que toca a los derechos intransmisibles, éstos son aquellos que no admiten la posibilidad de su transferen cia (los derechos personalísimos por virtud de su ínti ma relación con la persona del titular, de manera que

cualquier transferencia que sobre ellos se operara pro vocaría su desnaturalización). De entre estos derechos personalísimos destacan los derechos que forman el con tenido de la personalidad, los inherentes al estatus, los familiares y algunos patrimoniales como las servi- dumbres personales.

2o. Objeto y Contenido Intrínseco del Derecho Sub- jetivo.- Desde este punto de vista los derechos subje- tivos pueden ser:

I. Públicos. Son derechos subjetivos públicos los que se fundan en una norma de derecho objetivo de dere- cho público.

II. Privados. Serán derechos subjetivos privados aquellos que tengan como fundamento una norma de dere- cho objetivo de carácter privado. A su vez, estos dere- chos se subdividen en las siguientes categorías:

a) Patrimoniales y no patrimoniales o personales, aunque no deben confundirse estos últimos con los dere- chos obligacionales o de crédito, sino que en este ca- so se está aludiendo a los derechos correspondientes al individuo como persona. Por lo demás, el criterio diferenciador para esta categoría está dado por el con tenido económico de las facultades correspondientes al sujeto y por el concepto tradicional de patrimonio. Así, se consideran derechos patrimoniales todos aque- llos susceptibles de estimación pecuniaria; en cambio, los derechos subjetivos no patrimoniales son los que no aseguran una inmediata utilidad económica, tales co- mo los derechos de la personalidad y los de la fami- lia, ya que no son valubles en dinero. Al respecto ma nifiesta Ruggiero:

"No se debe confundir con la patrimonialidad la posibilidad de que un derecho origine a su titular eventualmente una ventaja económica" (23).

Lo cual ocurre cuando el titular de tal derecho sufre un daño moral y surge en el transgresor la obligación de resarcirlo, más no por ello varía la naturaleza objetiva del derecho en sí, cuya violación únicamente genera un derecho de crédito.

Ya se dijo que los derechos no patrimoniales pueden ser personales y de familia. En cuanto a los derechos personales, personalísimos, de la personalidad o sobre la propia persona, Windscheid apunta que, a la manera de los derechos reales, la voluntad de su titular debe ser declarada decisiva por el orden jurídico debido a que, por no implicar una acción sobre personas o cosas ajenas, estos derechos representan poderes que el hombre tiene sobre sí mismo, tanto en el ámbito físico como en el intelectual. No obstante, se hacen dos objeciones en contra de la admisión de estos derechos sobre la propia persona: que ni las fuerzas físicas ni las psíquicas pueden existir de manera independiente con relación al ser humano del que proceden, pues la persona constituye un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo componen; que al considerar a las personas como objeto del derecho subjetivo se le están asignando los papeles de sujeto y de objeto de derecho, funciones simultáneas que son contradictorias e inconciliables en la

---

(23) Ibid.- Pág. 223.

relación jurídica cuando recaen en el mismo individuo. Sin embargo, esta crítica resulta irrelevante si se tiene en cuenta que, si bien es imposible una efectiva separación de las partes del todo, sí resulta concebible abstractamente, máxime si se maneja la personalidad en sí como una entidad compleja y autónoma, titular de este tipo de derechos. Finalmente, conviene hacer notar que no todas las figuras que los autores incluyen en esta categoría son derechos sobre la propia persona en sí, dado que hay casos en que el objeto es producido por la actividad psíquica e intelectual de la persona (obra artística o científica, patente, derechos de autor, empresa mercantil, etc.), e incluso por proyecciones emanadas de sus componentes físicos (la imagen de cada individuo).

Por su parte, los derechos patrimoniales se agrupan fundamentalmente en dos categorías: reales (conceden a su titular un señorío inmediato sobre la cosa) y obligacionales o de crédito (nacen de una relación inmediata entre dos personas, quedando una obligada a una determinada prestación o abstención, y teniendo la otra la facultad de exigir dicha prestación o abstención). Ambas especies de derechos se distinguen básicamente por la naturaleza de la relación (persona - cosa y persona - persona, respectivamente).

3o. Políticos o del Ciudadano. Son los que tienen los individuos cuando actúan en calidad de ciudadanos miembros de un Estado. Para poseerlos se debe ser nacional y ciudadano de un Estado. Le permiten participar en la organización del gobierno, en el ejercicio de la Soberanía Nacional. Son ejemplos de este grupo:

derecho a votar y ser votado para cargos de elección popular; derecho de asociarse para tratar asuntos políticos del país; etc.

Este tipo de derechos no se confunde con los subjetivos públicos porque éstos son los que tiene el ser humano por el sólo hecho de serlo (vida, libertad, seguridad personal, etc.), por lo que la mayoría de ellos han sido elevados a rango constitucional, contemplados como garantías individuales o del gobernado; además, se otorgan sin atender a circunstancia alguna, debiendo el Estado garantizarlos preferentemente, lo que en cierta forma limita las facultades del poder del propio Estado.



## CAPÍTULO SEGUNDO:

## DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

## Definición y Características.

Como se ha visto, el último punto del primer capítulo de esta tesis fue dedicado a dar apenas un sencillo esbozo de los derechos subjetivos como elementos constitutivos del patrimonio. Así las cosas y de acuerdo con el temario que inicialmente me tracé, ahora me corresponde tratar lo que muchos autores consideran como una especie de los derechos subjetivos, y dentro de la cual la doctrina ha ubicado al derecho que las personas físicas tienen sobre su imagen, mismo que constituye el eje central del presente trabajo: los Derechos de la Personalidad.

Primeramente se debe entender el sentido que se le da al término "personalidad" cuando se considera que este tipo de derechos corresponden precisamente a ella. Gutiérrez y González expresa en pocas palabras el por qué de la necesidad de esta clarificación:

"Es preciso como digo, conocer qué se entiende por personalidad, ya que es un vocablo jurídico que tiene una connotación tradicional, y puede sembrar duda en la mente del lector alumno aún poco habituada al uso del lenguaje jurídico" (24)

---

(24) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 745.

Tal necesidad se debe a que, para denotar modernas instituciones, o se crean nuevos vocablos jurídicos o, como en este caso, se recurre a un término antiguo que tiene una significación exacta e indubitable, pero dándole un nuevo sentido, ya que el lenguaje jurídico no es estático y es por ello que sus componentes constantemente se ven transformados por una gran gama de connotaciones, sobre todo al momento de ser aplicados a un caso concreto a partir de puntos de vista subjetivos.

Es así como, a pesar de que desde la perspectiva jurídica la personalidad siempre ha sido entendida como la aptitud para ser sujeto de derechos (personalidad jurídica), al abordar este problema específico con la voz personalidad se pretende denotar el conjunto de atributos de la persona humana, aclarándose que la personalidad no puede ser en sí misma un derecho supuesto que desde siempre ha sido catalogada como el presupuesto de todos los derechos. Desde luego, debe tenerse en cuenta que la persona humana está compuesta de elementos somáticos, psicológicos y morales.

Lo cierto es que de todas estas brillantes explicaciones se desprende que Gutiérrez y González, Roger Nerson y los demás tratadistas aceptan como correcto el considerar a este tipo de derechos como "de la personalidad". Sin embargo, yo en lo personal abrigo muy serias dudas al respecto, aunque con ello no me queda más remedio que discrepar de la opinión de tan prestigiadas autoridades del Derecho. En este orden de ideas y aunque parezca paradójico, he apoyado mi actual criterio precisamente en una crítica que Gutiérrez y Gon-

zález hace a la tesis de Degni a propósito de su concepto de derechos de la personalidad:

"Por último, emplea en una definición términos jurídicos de connotación exacta, en un sentido meramente gramatical, cosa reprochable en un jurista" (25).

Y agrega:

"Y estimo que es un equívoco, pues tal vocablo en lo jurídico tiene un contenido exacto que de dársele, desvirtuaría totalmente lo que se trata de definir" (26).

Y es aquí cuando yo me planteo la siguiente interrogante: si resulta reprochable utilizar en la definición de una institución jurídica términos en su sentido meramente gramatical cuando los mismos tienen en Derecho un sentido exacto, ¿qué acaso no es todavía mucho más reprochable el usar dichos términos en la denominación misma de tal institución jurídica?.

Por todas estas consideraciones sostengo que lo más apropiado hubiera sido optar por la otra solución de la disyuntiva planteada; esto es, en vez de recurrir a un vocablo que ya tenía por tradición un contenido específico a la luz del Derecho, debió haberse ideado un término nuevo que permitiera identificar con toda precisión a esta importante categoría de derechos subjetivos. Y es ahora cuando, no obstante tener la plena conciencia de que para estar en aptitud de aportar algo positivo en cualquier campo del saber humano se requieren muchos años de estudio y dedicación, y aun a riesgo de incurrir en errores inadmisibles en al

(25) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 743.

(26) Ibidem.

quien que recientemente a terminado los estudios de Li  
cenciatura en Derecho, voy a dejar plasmada en este -  
trabajo una posible denominación para esta clase de de  
rechos que a mí se me ha ocurrido, sujeta naturalmente  
a todas las críticas que se le deseen hacer: Derechos  
de o a la Individualidad. Con esta denominación lo que  
pretendo es subrayar el hecho de que este tipo de dere  
chos son quizá los más íntimamente vinculados al suje-  
to mismo, dimanen de él y él es su fuente, su primera-  
y única razón de ser, le corresponden originalmente só  
lo a él merced a su esencia misma a pesar de que el de  
recho positivo no se los reconozca en un momento dado,  
y todos los hombres, independientemente de su raza, na  
cionalidad, sexo, credo religioso o condición social -  
gozan por igual de ellos, de ahí que nadie pueda consi-  
derarse facultado para privar a ningún semejante del -  
disfrute de dichos derechos, dado que quien así procedi-  
era estaría llendo en contra de la naturaleza humana  
misma.

Por lo demás, tampoco debe perderse de vista que-  
la connotación clásica de personalidad es fundamental-  
mente de índole procesal, en tanto que los derechos de  
la personalidad son una institución eminentemente sus-  
tantiva, de fondo. Asimismo, conviene reiterar que la  
personalidad no es un derecho, sino que los derechos -  
estrivan en las múltiples manifestaciones de esta per-  
sonalidad, de la individualidad de cada cual.

Ahora bien, observa Castán Tobeñas, el derecho es  
ante todo creado por y para el hombre, y los bienes de  
éste que aquél salvaguarda pueden ser de diversa natu-  
raleza: patrimoniales, de carácter esencialmente pecu-

niario; familiares y sociales; personales, como la vida y el honor. Esto significa que para Castán solamente forman parte del patrimonio aquellos bienes que tienen una connotación eminentemente económica, idea tradicional por demás limitada.

Dichos bienes personales, principal categoría de los bienes de la persona individual, encuentran su protección a través de los llamados derechos de la personalidad, los cuales garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad, teniendo por objeto precisamente los modos de ser físicos o morales de la persona.

No obstante, Gutiérrez y González sostiene firmemente que los derechos de la personalidad ante todo también deben ser catalogados como derechos patrimoniales, pero de índole moral o no pecuniaria, debido a la amplitud de los términos bien y riqueza, mismos que a su vez son inherentes a la voz patrimonio. (27) Asimismo, añade que se trata de verdaderos derechos subjetivos que corresponden al ser humano en su calidad de tal. Y cómo no ha de ser así si tienen por objeto el goce de bienes fundamentales a la persona, misma que es trascendente no sólo para los particulares o interesados personalmente, sino también para la sociedad, para el Estado; consecuentemente, para poder disfrutar cabalmente de este tipo de derechos, se les deba considerar tanto desde un sector jurídico público (penal y administrativo), como desde un ángulo de derecho pri-

(27) Supra.- Pág. 12.- Confróntese Gutiérrez y González, Hernesto.

vado especialmente dedicado a perfilar su contenido.

La preocupación por la problemática humana se hizo manifiesta en principio entre los tratadistas de Derecho Público. Y aquí conviene citar las certeras observaciones de Nerson y que encierran una advertencia:

"Como esta toma de conciencia partió del Derecho Público con las Declaraciones de derechos y se extendió después al Derecho Privado, los autores han tendido a trasladar al plano del Derecho Civil la teoría de los derechos del hombre y han descubierto así los DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. Pero creemos que conviene abstenerse de ver por doquier derechos subjetivos" (28).

Y agrega:

"Cierto es que, en el campo de la protección de la persona humana, es posible hallar verdaderos derechos subjetivos, pero no lo es menos que la organización jurídica se caracteriza en general por que en ella se entrelazan los derechos y los deberes" (29).

Atinadamente Castán Tobeñas hace hincapié en que los derechos de la personalidad no deben ser confundidos con los llamados derechos del hombre y del ciudadano, pues en tanto que éstos son fundamentalmente de índole pública y política, los derechos de la personalidad resultan ser nada menos que una nueva especie de derechos privados, que se pretende estén dotados de protección civil. Asimismo, conviene hacer notar que los derechos del hombre y del ciudadano, por el hecho de surgir en oposición al poder, tarde o temprano tien

(28) Nerson, Roger.- "La Protección de la Personalidad en el Derecho Privado Francés", traducido por J. M. Castán Vázquez.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero 1961.- Pág. 13.

(29) Ibidem.

den a ocasionar un choque entre Estado e individuo, - por lo que en última instancia podría ser más eficaz - la teoría de los derechos naturales de la filosofía ca- tólica, misma que los entiende como aquellos derechos- que el hombre tiene para poder cumplir su fin indivi- dual y social, lo que los hace ser al propio tiempo, - pero no en forma absoluta, derechos individuales y de- rechos públicos reconocidos por el Estado, o sea, dere- chos sociales.

Es interesante apuntar que Castán Tobeñas viene a confirmar una idea ya expuesta con antelación, en el - sentido de las discrepancias doctrinales existentes en esta materia desde su misma denominación. Así, se han ideado múltiples denominaciones: derechos a la persona- lidad; derechos esenciales o fundamentales de la perso- na; derechos sobre la propia persona; derechos de la - propia persona; derechos en la propia persona; dere- chos individuales; derechos personales; derechos de es- tado; derechos personalísimos; derechos subjetivos e- senciales. Sin embargo, como ya se señaló, la expre- sión "derechos de la personalidad" es la que día con - día va adquiriendo más adeptos, en virtud de que tales derechos son inseparables de la personalidad humana.

El propio Castán reitera la distinción entre dere- chos de la personalidad y la personalidad misma:

"Esta es la abstracta posibilidad de te- ner derechos, mientras que los derechos de la personalidad son aquellas facultades con- cretas de que está investido todo el que tie- ne personalidad" (30).

---

(30) Castán Tobeñas, José.- "Los Derechos de la - Personalidad".- Instituto Editorial Reus.- Pág. 15.

No obstante, los derechos de la personalidad no incluyen todos los derechos propios de la persona y que dan contenido a la personalidad, sino sólo aquellos que constituyen su núcleo fundamental.

En cuanto a su calidad de derechos subjetivos es principalmente la corriente alemana, apoyada además por algunos tratadistas italianos y portugueses, la que niega a los derechos de la personalidad el carácter de derechos subjetivos. Al respecto Orgaz apunta que, si bien actualmente ya se hallan amparados por muchas legislaciones positivas, ello se debe a que tales derechos de la personalidad son presupuestos jurídicos de la persona individual; mientras que el derecho objetivo no conceda ninguna facultad en relación con estos atributos humanos, no podrá hablarse de derecho subjetivo alguno; en todo caso, éste aparece tras ser lesionados dichos bienes por otro sujeto, pero entonces el derecho ya no será el goce del bien afectado, sino simplemente a obtener la condenación penal o civil del ofensor; además, no se puede admitir que los citados atributos sean derechos de la persona, ya que entonces cabría la posibilidad de que, si bien la persona goza de ellos, en un momento dado podría carecer de los mismos, y precisamente tales atributos son la persona misma, inseparables e indistintos de ella. De cualquier manera, cada vez es más unánimemente aceptada la existencia y jerarquía de los derechos de la personalidad, y es así como Ferrara aclara que un derecho subjetivo existe cuando la protección pública de determinados bienes personales se individualiza a favor del particular o se deja a su arbitrio; asimismo, añade el espa-



ñol Martín Ballestero, no debe perderse de vista que todo derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico que posibilite una pretensión, y en el caso de muchos de estos derechos de la personalidad traen aparejado dicho deber jurídico, en el sentido de que no han de ser legítimamente lesionados, y por si ello fuera poco, continúa el propio Ballestero, no debemos olvidar que de cualquier derecho subjetivo se deriva un poder que en un momento dado puede adquirir cierta autonomía por virtud de la ley, lo cual técnicamente también es factible con relación a la clase de bienes que nos ocupan, pues determinados atributos de la personalidad pueden ser separados de ésta, alcanzando así el rango de bienes jurídicos, lo que los tomaría como objetos de derechos tutelados con su correspondiente acción judicial, en este caso de tipo civil.

Por otro lado, el puerto-riqueño Vázquez Boti observa que, si bien dentro de los derechos subjetivos la mayoría de los tratadistas coincide en que son más amplios los derechos humanos que los de la personalidad, él estima que es a la inversa, puesto que el hombre puede actuar bajo diversas personalidades sin dejar por ello de ser hombre. Por mi parte, creo que quizá este autor pudiera tener razón, debido a la terminología que hasta la fecha se ha manejado, ya que si a los llamados derechos de la personalidad se les identificara con otra denominación, tales divergencias doctrinales no existirían.

Además, los derechos de la personalidad aún no son admitidos del todo por la doctrina debido, entre otras razones, al carácter político con el que se les

ha visto, a la carga emotiva con la que se les ha rodeado, al contenido económico que su desconocimiento o aceptación supone y a la intolerancia humana, por más que se le pretenda justificar con meros intereses de sistematización científica y algunas otras consideraciones como las siguientes: ni las fuerzas físicas ni las intelectuales pueden separarse del hombre de quien proceden, pues éste es un todo orgánico incapaz de ser descompuesto en los elementos o funciones que lo integran; la persona no puede ser a la vez objeto y sujeto de derecho, ya que ambas funciones en una misma relación jurídica son contradictorias. No obstante, otros justifican la existencia de los derechos de la personalidad apoyándose en que cualquier individuo puede sufrir violaciones en su persona, en su intimidad, etc., en cuyo caso sería sujeto pasivo de la actividad perjudicial realizada por otro sujeto, de modo que es plenamente sostenible y válida esa misma relación para con uno mismo. Por su parte, Vázquez Boti rechaza que la aceptación de los derechos de la personalidad conlleva reconocer a la persona física una condición de objeto de derecho, pues al contrario, se le afirma como sujeto de derechos, cuyo objeto se concreta a las diversas manifestaciones propias de la persona, lo que al propio tiempo las separa y refiere a éstas. Así, la intimidad del ser humano es una realidad clara e indiscutible de cada cual, lo que se comprueba si a dicha intimidad contraponemos la vida pública que de una u otra forma todos llevamos, misma que también es una innegable realidad de nuestra existencia.

En relación con su asimilación a las dos principales vertientes del Derecho, hay quienes sostienen que-

los derechos de la personalidad son de derecho público, y otros afirman que corresponden al derecho privado, pero un gran sector de la doctrina más bien ha optado por particularizar en cada derecho específico de que se trate, estimando que si tienen una inmediata persecución edonómica entrarán en el campo del derecho patrimonial privado.

En Italia Adriano de Cupis no acepta que todos los derechos de la personalidad sean innatos o pertenecientes a la persona por su misma naturaleza, idea postulada por los jusnaturalistas y por la doctrina católica dado que, afirma, puede haber derechos de la personalidad que no sean innatos y, en todo caso, los innatos son el género, mientras que los que no lo son constituyen la especie.

Para Beltrán de Heredia, no obstante, los derechos de la personalidad son innatos, en tanto que los derechos del hombre son esenciales a éste en cuanto ser natural como medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades, coincidiendo además con los Mazeaud y con de Cupis en el sentido de que, como relaciones de derecho público, tienden a proteger tales derechos contra el arbitrio del Estado; en cambio, los derechos de la personalidad implican relaciones entre particulares.

Otro español, de Castro, prefiere hablar de bienes de la personalidad y no de derechos subjetivos, utilizando como figura central la del bien jurídico.

Finalmente, dice María de la Válgoma:

"Lo cierto es que nos hallamos ante unas situaciones que atañen a la personalidad del hombre y que deben ser protegidas por el

Derecho de cualquier ataque, e incluso antes de que tal ataque se produzca, porque proteger esas situaciones, esos intereses, es proteger a la persona misma, lo cual es la esencia y el núcleo del Derecho civil" (31).

Así las cosas, puede concluirse que son muy pocos los tratadistas que les atribuyen el carácter de patrimoniales a los derechos de la personalidad, dado que fuera de Gutiérrez y González y los hermanos Masseaud, el resto de los juristas los considera derechos subjetivos extrapatrimoniales, aunque algunos ni siquiera les conceden el rango de derechos. Es así como, para citar un ejemplo, en la obra "Vocabulario Jurídico", el autor francés Henri Capitant apunta que los derechos de la personalidad son:

"Derechos que tienen por objeto la protección de la persona misma y que, a pesar de no integrar el patrimonio, pueden servir de fundamento a una demanda de indemnización cuando son lesionados: derecho al honor, a la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual o física, al nombre, derecho del autor a permanecer dueño de su pensamiento, etc." (32).

Sin embargo, es fácil advertir que muchos de estos célebres juristas ya no están tan convencidos de lo que hasta ahora se venía aceptando a pie juntillas:

"El Derecho es fundamentalmente patrimonial. Normalmente ampara y defiende el patrimonio de las criaturas y, muy especialmente,

(31) De la Válgoma, María.- "Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen" publicado en el Anuario de Derechos Humanos, Madrid, Marzo 1983.- Pág. 655.

(32) Capitant, Henri.- "Vocabulario Jurídico".- Ediciones Depalma.- Buenos Aires, 1961.- Pág. 426.

el del hombre.

El primer patrimonio que, juntamente SONA LA VIDA, recibe el hombre de Dios ES SU CUERPO, que con su alma, en conjunción indisoluble, forma esa gran obra terrena de Dios" (33).

Es por ello que estoy cierto de que, más tarde o más temprano, habrá de superarse ese estrecho, anticuado, caduco, anacrónico y poco jurídico criterio que pretende extraer a los derechos de la personalidad del único sitio en que pueden estar realmente y que con to da justicia les corresponde: el patrimonio.

Pues bien, era preciso citar todas las anteriores consideraciones para estar en posibilidad de comprender la enorme dificultad que encerraba el dar un concepto de esta institución jurídica con el que coincidiera la generalidad de los tratadistas, de ahí que ca da cual haya optado por manifestar su propio punto de vista como en seguida se verá.

10. Ferrara. Estima que los derechos de la personalidad son:

"Los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales" (34).

En relación con esta idea, Castán Tobeñas y Díez Díaz manifiestan que presenta el grave inconveniente de confundir el objeto y el sujeto de esta especie de derechos.

---

(33) Repetto y Rey, Germán.- "La Incautación del Cadáver Humano con Fines Terapéuticos Ante la Ética y el Derecho".- Instituto Editorial Reus, Madrid 1961.- Pág. 12.

(34) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 742.

## 20. Degni. Los define:

"Como aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad" (35).

Los errores de que este concepto es víctima son graves y obvios, sobre todo cuando manifiesta que, como derechos subjetivos particulares que son, "encuentran también su fundamento en la personalidad" supuesto que, como acertadamente lo hace ver Gutiérrez y González, la palabra "también" hace suponer que el autor de esta definición considera la existencia de otros derechos subjetivos derivados de la personalidad, pero no apunta cuáles son ni expone las causas que los hacen diferentes. Asimismo, los términos en que está redactada esta noción trascienden al campo de lo jurídico hasta colocarse en el ámbito de la filosofía.

## 30. Mario Rotondi. Manifiesta que son:

"Derechos subjetivos eminentemente absolutos que miran a tutelar la integridad física y moral del individuo, imponiendo a la universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena" (36).

Pienso que para el creador de esta definición los derechos de la personalidad en alguna forma se asemejan a los derechos reales, dado que resalta la oponibi

(35) Ibidem.

(36) Rotondi, Mario.- "Instituciones de Derecho Privado".- Editorial Labor, 1953.- Pág. 195.

lidad erga omnes de los mismos; además, la idea de "universalidad de los asociados" resulta ser demasiado vaga, tomada quizá de la tesis de Rousseau que expone en "El Contrato Social".

4o. Joaquín Díez Díaz. Para él simplemente son:

"Aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, -psíquicas o físicas de la persona misma" (37).

Al criticar este concepto, Gutiérrez y González señala textualmente:

"No acepto su definición pues resulta gramaticalmente tan corta, que por lo mismo es jurídicamente demasiado amplia" (38).

Esto es, al no discriminar ni limitar en alguna forma dichas proyecciones, podría llegar a filtrarse a través de este tamiz manifestaciones de la personalidad humana eminentemente ilícitas, o al menos catalogadas así por la sociedad de un lugar y de un tiempo determinados: ¿o qué acaso, argumentando el goce de nuestros derechos de la personalidad, nos es posible deambular por las calles de cualquier metrópoli completamente desnudos?; esta conducta, si bien en esencia no resulta ilícita, a la luz de los cánones religiosos y de moralidad que rigen a nuestra colectividad, es decididamente reprobable y condenable y, por lo mismo, inadmisibles.

5o. José Castán Tobeñas. Los estima como:

"Bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, -del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico" (39).

---

(37) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 743.

(38) Ibid.- Pág. 744.

(39) Castán Tobeñas, José.- Obra Citada.- Pág. 12.

Partiendo de la idea de que atributo significa - cualidad o propiedad de un ser, Gutiérrez y González - hace notar que Castán no tomó en cuenta que el bien jurídico no puede ser en sí algo que es por definición - "cualidad o propiedad". El mismo crítico agrega que no se debió haber empleado en la definición el sustantivo "hombre", pues tal pareciera, continúa, que con ello - se está excluyendo del goce de estos derechos a la mujer; no obstante, yo considero que, en su afán de alcanzar una definición perfecta, Gutiérrez y González - exageró en la crítica, puesto que no siento que el empleo de dicho sustantivo se haya debido a que la actual cultura sea eminentemente masculina, ni a que particularmente la cultura española siga pretendiendo hacer a un lado a la mujer de la vida pública y académica, simplemente pienso que se debió a que la especie a la que pertenecemos siempre ha sido identificada mediante dos sustantivos, que por cierto son de género diferente: hombre (sustantivo masculino) y humana (sustantivo femenino), pero, que quede claro, el empleo de uno u otro siempre se ha hecho extensivo a ambos sexos, de suerte que ello no conlleva discriminación alguna, - y en todo caso aquel que manifieste tal susceptibilidad no tendrá más remedio que avocarse a la titánica tarea de crear una enorme cantidad de sustantivos neutros, a fin de incorporarlos al léxico que cotidianamente es utilizado por el común de las personas.

60. Ernesto Gutiérrez y González:

"Son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas - del ser humano, que las atribuye para sí o - para algunos sujetos de derecho, y que son -



individualizadas por el ordenamiento jurídico" (40).

Antes de pasar a la explicación que el propio autor hace de su definición de derechos de la personalidad, resulta oportuno hacer notar que, con todo y su rigor lingüístico, ni siquiera el propio Gutiérrez y González logró sustraerse al empleo de sustantivos no neutros, supuesto que las palabras "ser humano" son, en última instancia, del género masculino, dado que se dice "el ser" y no "la ser"; "el humano" y no "la humano", lo cual nos demuestra una vez más que es prácticamente imposible manejar solamente sustantivos neutros en sentido estricto. Pero basta de críticas que a fin de cuentas se tornan estériles, inocuas y baladías, y pasemos de una buena vez al análisis de tal concepto.

Por principio de cuentas, es interesante hacer notar que Gutiérrez y González estructuró su definición básicamente a partir de las ideas de los españoles Díez Días y Castán Tobeñas, pues en tanto que de aquél tomó la noción de "proyecciones físicas o psíquicas", aunque limitándolas al manifestar que sólo son "determinadas", de Castán, quien por cierto también utiliza el vocablo "determinados" pero referido a los atributos, extrajo la expresión "individualizadas por el ordenamiento jurídico"; por consiguiente, la única novedad que él aporta surge cuando, refiriéndose a estas determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, afirma "que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho".

---

(40) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 745.

a) Son bienes. Porque son verdaderos derechos subjetivos y, por lo mismo, se identifican con cosas jurídicamente hablando.

b) Constituidos por proyecciones físicas o psíquicas. Antes de adoptar el término "proyecciones" hubieron de descartarse vocablos tales como "facultades", "atributos" o "cualidades", ya que una proyección implica lanzar o dirigir algo hacia adelante o a distancia, en este caso, situaciones físicas o psíquicas que han de ser respetadas por la colectividad.

c) Del ser humano. Porque él es la causa inicial y final del Derecho y, si bien ahora se habla de personas morales, éstas no son más que meras construcciones jurídicas, lo que determina que jamás podrán cobrar vida desligadas de las personas físicas. Tampoco nos interesan las proyecciones de los seres irracionales, pues éstos se hallan al margen del Derecho en México.

d) Las atribuye para sí o para otros sujetos de Derecho. En este caso sí se está tomando en cuenta a las personas morales puesto que, como creaciones jurídicas que son, sí tienen la capacidad para ser titulares de derechos, de ahí que se les tengan que atribuir algunos de los derechos de la personalidad tales como el buen nombre, el secreto, la reputación, etc.

e) Individualizadas por el ordenamiento jurídico. Resulta inobjetable que el ser humano origina muchas y muy diversas proyecciones, pero sólo las que se consideren relevantes para el Derecho estarán tuteladas por el ordenamiento jurídico de un lugar y tiempo determinados, siendo con ello elevadas a la categoría de derechos de la personalidad.

Por lo que a mí respecta, pese a que considero que el concepto de Gutiérrez y González es el más completo de todos los que aquí se han expuesto, siento que omite un aspecto que de una u otra forma sí es abarcada por las definiciones de Ferrara, Degni y Mario Kotondi: el objeto de los derechos de la personalidad. Desconozco si sea correcto o no incluir en el concepto de una institución jurídica el objeto de la misma, más considero que su inclusión la hace más completa y permite comprender desde el momento mismo de conocerla la real magnitud de su importancia. Es por ello que, partiendo de las ideas de los tres autores que sí toman en cuenta el objeto de los derechos de la personalidad yo agregaría al concepto de Gutiérrez y González lo siguiente: "a fin de garantizarle el señorío sobre dichas legítimas manifestaciones de su persona".

En otro orden de ideas, respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos, ante todo se busca determinar si los mismos implican un poder del hombre sobre su propia persona, en cuyo caso la persona tendría por objeto a sí misma; no obstante, algunos consideran que en esta tesis se confunden en el mismo individuo las cualidades contradictorias e inconciliables de sujeto y objeto, más Campogrande aclara que el sujeto es todo el hombre visto como unidad física y moral, en tanto que el objeto de cada uno de estos derechos es cada una de las distintas manifestaciones de la personalidad humana. Para otros autores, los derechos de la persona lidad pertenecen a la categoría de los derechos sin su jeto. Y otros más como Ferrara estiman que su objeto no debe ser buscado en la persona o en partes de ella,

sino en los demás conciudadanos que deben respetar la personalidad del individuo. En este orden de ideas, los filósofos del Derecho no consideran que los derechos de la personalidad sean derechos sobre la propia persona, sino que únicamente implican un derecho a la inviolabilidad de la persona a sus diversas manifestaciones, esto es, sólo garantizan la no perturbación en el goce de esta categoría de bienes personales. La más moderna doctrina, más que hablar de los derechos sobre la propia persona, prefiere referirse a ellos como derechos sobre los atributos o manifestaciones esenciales de la personalidad, o sobre los modos de ser físicos o morales de la persona.

Una vez acogida la teoría de los derechos de la personalidad, Castán pasa a listar las que considera son sus principales características, a saber:

1) Son derechos originarios o innatos, adquiridos por el simple hecho de nacer y sin que medie forma legal alguna de adquisición. Desde luego que en esencia esta afirmación es válida, más pienso que aquí es oportuno recalcar que tal fenómeno debe estar perfectamente expresado y avalado por la legislación positiva del país de que se trate, sobre todo a través de su Carta Magna, dado que en todos aquellos tiempos y lugares en los que privó la esclavitud como una institución plenamente legal a la luz de las respectivas normas jurídicas, a pesar de surgir a la existencia biológica determinados individuos, los esclavos, carecían natural y válidamente de estos pretendidos derechos innatos del ser humano. Es por ello que, no obstante que la oporviosa práctica de la esclavitud actualmente es reprobada

da por la mayoría de las sociedades, nunca estarán demás preceptos como el Artículo 2o. de nuestra Constitución que la prohíbe en México en forma tajante y definitiva, precepto que a su vez reafirma el texto del Artículo 1o. del propio ordenamiento y en el cual se concede el goce de las garantías individuales a todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, sin excepción alguna.

No obstante, aclara el propio Castán:

"No todos los derechos de la personalidad son derechos innatos, ya que algunos de ellos, como el derecho moral de autor, no surgen sobre la base del simple supuesto de la personalidad y necesitan la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho" (41).

2) Son en principio derechos subjetivos privados tendientes a asegurarle a su titular el goce de sus atributos físicos y morales. No obstante, algunos de estos derechos pueden también ser catalogados como derechos subjetivos públicos por participar de elementos de esa índole, de ahí que tales derechos resulten ser al propio tiempo deberes.

3) Son derechos absolutos o de exclusión al ser oponibles erga omnes, aunque en lo que atañe a su contenido sean relativos, puesto que están condicionados por las exigencias de los órdenes moral y jurídico en tanto que no pueden ir más allá de los derechos del resto de los hombres y de los imperativos del bien común.

4) Son derechos extrapatrimoniales pese a que su transgresión genere consecuencias patrimoniales merced

(41) Castán Tobeñas, José.- Obra Citada.- Págs. 22 y 23.

al resarcimiento del daño.

5) Son derechos intransmisibles y no susceptibles de disposición por su titular. Creo oportuno dejar asentado que esto actualmente ya resulta muy relativo y cuestionable, debido a que existen multitud de casos aceptados y reglamentados que implican todo lo contrario: la disposición que alguien hace de determinadas partes o fluidos de su cuerpo (riñones, ojos, sangre, corazón, etc.), la posibilidad de que alguien disponga acerca de lo que ha de hacerse con su cadáver, siempre que con ello no contravenga el orden público, la ley o la moral; la transmisión por las vías testamentaria o legítima de los derechos de autor del de cujus.

6) Son derechos irrenunciables o imprescriptibles. Nuevamente se hace necesario aclarar que al parecer esta peculiaridad tampoco es propia de los derechos de autor supuesto que éstos, transcurrido el plazo que se fije en cada ley, cae finalmente a lo que se conoce como "dominio público"; esto es, en cierta forma prescriben. Asimismo, al menos respecto al aspecto pecuniario de los propios derechos de autor, en términos generales sí cabe la renuncia hecha por su titular o por los herederos de ésta.

Hoy en día el ámbito de los derechos de la personalidad es mucho más amplio que en el pasado, ya que incluso se acepta la existencia de derechos públicos subjetivos de personalidad, aunque no por ello dejan de ser sólo una especie de los derechos fundamentales del hombre.

Por su parte y refiriéndose a la naturaleza de los derechos de la personalidad, Madridejos señala que

la misma se ha estudiado desde dos puntos de vista: el de la estructura (donde tres teorías buscan determinar su objeto) y el de la protección.

I. Punto de vista de la estructura:

a) Teoría del jus in se ipsum. Algunos autores como Carnelutti hablan de un derecho único de la persona sobre su propio cuerpo porque, dicen, el hombre constituye una doble entidad (subjética y objetiva); por tanto, como sujeto o persona (física y espiritual) tiene un derecho sobre su propio cuerpo considerado como cosa, mismo que se integra por diversas relaciones de utilidad (integridad física, honor, imagen, etc.), las cuales no podrían considerarse constitutivas de otros tantos derechos de la personalidad. No obstante, de Castro apunta que, por su indisoluble unidad, la distinción entre alma y cuerpo rechaza el desdoblamiento del hombre en sujeto y objeto; asimismo, de Cupis señala la que resulta desconcertante considerar que también las utilidades morales como el honor puedan incluirse en el goce del propio cuerpo.

b) Teoría pluralista. De Cupis contempla una multiplicidad de derechos de la personalidad, dado que entiende que el objeto de estos derechos lo constituyen los modos de ser físicos o morales de la persona mismos que, pese a no ser exteriores a ésta, no se confunden con ella sino que la individualizan, pues la persona es la suma de esos diversos modos de ser físicos o morales; por lo mismo, la persona actúa como sujeto sólo respecto a un determinado modo de ser debidamente individualizado. Sin embargo, de Castro considera absurdo que el todo (la persona) tenga por objeto a una

de sus partes, siendo que está formado de tales partes y por tales propiedades.

c) Teoría negativa. La postulan muchos autores como de Castro, quienes les niegan el carácter de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad, a los cuales califican como simple construcción jurídica todavía muy imperfecta e incluso peligrosa. Para de Castro la defensa de la personalidad debe utilizar como figura central la del bien jurídico, dándole un sentido amplio a la noción de bien. Por consiguiente, sobre los bienes de la personalidad se ejercen simples facultades; no obstante, si se trata de los bienes menos esenciales de la persona y se concretan en realidades exteriores a ellos (como la imagen), las correspondientes facultades pueden alcanzar una cierta independencia, hasta tener algunos caracteres propios de los derechos subjetivos. En este caso la crítica es obvia: en principio se rechaza la idea de derechos subjetivos, pero finalmente no la excluyen en absoluto y la aplican a los derechos de la personalidad más independizados del sujeto.

II. Punto de vista de la protección. Ésta se halla sumamente reducida, pues en general se concreta a las normas penales, mismas que sancionan los delitos contra los bienes configurados como objeto de los derechos de la personalidad; en consecuencia, el punto de discusión se centra en determinar si de tales normas penales pueden derivarse derechos subjetivos privados, aunque finalmente lo que nos debe interesar es el tipo de tutela jurídica de los intereses y no de los bienes en sí, de lo que resulta que el interés privado tam-



bién se ve protegido por las normas penales, al menos como reflejo, y no únicamente el interés público. Sin embargo, el dato decisivo para la existencia del derecho subjetivo es el hecho de poner a disposición del titular el mecanismo de protección jurídica, lo que se actualiza respecto de los delitos perseguibles por que rella de parte ofendida y en lo relativo al resarcimiento del daño producido por el delito. Es así como de Cupis concluye que los derechos de la personalidad sí son derechos subjetivos, pues su transgresión engendra otros derechos subjetivos, que se concretan en bienes (dinero) que el sujeto puede obtener por determinación de su voluntad y que equivalen o compensan al bien lesionado. El propio de Cupis reconoce que en general no existe una tutela declarativa de los derechos de la personalidad, pero agrega que finalmente ello no tiene interés por tratarse de los derechos pertenecientes a la persona como tal, respecto de los cuales, por ende, no puede haber incertidumbre alguna.

Ahora bien, una característica muy importante de los derechos de la personalidad es su intransmisibilidad, la cual se funda en el nexo orgánico existente entre el sujeto original y los bienes que constituyen su objeto; por tanto, se extinguen con la muerte de su titular, más caben algunas excepciones: derecho de los parientes a reaccionar contra las ofensas a la memoria del difunto, aunque más bien en este caso la ofensa es contra los sentimientos de piedad de los parientes para con el difunto o contra el honor de los propios parientes; derechos morales de los autores; los actos de disposición sobre las partes del cuerpo, del cadáver o

sobre este mismo, siempre que en ello consienta o haya consentido expresamente el sujeto en cuestión, o no exista oposición de sus parientes más cercanos. Lo que sí es transmisible es el derecho a la indemnización por la transgresión de tales derechos personalísimos, dado que se trata de un derecho patrimonial típicamente pecuniario, transmisión que de ser mortis causa generalmente es a favor de los herederos, ya que entre la causa (hecho que generó la pérdida irreparable) y el efecto (la muerte) siempre transcurre algún lapso de tiempo, durante el cual el fallecido logró adquirir el derecho a la indemnización y transmitirlo a sus herederos.

#### Diversas Clasificaciones que se han Elaborado.

El problema inherente a la clasificación de esta categoría de derechos subjetivos no es sino una muestra más de la disparidad de criterios que prevalece entre los autores que se han interesado por su estudio; incluso ni siquiera han llegado a un consenso en cuanto a qué derechos en lo particular deben estimarse como "de la personalidad", pues en tanto que algunos son muy limitativos en su enunciación (al grado de que consideran un sólo derecho de la personalidad), otros dan unas listas sumamente amplias.

10. Adriano de Cupis. Da el siguiente catálogo o clasificación de los derechos de la personalidad: derecho a la vida y a la integridad física (derecho a la vida; derecho a la integridad física; derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver);

derecho a la libertad; derecho al honor y a la reserva (derecho al honor; derecho a la reserva, comprendiendo el derecho a la imagen entre otras manifestaciones; derecho al secreto); derecho a la identidad personal (derecho al nombre, incluyendo el sobrenombre, el pseudónimo y los nombres extrapersonales; derecho al título; derecho al signo figurativo); derecho moral de autor y de inventor.

20. Gangi. Eleva al rango de derechos de la personalidad los siguientes: derecho a la vida; derecho a la integridad física o corporal; derecho a la disposición del propio cuerpo y del propio cadáver; derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad (derecho a la libertad de locomoción, de residencia y de domicilio; derecho a la libertad matrimonial; derecho a la libertad contractual y comercial; derecho a la libertad de trabajo); derecho al honor; derecho a la imagen; derecho moral de autor y de inventor; derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

30. Ferrara. Para él son derechos de la personalidad éstos: derecho a la inviolabilidad corporal; derecho de libertad personal; derecho al honor (que incluye, entre otros, el derecho a la propia imagen); derecho al nombre.

40. Hava. Su clasificación es la siguiente: derecho a la integridad física; derecho a la integridad del cuerpo y de la propia salud; derecho a la integridad moral o derecho al honor; derecho a la reserva (incluyendo los derechos a la propia imagen, a la voz, a los secretos, a la no publicación de las obras, etc.);

derecho de libertad (cuyas modalidades en derecho privado son: libertad de locomoción y de residencia; libertad matrimonial; libertad contractual y comercial; libertad de trabajo; libertad testamentaria); derecho sobre las partes separadas y los productos de la persona (incluyendo los derechos sobre el propio cadáver).

5o. Sternberg. Los clasifica así: derecho a la vida; derecho a la integridad corporal; derecho a la salud; derecho a la protección de los nervios y de la vida espiritual; derecho a la propia imagen; derecho a la existencia particular y a la vida privada; derecho a la conservación y desarrollo; derecho a la libertad; derecho a la libre actividad industrial; derecho a nombres y emblemas; derechos de autor; derecho de inventor; derechos sobre muestras y modelos; derecho de editor a partir de la transmisión que haga el autor o sus herederos.

6o. Messineo. Expone la clasificación que sigue: derecho personal de autor; derecho sobre el propio cuerpo; derecho a la imagen; derecho sobre las memorias íntimas; derecho al secreto epistolar. Excluye de esta clasificación a las figuras de la personalidad moral que afectan a la existencia de la persona humana tales como los derechos a la vida, al honor y a las múltiples variantes del derecho a la libertad.

7o. Martín Ballester. La lista que elabora es esta: derechos a la individualidad (nombre; domicilio; estado civil y raza; patrimonio; profesión); derechos relativos a la existencia física (vida, integridad, disposición del propio cuerpo); derechos morales (imagen; secreto; honor; derechos de autor; derechos de fa

milia en sus meras relaciones personales; recuerdos familiares y sepulcros); libertades públicas. Sin embargo, el propio Ballestero aclara que este cuadro incluye, además de típicos derechos, otras figuras como facultades, bienes y atributos de la persona humana.

8o. Roger Nerson. No expone una clasificación propiamente dicha de los derechos de la personalidad, sino que bajo el rubro "situaciones jurídicas no patrimoniales", se refiere a algunos bienes de la personalidad que constituyen intereses no económicos. Como él mismo lo señala, para elaborar su clasificación parte de dos premisas: el hombre tiene un cuerpo y desea salvaguardar su integridad física; en el plano afectivo y moral, el hombre desea conocer la felicidad o cuando menos vivir en paz, sin sufrir atentados a su libertad, a su honor o a la intimidad de su vida privada. Una vez hechas estas observaciones surge la clasificación en cuestión: la integridad física; la vida afectiva y moral (la idea del yo o el nombre; la libertad; el honor; la intimidad, que comprende el respeto de la propia imagen, el respeto de la correspondencia, el respeto al secreto profesional, así como el secreto de confesión, el secreto médico, el secreto de la defensa, el secreto sumarial, la inviolabilidad del domicilio, el secreto telefónico, el respeto a los recuerdos de la vida privada, etc.; los sentimientos de afecto y las convicciones religiosas o filosóficas).

9o. Carbonnier. Es uno de los exponentes de la moderna doctrina francesa y lista como derechos de la personalidad los siguientes: derechos patrimoniales, contentivos o referidos (derecho a la propia imagen;

derecho al honor); libertades civiles (libertades psíquicas; libertad de movimiento; libertad de hacer o de no hacer; libertad doméstica), libertades morales (libertad en cuanto al modo de vida; libertad en la esfera de la intimidad; libertad de conciencia), libertades profesionales, de comercio y de trabajo; igualdades civiles.

10o. Eduardo Vázquez Boti. Este autor puertorriqueño estudia y analiza los siguientes derechos de la personalidad: derecho a la vida; derecho a la integridad física; derecho a la disposición de partes del cuerpo y obligación de no disponer del cuerpo humano; derecho al honor y a la honra; derecho a la propia imagen; derecho de libertad; libertades psíquicas; libertades morales; libertades profesionales; derecho a la igualdad civil.

11o. José Castán Tobeñas. Si bien no da en forma expresa una clasificación, ésta se puede entresacar de los temas que aborda bajo el rubro "La Tutela de los Bienes y Derechos de la Personalidad en la Legislación Española": derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos (derecho al nombre); derechos relativos a la existencia física o inviolabilidad corporal (derecho a la vida; derecho a la integridad física; facultades de disposición del propio cuerpo); derechos de tipo moral (derecho a la libertad personal; derecho al honor; derecho a la esfera secreta de la propia persona que incluye los derechos al secreto de la correspondencia, a la imagen; derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales).

12o. Hernesto Gutiérrez y González. Se inspira en las ideas de De Cupis y de Nerson para estructurar su

clasificación, acotando que la misma corresponde al sistema jurídico mexicano. Es así como ubica a los derechos de la personalidad en tres grandes grupos: parte social pública (derecho al honor o reputación; derecho al título profesional; derecho al secreto o a la reserva que comprende los derechos epistolar, domiciliario, telefónico, profesional, imagen, testamentario; derecho al nombre; derecho a la presencia estética; derecho de convivencia); parte afectiva (derechos de afección como los familiares, de amistad); parte físico somática (derecho a la vida; derecho a la libertad; derecho a la integridad física; derechos relacionados con el cuerpo humano como son la disposición total del cuerpo, la disposición de partes del cuerpo, disposición de accesiones del cuerpo; derecho sobre el cadáver que abarca el cadáver en sí, partes separadas del cadáver).

En seguida se da a la tarea de exponer las razones que le sirvieron para la formación de estos tres grandes grupos:

a) La mayor o menor afección proveniente de la política, la moral, las ciencias físicas y las naturales, que inciden sobre las proyecciones humanas que han alcanzado el grado de derechos de la personalidad.

b) El grado de repercusión social que tendría la transgresión de estos derechos.

Nótese que en este caso resulta irrelevante que se trate de proyecciones físicas o psíquicas, dado que en una misma categoría de derechos pueden coexistir ambos tipos de proyecciones (los derechos al honor y a la presencia estética se incluyen en la parte social pública).

Parte Social Pública: mucha influencia de la moral y de la política; casi nula la influencia de las ciencias físicas y naturales. Su violación tiene poca repercusión.

Parte Afectiva: regular influencia de la política, la moral, las ciencias físicas y las naturales. Su transgresión tiene una repercusión mayor que en el caso de la parte social pública.

Parte Físico-Somática: la influencia de la política y de la moral es casi nula; la influencia de las ciencias físicas y naturales es mucha y determinante. Su violación tiene una enorme repercusión, en algunos casos mayor que la que ocasiona el ataque a la parte afectiva.

Como puede verse, las clasificaciones en esta materia son múltiples y heterogéneas, tanto en su contenido como en los criterios que se siguieron para su elaboración. Resulta pues muy pertinente la observación que hace Ferrara:

"En la delimitación de los derechos de la personalidad se ha de tener por guía el derecho positivo y no las oscuras instituciones de la conciencia jurídica" (42).

#### Vacío Doctrinal y Dispersión Legislativa en México.

Casi siempre que se reúne un grupo de gente de cualquier nivel, independientemente de la causa motivo de la reunión, más tarde o más temprano termina por abordarse la compleja problemática por la que atraviesa

---

(42) Castán Tobeñas, José.- Obra Citada.- Pág. 29.



nuestro país, y en cuya solución o agravamiento tiene muchísimo que ver el Derecho. Y es entonces cuando se vierten puntos de vista de los cuales se está plena y absolutamente convencido tales como los siguientes: "la única y verdadera causa de nuestros problemas son las autoridades, pues nuestras leyes son de las más avanzadas a nivel mundial"; "la crisis que nos agobia se debe a la corrupción de nuestros gobernantes y a que nuestro Derecho no se aplica tal y como está escrito, siendo que éste es de los más revolucionarios"; "el Derecho mexicano, con la Constitución a la cabeza, ha llegado a uno de los más altos grados de perfección, pero hasta ahora no ha logrado traducirse en algo benéfico para nuestra sociedad, debido a que los hombres encargados de aplicarlo no cumplen con su deber"; es decir, en términos generales la mayoría coincide en que la ciencia jurídica mexicana es de las más depuradas en todo el orbe e incluso un ejemplo a seguir para los legisladores de las demás naciones.

Ahora bien, supuesto que este no es el momento oportuno para hacerlo, aquí no se va a profundizar sobre qué tanto de verdad tiene la creencia popular que se acaba de exponer. No obstante, creo que todo aquel que decide adentrarse en el estudio del Derecho en una forma seria, finalmente no tendrá más remedio que reconocer que nuestro sistema jurídico, tanto en lo teórico como en lo positivo, aún presenta serias deficiencias que lo colocan muy por debajo de una supuesta perfectividad, ya por basarse en criterios caducos y que, por lo mismo, en una gran cantidad de países han sido con mucho superados desde muchos años atrás; o bien, a causa de que nuestros juristas han soslayado el trata-

miento de cuestiones que día a día cobran más y más importancia, omisión que, por consecuencia, ha tenido necesariamente que reflejarse en el contenido también omiso de nuestras normas jurídicas. Y esto último es precisamente lo que ha sucedido en lo concerniente a los derechos de la personalidad.

En efecto, si bien la materia de los derechos de la personalidad, según lo manifiesta el maestro Gutiérrez y González, no puede ser considerada como una "novedad jurídica", el propio autor manifiesta con tristeza que ningún otro tratadista mexicano se ha interesado por el estudio de dicha materia, de ahí que todavía hasta hace unos 20 años ni siquiera estaba incluida en el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, incorporación que se dio al Primer Curso de Derecho Civil precisamente a instancia de las ideas de Gutiérrez y González.

Por su parte, Castán Tobeñas pone de relieve la importancia que han adquirido los derechos de la personalidad en el presente a través de la siguiente reflexión:

"En general, la humanidad, aun a trueque de tantas dificultades y tantos tropiezos como se le interponen en su camino, sigue una marcha progresiva en muchos aspectos. El sentido de respeto hacia la personalidad individual, en sus diversas manifestaciones, físicas y espirituales, es hoy más vivo que en otras épocas o, cuando menos, alcanza un área más general de aplicación.

Pero, a la vez, la vida moderna con su complejidad y sus progresos técnicos ha aumentado las ocasiones y los procedimientos de lesión de los atributos de la personali-

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

dad" (43).

Y más adelante agrega:

"Estamos obligados por ello a reforzar la protección jurídica concedida a los derechos esenciales. Tenemos que procurar sobre todo que el sentimiento de dignidad individual no muera asfixiado por las indiferencias, las tolerancias, la laxitud de criterio de una sociedad materializada" (44).

De igual modo, no menos lamentable es el desinterés que nuestros legisladores han mostrado para con los derechos de la personalidad, dado que hasta ahora únicamente han sido vistos como mero reflejo del Derecho Público, enfocándolos básicamente a la obtención de una indemnización cuando dichos derechos se han visto transgredidos, además de que el escaso tratamiento legislativo que les han dado a los mismos ha sido en múltiples campos del Derecho en general, siendo que la gran mayoría de ellos debería hallar su reglamentación y sistematización en el derecho civil. Así las cosas y por citar algunos ejemplos de esta disgregación normativa tenemos lo siguiente:

a) En la Constitución, dentro del capítulo de las mal llamadas "Garantías Individuales" se contemplan, entre otros, el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho al honor, el derecho al secreto epistolar, etc.

b) Por su parte, el Código Civil nada señala al respecto en forma concreta, limitándose únicamente a hacer referencias aisladas, principalmente en la parte donde se tratan los atributos de la personalidad tales

(43) Ibid.- Págs. 61 y 62.

(44) Ibid.- Pág. 62.

como el nombre.

c) El Código Penal los considera al referirse a los delitos contra la vida y la integridad corporal ta les como homicidio y lesiones, aborto y abandono de personas, así como a los delitos sexuales entre los que destacan los atentados al pudor, el estupro y la violación, además de los delitos contra el honor de las personas.

d) Pese al desden que nuestros juristas han mostrado para con los derechos de la personalidad, es de justicia señalar que el Código Civil de Tlaxcala de 1976 es el primer cuerpo legislativo en el mundo que expresamente los reconoce y, si se quiere de manera muy incipiente, sienta las primeras bases de su reglamentación. Es así como el Artículo 1402 de este ordenamiento dispone:

"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 la vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de las personas mismas.

Este logro que reviste enorme trascendencia en la historia jurídica de nuestro país debe atribuirse al decidido empeño del Director de la Comisión redactora del Código Civil de Tlaxcala, el Lic. José María Cajica, quien a su vez tuvo como fuente de inspiración las ideas vanguardistas de Gutiérrez y González.

e) Como ya se ha señalado en páginas anteriores, algunos de los estudiosos de estas cuestiones consideran que una modalidad de los derechos de la personalidad son los derechos de autor. Partiendo de tal aseveración, bien puede estimarse que la Ley Federal de Derechos de Autor y los convenios de la materia vigentes contienen un basto catálogo de los derechos de la personalidad tales como el uso del nombre y del pseudónimo, el registro de la voz en fonogramas y, por significar nada menos que la esencia de la presente tesis, destaca sobre todo el contenido del Artículo 16 de la Ley resión aludida, el cual se refiere a la imagen que de sí mismas proyectan las personas físicas y que posteriormente será motivo de un exhaustivo estudio.

Creo que los ejemplos que se acaban de citar son más que suficientes para poner de manifiesto el escaso tratamiento legislativo que en México se les ha dado a los derechos de la personalidad, y que éste carece de metodología alguna, máxime que la uniformidad de criterios todavía se ve muy lejana en nuestro horizonte jurídico.

Pero la causa verdadera de toda esta problemática es que, por principio de cuentas, esta materia ni siquiera ha podido ser ubicada a nivel doctrinal en alguno de los campos del derecho perfectamente delimitados y tradicionalmente reconocidos.

Gutiérrez y González sostiene que el estudio de los derechos de la personalidad debe hacerse en el ámbito del derecho civil como ha sucedido en la mayoría de los países, y que en México no existe ninguna razón de peso para que así no se haga. El propio autor, para

apoyar su punto de vista, parte de la premisa de que los derechos de la personalidad también son derechos patrimoniales, pero no pecuniarios, y en seguida hace notar esta incongruencia jurídica: en nuestra Carta Magna se establecen claramente tanto los derechos patrimoniales pecuniarios como los no pecuniarios; por su parte, el Código Penal protege a ambos tipos de derechos, señalando una serie de sanciones para el caso de que los mismos sean violados; no obstante, si bien el Código Civil reglamenta con todo detalle los derechos patrimoniales pecuniarios, en forma por demás absurda e ilógica se olvida por completo de los no pecuniarios; es decir, se ha dado más importancia al aspecto meramente económico, (45) siendo que en última instancia son mucho más importantes aquellos derechos que tienen que ver con la dignidad misma del ser humano, con nuestra esencia de seres superiores al resto de las criaturas que pueblan este planeta, gracias a la capacidad de raciocinio con que nos ha dotado la naturaleza.

---

(45) "Se debe a que se le ha dado más importancia AL ESTÓMAGO, a la BOLSA, al DINERO que a la DIGNIDAD HUMANA. Mientras las grandes masas humanas tengan que comer, pues que no molesten con sus pretensiones de respeto a la dignidad, y a todas esas TONTERIAS de que ahora les hablo.

A los pueblos, como decían los romanos PAN Y CIRCO, pero no les dejen cobrar sentido de su dignidad; no dejen que se haga cierta aquella frase de que A MI EL HAMBRE ME TUMBA, PERO EL ORGULLO ME LEVANTA. Un pueblo que tiene dignidad, que conoce sus derechos, es un pueblo que pone en peligro a sus malos gobernantes. Y por eso es que no se ha dado en México la atención que merecen estos derechos".

(45) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 724.

En este orden de ideas, Nerson apunta que la época que nos ha tocado vivir se caracteriza en gran medida por el exajerado materialismo en que ha caído la humanidad, pero a pesar de todo, continúa, afortunadamente el hombre no tiene por única preocupación la defensa de sus intereses pecuniarios y, como ser libre que es, también aspira al desarrollo de su personalidad. Es así como, escribe este tratadista francés:

"El hombre tiene conciencia de ser un individuo que se distingue de sus semejantes por su idiosincrasia y particularidades.

En el plano jurídico, el ser humano, sin conformarse con la sola idea abstracta de ser sujeto de derechos, aspira a no ser confundido con los demás individuos que con él componen el medio social" (46).

El desden que hasta la fecha siguen mostrando nuestros legisladores para con los derechos de la personalidad es totalmente injustificable, pues si bien en un principio se podía esgrimir alguna que otra razón de peso:

"Cabe sostener, en efecto, que los juristas romanos o del Derecho antiguo no se habían en general preocupado del respeto de la personalidad y que el legislador del Código Civil, desprovisto de precedentes, olvidó de modo involuntario regular la protección de la personalidad" (47).

No obstante, dichos argumentos en la actualidad ya han perdido toda validez y vigencia dado que, aun cuando ello ha ocurrido únicamente en el extranjero, tales derechos ya han sido estudiados exhaustivamente,

---

(46) Nerson, Roger.- Obra Citada.- Pág. 26.

(47) Ibid.- Pág. 11.

depurándose cada vez más su reglamentación. Y lo peor es que en México sucede una situación idéntica a la que el propio autor alude con relación a Francia:

"En el Código Civil Francés, en particular, la reglamentación del régimen de bienes con valor pecuniario ocupa lugar principal, pero el Derecho no puede negarse a defender los intereses morales, los bienes ideales, los valores humanos. Desde un punto de vista elevado, casi todo interés es, en algunos aspectos, moral; la propiedad incluso aparece en cierta medida, dado el amor del hombre por las cosas, como una prolongación de la personalidad. Aparte del valor en venta de las cosas, hay que tener en cuenta su valor humano" (48).

Y dicho valor subjetivo bajo ningún concepto debe ser desconocido por el Derecho, máxime si tal valor humano protegible se presenta puro y exento de un interés pecuniario directo.

Desde luego que este fenómeno de carencia de un adecuado tratamiento legislativo en relación a los derechos de la personalidad no es exclusivo de México, más es inobjetable que nuestro país manifiesta un mayor desden para esta institución. Claro está que no falta la protección del ser individual, pero la misma deriva fundamentalmente de los derechos penal y administrativo según ha quedado explicado. Todavía hay quienes consideran que esta materia es más propia de las leyes políticas que de las civiles.

Al respecto, debe quedar claro que no nos interesa que los derechos de la personalidad sean reglamentados desde una perspectiva y con fines meramente políti

---

(48) Ibid.- Págs. 13 y 14.



cos; sino que, como apunta el español Castán:

"Es más importante para nosotros, en primer lugar, la adhesión que preste a tales derechos la conciencia social y después la regulación jurídica --meditada, equilibrada y sincera-- de los mismos" (49).

No hay que olvidar que en cualquier ámbito del Derecho la labor legislativa requiere de una seria preparación doctrinal; consecuentemente, antes de que este tipo de derechos sea incluido en las leyes respectivas de orden privado, será menester que nuestros tratadistas salgan de una vez por todas del letargo en que hasta ahora han permanecido y acometan decididamente el exhaustivo análisis de los derechos de la personalidad a todas luces impostergable.

Desde luego que resultaría ilusorio e injusto pretender que de la noche a la mañana se crearan leyes de la materia con un alto grado de perfección, abarcando todas las hipótesis posibles, sobre todo si se tiene en cuenta que, al lado de la principal fuente del Derecho que en México es la ley, existe la jurisprudencia que se justifica precisamente cuando se avoca a resolver las situaciones que no encuadran en los parámetros dados por la ley con antelación. No obstante y como acertadamente hace notar Nerson:

"Si la legislación no puede prever todos los casos, y si la protección de la persona humana --que no debe desconocer ninguno de los derechos del hombre-- conduce a inevitables conflictos de derechos, es preciso que el legislador establezca bases, guiando el espíritu de los jueces en su labor creado

---

(49) Castán Tobeñas, José.- Obra Citada.- Pág. 62.

ra (complementaria de la legislación) y sabiendo intervenir en el momento oportuno para consagrar el trabajo llevado a cabo por la jurisprudencia y darle un carácter estable y armonioso" (50).

Como puede verse, pese a hallarnos en las postrimerías del siglo XX y aunque ello parezca increíble, hasta la fecha sólo un tratadista mexicano se ha ocupado del estudio de esta especie de derechos subjetivos que, como lo hemos visto, son quizá los más íntimamente vinculados a nuestra naturaleza humana y a la individualidad de cada cual como persona. Ciertamente que el desprecio de nuestros juristas por los derechos de la personalidad puede deberse a razones múltiples y de diversa índole, (51) más lo verdaderamente fundamental es que hagan todo lo posible por superarlas y se decidan de una vez por todas a emprender un análisis profundo, detallado y serio de los derechos de la personalidad, reconociéndoles por fin la real importancia que tienen en la vida del hombre, pues ello es algo que ya no es posible seguir postergándolo un solo día más, a riesgo de tener que verse en la necesidad de adoptar posiciones verdaderamente arcaicas, cerradas, intolerantes, acrílicas, dogmáticas y estáticas, contrarias a todo cambio por más benéfico y necesario que este se

(50) Nerson, Roger.- Obra Citada.- Pág. 45.

(51) "No obstante, debo insistirle al lector alumno en la absoluta ausencia de literatura jurídica mexicana y de obra alguna de los tratadistas mexicanos, respecto de esta materia, con lo cual demuestran o su ignorancia, o su timoratería, y prefiero darles el beneficio de esta última, pues en este campo se tratan necesariamente temas que AFECTAN SENTIMENTALMENTE A LOS SENTIMENTOS Y A LA MORAL".

(51) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 726.

a, además de que esa actitud pondría en entredicho la nobleza y el espíritu antes que nada humanista que supuestamente debe corresponder a todo aquel que ha abrazado el Derecho como su profesión.

Para concluir este capítulo nada mejor que transcribir los deseos del propio Castán, con los cuales por cierto también concluye su obra:

"Ojalá acierte nuestra doctrina a construir una teoría de los derechos de la personalidad, fundada en concepciones armónicas que logren la compenetración de las ideas de comunidad y de persona en un orien de valores morales donde ha de tener mucho juego el principio del bien común y que, dejando a salvo la autonomía del hombre como ser de fines, sepa integrar al individuo dentro de organismos sociales que, sin anularlo, le protejan" (52).

---

(52) Castán Tobeñas, José.- Obra Citada.- Págs. 63 y 64.

## CAPÍTULO TERCERO:

## DERECHO SOBRE LA PROPIA IMAGEN.

## Idea General de la Materia.

Si bien el ser humano aspira a ser respetado y hasta admirado por sus semejantes, también siente la necesidad de tener momentos de relajamiento o descanso, o simplemente de ocupar su tiempo en lo que le venga en gana, sin ser objeto de intromisiones o indiscreciones de otras personas. El problema de la defensa de la intimidad ha adquirido importancia en una época en que reinan la fotografía, la radiodifusión y la televisión.

Para Gutiérrez y González dicho deseo de intimidad se ubica en la parte social pública de los derechos de la personalidad dado que, para desarrollar sus actividades sociales públicas, el ser humano precisa disfrutar de descansos y de ciertos instantes de intimidad, a fin de recuperar las fuerzas físicas y psíquicas perdidas y así seguir proyectándose en el ámbito de la colectividad en que se mueve; en consecuencia, esa proyección psíquica de vivir libre de intromisiones o indiscreciones afecta sensiblemente a su aspecto social público.

Así las cosas, los italianos denominan a esta ins

titución jurídica "riservatezza", en Francia, por lo general, se habla de "vie privés"; en los países anglosajones se emplea el término aún más amplio de "privacy" como "the right to be let alone" y en Alemania "Recht auf der eigenen Geheimnisphäre" o "Privatsphäre". Todas estas denominaciones tienen, en cierto modo, un sentido negativo, de exclusión. Se trata de una esfera propia, reservada, donde los demás no tienen cabida. Hay un claro matiz individualista en todo ello.

Por otro lado, son especies de este derecho al secreto, la intimidad, la privacidad o la reserva, las siguientes: el derecho al secreto epistolar; derecho a la inviolabilidad del domicilio; derecho al secreto telefónico; derecho al secreto profesional; derecho a la imagen; derecho al secreto de disposición de bienes por última voluntad.

En México estos derechos no están regulados por las leyes civiles, con excepción del último listado, sino que se reglamentan y sancionan en el campo de los derechos constitucional, administrativo o penal. Así, el derecho a la imagen se incluye en la Ley Federal de Derechos de Autor (Artículo 16). Por su parte, el Código Penal se encarga de sancionar a quienes violan esos derechos de la personalidad, más no por tener tal carácter, sino como un mero reflejo del mal llamado Derecho Público, de suerte que en su libro segundo, título noveno, contiene los llamados "delitos de revelación de secretos".

Para Adriano de Cupis, las únicas especies del derecho a la reserva son los derechos a la imagen y al secreto. Asimismo, define a este derecho a la reserva

como:

"Aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la persona misma" (53).

No obstante, observa María de la Válgoma:

"En realidad se trata de un concepto conocido por todos pero imposible de incluir en los límites estrechos de cualquier definición" (54).

Quizá por esto ninguna de las legislaciones que lo han contemplado se han atrevido a definirlo, sino que más bien se han concretado a enumerar una serie de campos que integrarían esta esfera privada.

Como ya se dijo, el derecho a la propia imagen es una especie del derecho a la intimidad personal, aunque también se le vincula con el honor, más finalmente predomina en él ese contenido negativo de exclusión, que en este caso consiste en el poder de oponerse a la difusión de la imagen; no obstante, para Gitrama tal derecho también reviste un contenido positivo consistente en tener la facultad de reproducirla, exponerla, publicarla y comerciar con ella, lo cual le está vedado a los demás sin el consentimiento de aquel de cuya imagen se trate.

Retomando el concepto de derecho a la intimidad, la primera definición clásica en la doctrina legal moderna se la debemos a los norteamericanos Louis D. Brandeis y Samuel D. Warren, quienes en un famoso Artí

---

(53) De Cupis, Adriano.- "I Diritti de lla Personalita.- Milano, 1959.- Pág. 257.

(54) De la Válgoma, María.- Obra Citada.- Pág. 658.

culo publicado en 1890 en Harvard Law Review, No. 4, - Pág. 193, titulado "The Right to Privacy", definieron el término "privacy" como el derecho a ser dejado a so las. Este artículo se debió sobre todo al crecimiento-inaudito de las publicaciones periodísticas y las constantes violaciones al derecho de la privacidad, por lo que sus autores apuntaban que aquél debía ser una causa de acción autónoma, lo cual sin embargo hasta la fecha no ha sido aceptado por todas las Entidades Federa- tivas de la Unión Americana y mucho menos por todos - los países. Warren y Brandeis hacían hincapié en que - los recintos sagrados de la vida privada y doméstica - se han visto invadidos por las fotografías instantá- - neas y los esfuerzos periodísticos, además de otros - dispositivos mecánicos que día a día se perfeccionan;- consecuentemente, es menester que de una vez por todas las leyes se preocupen por tratar de impedir, por ejem- plo, la circulación no autorizada de retratos particu- lares, pues dicha situación llegará pronto a la consi- deración de los tribunales. Es interesante señalar que Warren fue movido a producir tal artículo porque él -- mismo fue víctima de la curiosidad y crítica de los pe- riodistas puesto que, a pesar de estar casado con la - hija del Senador Bayard, llevaba una vida lujosa y mun- dana, dispendiosa y suntuosa. Ese artículo tuvo tal - trascendencia que hasta la fecha la fórmula del "right to privacy" ha sido consagrada oficialmente por más de 700 leyes y acuerdos internacionales.

Otros han dicho que el derecho a la intimidad es- el derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos, -

sus sentimientos y los hechos de su vida personal.

También hay quienes afirman que la intimidad significa el derecho a la soledad, a los contactos íntimos dentro de la familia, del círculo de las amistades o de un equipo de trabajo, y el derecho al anonimato y a la distancia con respecto a los extraños.

La tratadista española Georgina Batlle se pronuncia en términos parecidos: el derecho que compete a todas las personas a tener una esfera reservada, en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.

No obstante estos paralelismos, la Comisión Sobre Publicidad y Secreto de Documentos Oficiales Sueca, en su informe "Data och integritet" señala:

"Las manifestaciones concretas del derecho a la intimidad pueden cambiar con el transcurso del tiempo y que, de seguro, en el futuro tendrán una idea muy distinta de este derecho de la que hoy tenemos. Por ello, se estima que no se pueden establecer límites muy precisos del derecho a la intimidad ni definirlo con mucho detalle" (55).

La tratadista puerto-riqueña Ramos Grateroles hace ver que el derecho a la privacidad es de origen reciente en el Derecho, aunque es de origen remoto en la vida del hombre, dado que proviene de la antigua Grecia y Roma. No obstante, hay autoridades que rechazan la existencia del derecho a la intimidad porque, consideran, su contenido ya está incluido en otras ramas del Derecho. Es así como el derecho a la vida posible ta vivir una existencia libre de la perturbación públi

(55) Data och Integritet.- Publicaciones del Ministerio de Justicia.- Estocolmo, 1972.



ca; igualmente, el derecho a la libertad permite la opción de escoger entre una carrera pública o privada; asimismo, el derecho a la felicidad nos brinda la oportunidad de estar libres de publicidad indeseada. Por lo anterior, si se presenta una violación al derecho a la privacidad, algunas Cortes sostienen que la verdadera causa de la acción deriva del derecho de propiedad, derecho de contratación y otras ramas del Derecho como libelo y calumnia, propiedad literaria, registros ilegales e irracionales, exámenes físicos compulsorios e interceptaciones de todo tipo de comunicaciones. Cabe decir que como consecuencia de todo esto las libertades de expresión y de prensa han cobrado un gran auge, pero sus defensores en muchos casos han llegado al extremo de mostrarse intolerantes con el derecho a la privacidad que ahora me ocupa.

Otra definición que se ha dado al derecho a la privacidad es el derecho que tiene una persona de poder estar sola, y la protección que debe tener una persona ante la intromisión de la persona o de otros medios.

También hay quienes lo han definido como el derecho de un individuo o de una corporación a mantenerse fuera del alcance del escrutinio del público; y más aún, se dice que este derecho puede ser infringido por motivos de curiosidad, monetarios o de malicia.

Una definición más es la que establece que el derecho a la intimidad es el derecho que permite al individuo desarrollar su propia vida privada con el mínimo de interferencias, libre de las perturbaciones que le ocasionen las autoridades públicas y otros individuos,

estén o no investidos de autoridad.

El colombiano Alfonso Lopera define el derecho de intimidad como el derecho que permite al individuo desarrollar su vida privada sin interferencias extrañas, libre de perturbaciones de terceros, investidos o no de autoridad.

Por lo que a Gutiérrez y González toca, define el derecho a la reserva o la intimidad así:

"Es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de su deseo de vivir cuándo y dónde lo desee, libre de intromisiones o indiscreciones ajenas, y que individualiza el orden jurídico de cada época y cada país" (56).

Debe señalarse que en las Declaraciones de Derechos Inglesa, Norteamericana y Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como en sus precedentes medievales como la Carta Magna Inglesa, la protección de la vida privada estaba subsumida en algunos de los derechos de libertad de la persona frente al arbitrio estatal. Sin embargo, no pasó mucho tiempo sin que se manifestara la necesidad de una defensa más definida de la vida privada, dado que se produjeron amenazas antes desconocidas para el último reducto de la vida íntima personal y familiar, siendo de terminantes en este sentido dos factores: la creciente densidad de las relaciones e interdependencias sociales, y el progreso de las ciencias y las técnicas. Es así como, en un mundo de presión social máxima como lo es el de la sociedad de masas del siglo XX, la intimidad alcanza toda su significación, máxime que el sofis

---

(56) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Pág. 773.

ticado desarrollo de la ciencia y de la técnica, de acción generalmente clandestina y oculta, permite intrusiones en los rincones más recónditos de la personalidad cuyo impacto no tiene precedentes precisamente por la novedad y variedad de los medios empleados hoy en día: aparatos de escucha telefónicos, teleobjetivos, procedimientos de "lavado de cerebros", etc. (57)

Otro detalle que tampoco debe perderse de vista, apuntan los españoles Truyol Serra y Villanueva Etcheverría, es que el sentido de la intimidad sin duda se halla estrechamente vinculado al cristianismo. En efecto, el hombre de la antigüedad grecorromana estaba más bien inmerso e identificado con la comunidad de la Polis y de la Civitas o Res pública, a tal grado que puede afirmarse que San Agustín es el primer occidental cuya intimidad es actualmente conocida.

De lo anterior se desprende que, como lo señala Roberto Goldschmit, la defensa de la vida privada responde precisamente a uno de los postulados del liberalismo, mismo que asigna a cada individuo un dominio reservado que no podrá absorber totalmente la colectividad. No obstante, tanto el establecimiento de esas normas como su aplicación se enfrentan en la actualidad a grandes dificultades, sobre todo porque existen corrientes muy marcadas que tienden a restringir el cam-

(57) "El arsenal de medios de agresión a la intimidad ha relegado los tradicionales al rango de instrumentos artesanales preindustriales en su ámbito".

(57) Truyol Serra, Antonio; y Villanueva Etcheverría, Ramón.- "Derecho a la Intimidad e Informática".- Publicado en "Información Jurídica", No. 318, julio a septiembre, Madrid, 1973.- Pág. 107.

po de la vida privada y a ampliar el alcance de la vida pública.

La intimidad postula un respeto que no es sino una de las manifestaciones que exige la propia dignidad de la persona humana, como consecuencia directa de sus connotaciones de individualidad, racionalidad y libertad. De ahí la necesidad de configurar nítidamente un derecho a la intimidad en el sentido más estricto, a fin de que el ordenamiento jurídico lo proteja contra cualquier violación por parte de los demás hombres y más aún, de las instituciones o comunidades que éstos forman.

Y afortunadamente puede afirmarse que la humanidad ya ha tomado plena conciencia de la importancia y el carácter específico del derecho a la intimidad, ya que ello se desprende de la inclusión del mismo en las grandes Declaraciones y Convenciones relativas a los derechos humanos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 establece en su Artículo 12:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Asimismo, la anterior disposición fue reproducida casi textualmente por el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de septiembre de 1966, agregándose únicamente a las injerencias arbitrarias las ilegales.

A escala regional europea, la vigente Convención

de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, celebrada en Roma el cuatro de noviembre de 1950, se refiere en su Artículo 8o. a este derecho en una forma más compleja y detallada:

"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; y a tenor del segundo, no puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

No obstante, resulta pertinente hacer notar que ya a principios del presente siglo la ley de Nueva York reconoció el derecho a la vida privada, disponiendo que era delito el uso del nombre o de la fotografía de una persona sin su consentimiento para fines mercantiles o publicitarios.

Desde luego, observa Frossini, no debe perderse de vista que el derecho a la privacidad surgió en una época caracterizada por el fuerte individualismo de un capitalismo en ascenso, mientras que para la actual sociedad de masas se considera al derecho de crónica como una parte esencial de la libertad de prensa, basada a su vez en el derecho de información. Asimismo y como consecuencia de lo anterior, se fue delineando y tomando consistencia el derecho opuesto llamado Right to Privacy, a partir del cual se pueden aprovechar, por ejemplo, la propia notoriedad, el propio nombre, la

propia imagen, cediendo su exclusividad, noticias e imágenes a la agencia de información o de publicidad. Finalmente, el derecho a la privacidad tal y como fue concebido originalmente (derecho a estar solo), resulta inadmisibile cuando se le pretende aplicar a las esferas más íntimas, por ejemplo, las de las relaciones familiares y sexuales, en las que debe tomar evidentemente un significado distinto.

Además, oportuno es considerar que, en las condiciones de la sociedad actual, el derecho a la intimidad no abarca solo la esfera del derecho privado y la del interés patrimonial, sino atañe más bien a la esfera de los derechos políticos ejercidos por el ciudadano respecto al poder público, que se convirtió en poder informático en cuanto detentador y administrador de los archivos electrónicos más complejos.

Por otro lado, se dice que el derecho a la intimidad se sitúa en el marco de aquellos derechos humanos denominados individuales en contraposición a los sociales, pero se ha venido perfilando como derecho autónomo en una fase tardía del proceso de reconocimiento de tales derechos, sobre todo debido a que en ello influye decisivamente el entorno político, social y cultural, del que también forma parte importante en nuestros días el progreso científico y técnico. Así, contra las antiguas monarquías absolutistas se reclamaron primero los derechos individuales de libertad; más tarde fueron acogidos otros derechos individuales de carácter procesal y político, al igual que los derechos sociales; finalmente aparece el derecho a la intimidad como el más resiente de los derechos individuales rela

tivos a la libertad.

Puede afirmarse que el derecho a la privacidad es relativo a las costumbres del lugar y época de que se trate; se determina a base de la figura del hombre prudente y razonable; se aplica a aquellos actos que por su naturaleza hieren o causan algún daño mental o a los sentimientos del hombre promedio; no incluye la prohibición de aquella materia que reviste un interés público o general, siempre que sea legítimo; su finalidad es proteger los sentimientos y la sensibilidad de los seres humanos.

En otro orden de ideas, los tratadistas distinguen dos esferas en el derecho de intimidad: la familiar (que incluye las relaciones familiares, de amistad, profesionales o de negocios) y la personal (que abarca la protección de hechos o documentos que una persona quiere guardar exclusivamente para sí, tales como su propia imagen o su propia voz).

Obviamente que el derecho a la intimidad excluye al individuo de cualquier interferencia en su integridad física o mental, en su libertad moral o intelectual, en su honor y reputación; por tanto, nadie está autorizado a inmiscuirse en este dominio contra la voluntad del interesado, por ejemplo, empleando su firma, fotografía o grabaciones, puesto que precisamente algunos de los hechos que son considerados como atentatorios de este derecho son el uso de dispositivos electrónicos de vigilancia y espionaje, las grabaciones, fotografías o películas sin autorización de la persona, la revelación por medio de difusión masiva de asuntos privados y el hostigamiento importuno de la perso-

na por periodistas a través de una vigilancia permanente, ya que tales conductas pueden ocasionar daños morales y males muchas veces irreparables.

Alfonso Lopera anota que la posibilidad de violar el derecho a la intimidad día a día se acentúa, merced al adelanto de los medios electrónicos de comunicación, reproducción de sonidos e imágenes, de ahí que se hayan planteado nuevas dudas y conflictos sobre la legitimidad de su empleo en diversas circunstancias. Así, en relación con fotografías y películas de personas, actos y documentos de carácter privado, se considera que cuando se trata de espionaje indebido están prohibidas; no obstante, son legales cuando se hacen en lugares abiertos al público como iglesias, museos o sitios de diversión pública. En cuanto a la fotografía o grabación en tribunales o reuniones privadas hay divergencia de opiniones sobre su licitud o ilicitud.

Es muy importante observar el derecho de prueba frente a la vida privada. Al respecto, Alfonso Lopera señala lo siguiente:

"El derecho de prueba comprende los medios de adquirir la certeza relativa de verdad o falsedad de algunos hechos que engendran consecuencias jurídicas. Es campo propio al abuso por parte de funcionarios y litigantes.

La ley las reglamenta para evitar el capricho escudriñador o el exceso inquisitivo" (58).

Es por ello que autores como el procesalista colombiano Hernando Devis Echandía consideran que las

---

(58) Lopera, Alfonso.- "El Derecho a la Intimidad".- Publicación de la Universidad de Antioquia, LII, 200-201, enero-junio, 1977, Colombia.- Pág. 37.



gravaciones, películas y fotografías ante todo deben respetar la intimidad de las personas, tanto por ser uno de los derechos de la persona humana como por ser un principio general del Derecho internacional; en consecuencia, todas las pruebas que violen este derecho deben ser nulas de pleno derecho, así como carecer de todo mérito probatorio por ser ilícitas.

Por su parte, el español Morales Prats, comentando la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, señala que la intimidad debe ser objeto de protección penal en tres esferas: relaciones entre particulares; relaciones políticas persona-Estado; relaciones de prestación de servicios entre la Administración Pública y los administrados.

En este sentido, el argentino Mosset Iturraspe, analizando las conductas transgresoras del derecho a la intimidad hace las siguientes reflexiones:

"El comportamiento, acción u obrar humano tipificado es el ENTROMETIMIENTO EN LA VIDA AJENA; vale decir, que la acción asume aquí una forma activa, un hacer.

Puede analizarse el entrometimiento por su hecho propio o por un hecho ajeno, consumado por dependientes o auxiliares; la empresa periodística, por ejemplo, será responsable del daño que causare el ENTROMETIMIENTO de sus periodistas EN EJERCICIO O CON OCASIÓN DE SUS FUNCIONES" (59).

Agrega que si el ataque a la intimidad proviene de hechos involuntarios, el resarcimiento habrá de fundarse

---

(59) Mosset Iturraspe, Jorge.- "El Derecho a la Intimidad (Artículo 32 bis del Código Civil)".- Publicación de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, marzo 10, 1975.- Pág. 4.

darse en razones de equidad.

Por otro lado, una de las formas de perturbar la intimidad de alguien o entrometerse en su vida es precisamente publicando sus retratos. Sin embargo, no se configura la antijuridicidad cuando existe alguna de las siguientes causas de justificación: autorización, asentimiento o aquiescencia con menoscabo de la intimidad; intromisiones necesarias para la administración de justicia; intromisión basada en el mantenimiento del orden público.

Desde luego que al demandar el actor deberá probar que efectivamente hubo un daño, pues no es conveniente que en este caso la norma consacre una presunción de dañosidad. Por lo demás, bien puede quedar al arbitrio de los jueces la aplicación razonable de las sanciones con arreglo a la índole del hecho generador, a la responsabilidad y a las circunstancias del caso, a fin de precisar si el daño es cierto o puramente eventual o hipotético. Incluso es muy positivo que estos hechos dañosos se incluyan en el campo de la responsabilidad objetiva; es decir, que sean atribuidos a su autor y originen responsabilidad aunque sean cometidos sin dolo ni culpa, lo cual implica que la responsabilidad se basa en una imputabilidad objetiva a título de riesgo creado, impidiéndose con ello las especulaciones que originan las fórmulas discretas o aquellas que presuponen su existencia.

Tampoco debe perderse de vista que el daño causado por la intromisión puede ser material o moral. Por lo general, la primera consecuencia del ataque a la intimidad es un daño moral puro que se manifiesta a tra-

vés del dolor, tristeza, desazón, intranquilidad, etc. No obstante, más tarde o más temprano se manifiestan - los daños patrimoniales, sobre todo por la trascendencia en nuestras costumbres del ridículo, del escándalo, sus incidencias en las relaciones de trabajo, en el ejercicio profesional, etc.

Por supuesto que entre el comportamiento antijurídico y el daño que se invoque y demuestre, deberá existir una relación causal adecuada a fin de que haya bases para exigir el resarcimiento de todas las consecuencias, daños y perjuicios que se hubiesen previsto o podido prever a la hora del entrometimiento con el criterio objetivo de un hombre medio o normal, pudiendo la reparación llegar incluso a las consecuencias causales cuando se demuestre que se tuvieron en miras al ejecutar el hecho. Cabe decir que el caso fortuito puede actuar como eximente siempre que, además de los dos presupuestos clásicos (imprevisibilidad e irresistibilidad), se encuentre presente el de la exterioridad del hecho.

En cuanto a las obligaciones a que ha de sujetarse quien cause el daño, éstas deberán ser básicamente: cesar en las actitudes dañosas (incluye el desmantelamiento de las obras ilícitas, pues así se suprimen los efectos pasados y presentes y se previenen los futuros) e indemnizar al agraviado (en forma pecuniaria por regla general).

Pasando a otra cuestión, hay quienes pretenden - contraponer el derecho a la intimidad con la libertad de expresión y el derecho a la información, e incluso, en forma por demás demagógica, algunos pretenden que -

mientras que en toda sociedad democrática se respeta ante todo el derecho a la información, es peculiar de las sociedades autocráticas la salvaguarda a toda costa de la intimidad personal. Sin embargo, tal enfrentamiento no existe en tanto que la información es un derecho de todos y a todos enriquece.

En este sentido, la idea de proteger la intimidad mediante disposiciones de derecho civil es, sobre todo en Alemania, abiertamente rechazada por la prensa so pretexto precisamente de que se viola la libertad de expresión y el derecho a la información, a pesar de que las mismas Constituciones suelen limitar dichas prerrogativas con una remisión al orden público, al bien común, a la paz pública, a los derechos de tercero o a las leyes de la materia; además, la libertad de informar no tiene como propósito que cada uno sepa todo lo de los demás, sino únicamente aquello que le permita opinar acerca de los asuntos que le afectan como miembro de la colectividad, de suerte que la información sólo deberá referirse a asuntos de interés general, lo que faculta al legislador ordinario para que dicte leyes que excluyan la información sobre asuntos que no presenten tal interés; por lo mismo, siempre cabrán las excepciones, de ahí que si los hechos objeto de la información llegan a ser de interés para la comunidad, será lícita su divulgación aun cuando haya que exponer públicamente la intimidad de la vida privada de alguien, sobre todo si con ello pueden sacarse conclusiones relevantes acerca de la actuación de la persona en la esfera pública, pero habrá que tenerse siempre presente que incluso un político o un delincuente

tienen un derecho a la intimidad, por lo que hechos no relacionados con su actuación pública bajo ningún concepto deberán ser objeto de la publicidad, a menos que consienta en ello el interesado; es más, en Francia incluso hasta hechos presuntivamente delictuosos pueden ser excluidos de la publicidad hasta en tanto no concluya el proceso, evitando así que una campaña de prensa pudiera hacer aparecer como culpables a posibles inocentes.

Las anteriores consideraciones hacen necesario distinguir entre vida pública y vida privada. La vida pública es la que nace de las diversas funciones que la persona ejerce en la sociedad profesionalmente, en ejercicio de cargos, en las relaciones sociales, etc. En cambio, la vida privada engloba todos aquellos sentimientos y actividades de la persona en el ámbito de la familia y su vida personal, por el aspecto espiritual y moral que conllevan.

Así pues, la libertad de informar y de opinar tiene sus limitaciones y no puede atentar impunemente contra el orden público, la organización constitucional del Estado, las buenas costumbres, la integridad y seguridad de los ciudadanos; en consecuencia, la libertad de prensa sólo permitirá penetrar en la intimidad ajena en tanto ésta tenga un verdadero interés público en razón de una investidura de carácter social. Al respecto, Alfonso Lopera estima que la actividad periodística debe circunscribirse, entre otros, a los límites que le imponen los derechos de la personalidad. Desde luego que si los servidores públicos, sobre todo los de más alta jerarquía, presentan una incompatibilidad

manifiesta entre el cargo que desempeñan y su conducta privada, los periodistas pueden y deben penetrar en la intimidad de aquéllos, pues su situación privada entra también como antecedente en la esfera pública en que se muevan.

De cualquier modo, resulta muy conveniente delin-  
dar lo más nítidamente posible el derecho a transmitir  
y recibir la información, de la mera curiosidad fre-  
cuentemente morbosa y a la que induce la prensa sensa-  
cionalista. Asimismo, no debemos olvidar que tanto el  
derecho a la intimidad como el derecho a la informa-  
ción tienen sus límites, constituyéndose como tales,  
en primer lugar, cada cual con respecto al otro, por  
lo que el ejercicio de ambos no debe rebasar esos lími-  
tes.

En cuanto a los límites del derecho a la intimi-  
dad, los más universalmente reconocidos son estos:

a) Es un derecho relativo. Nadie puede pretender  
que este derecho sea absoluto, pues la comunidad tiene  
el derecho de exigir a sus miembros toda la gama de  
contribuciones que se requieran para la realización de  
fines comunes, incluso en forma de información.

b) Toda información sobre la condición de los in-  
dividuos puede tener relación con el derecho a la inti-  
midad, de ahí que la información en general debe ser  
solamente manejada por una autoridad especial o por  
personas que tengan relación con ella; asimismo, la in-  
formación únicamente deberá usarse para los fines que  
determinaron su recabación, evitando así dañar la ima-  
gen pública del individuo en cuestión.

Respecto a las personas connotadas por su vida pú

blica, Jorge Mosset apunta lo siguiente:

"El ser célebre no priva totalmente a la persona del bien fundamental de la intimidad; no se paga con tan caro precio el dudoso bien de la celebridad" (60).

Y ya refiriéndome específicamente a la institución motivo de este trabajo, uno de sus antecedentes más remotos se dio en el derecho romano, una de cuyas figuras llamada *jus imaginis* consistía en el privilegio que se otorgaba a determinados nobles, ya para conservar en el atrium, ya para poder exponer durante la celebración de ciertas ceremonias, los retratos de sus antepasados que hubiesen desempeñado magistraturas o curules. Otra forma de hacer perdurar una imagen es a través de las estatuas, mismas que se erigían a los príncipes y a los grandes hombres, por lo que debían respetarse y venerarse, a tal grado que los romanos otorgaron a tales estatuas algunos privilegios como el consagrado por una Constitución de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, consistente en conceder el derecho de asilo a quienes se acogían a las estatuas de los príncipes.

Ese respeto se conservó durante la Edad Media y aún se guarda en la época actual, por lo que se ha sancionado y se sanciona el atentar contra las mismas.

Así las cosas y aunque en forma muy imperfecta, Alemania fue el primer país que reguló el derecho a la imagen en 1842, siguiéndole Rusia en 1845, Inglaterra en 1865 y Suiza en 1888. A partir de 1900 los progresos legislativos más notables en esta materia se circun-

cunscribe casi completamente a Alemania e Italia.

Para finalizar este apartado, he de citar diversos casos prácticos que se presentaron a raíz del artículo de los señores Warren y Brandeis en relación, por supuesto, con el derecho sobre la propia imagen:

1o. En Nueva York llegó a la Corte de apelaciones el caso de Roberson y Rochester Folding Box Company, motivado porque una compañía utilizó el retrato de una dama sin su consentimiento para dar publicidad a una harina; no obstante, la reclamación de la demandante fue denegada so pretexto que de lo contrario se abarrotarían los tribunales de litigios similares. (61).

2o. En 1905 surge en el Estado de Georgia el caso de Pavesich y New England Life Insurance Company, pues utilizaron el retrato, el nombre y las manifestaciones de una persona para fines de promoción de la compañía demandada sin la autorización o consentimiento del demandante. Sin embargo, en este caso sí fue reconocido el derecho a la privacidad, sosteniéndose que no era necesario probar o alegar daños en una acción sobre violación al derecho a la privacidad, y que la verdad servía como defensa en una acción por libelo, más no es aplicable en una acción donde se imputa la violación al derecho a la privacidad, como tampoco opera como defensa la ausencia de malicia. (62).

3o. En Daily Times Democrat y Graham, una joven fue fotografiada en un parque de diversiones al momento en que una corriente de aire levantaba su vestido, siendo publicado el retrato en la revista sin el con-

(61) 64 N.E. 442 (1902).

(62) 50 S.E. 68 (1905).



sentimiento de la joven quien, por lo mismo, demanda. Finalmente el tribunal resuelve que efectivamente sí hay una causa de acción por violación al derecho de privacidad que tenía la dama, pues aun en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas. (63).

40. En *De May y Roberts*, una señora que daba a luz en su hogar fue visitada por su médico a fin de asistirle, pero éste fue acompañado por un amigo que no era médico y que presenció el parto. Por lo mismo, el tribunal reconoció que efectivamente hubo una invasión a la privacidad de la señora y concedió una indemnización, ya que el derecho a la privacidad también incluye la percepción visual que puede obtenerse sobre una persona. (64).

50. En *Martin y F. I. Y. Theatre*, una actriz demandó a un agente de un espectáculo burlesco, quien utilizó una fotografía para fines de promoción. No obstante, el tribunal desestimó la acción porque la demandante era una figura pública, lo cual la exceptuaba del concepto de privacidad; es decir, al no ser absoluto el derecho a la privacidad, no incluye la publicación de materias de interés general tales como la fotografía de una persona en relación con un suceso o eventualidad de su vida; por consiguiente, una persona que por su fama, sus logros en una profesión o en su modo de vida cause un interés legítimo en el público, no puede invocar el derecho a la privacidad. (65).

---

(63) 162 So. 2d 474 (1964).

(64) 132 S.E. 2d 119 (1963).

(65) 26 Ohio L. Abs 67.

## Definición y Análisis de la Misma.

El maestro colombiano Ochoa Restrepo apunta lo siguiente:

"De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, imagen es FIGURA, REPRESENTACIÓN, SEMEJANZA Y APARIENCIA DE UNA COSA.

Analizando lo que en sí representa la imagen puede decirse que ésta se encuentra constituida por toda expresión que haga sensible un objeto que en sí mismo carece de facultad para manifestarse.

Derecho a la imagen podemos decir que es aquel que una persona tiene a su propia representación externa" (66).

Y más adelante agrega:

"El derecho a la imagen debe considerarse como el señorío que se tiene sobre una parte de la esfera personal propia" (67).

Por su parte, el puerto-riqueño Vázquez Boti manifiesta lo siguiente:

"Jurídicamente se considera como imagen la proyección o representación de la propia figura mediante cualquier procedimiento (mecánico, técnico, etc.)" (68).

Por lo que a mí respecta, con base a los conceptos que Gutiérrez y González da de derecho de autor y de derecho a la intimidad o a la reserva, en seguida expondré y explicaré una personal noción de derecho sobre la propia imagen, ajustada por supuesto a nuestro Derecho Positivo y Vigente:

-----  
 (66) Ochoa Restrepo, Guillermo.- "Derecho a la Imagen".- Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía; Vol. XXIII, No. 65; Colombia, marzo 1964.- Pág. 73.

(67) Ibidem.

(68) Vázquez Boti, Eduardo.- "Los Denominados Derechos de la Personalidad".- Publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, No. 18; septiembre-diciembre, 1973, U.N.A.M.- Pág. 425.

Es el privilegio que confiere el Estado a una persona física, con relación al bien jurídico constituido por una de las proyecciones físico-psíquicas de aquélla, relativas a su deseo de vivir libre de intromisiones o indiscreciones ajenas, así como en la posibilidad de obtener durante el tiempo fijado por la ley respectiva los beneficios económicos que resulten de la difusión o divulgación de dicha proyección, y en el respeto moral de la misma, individualizado por el ordenamiento jurídico vigente en la época y lugar de que se trate.

Para un mejor análisis de la anterior definición, será pertinente desglosarla en los elementos que la configuran: es un privilegio; conferido por el Estado; a las personas físicas; con respecto a un bien jurídico; traducido en una proyección físico-psíquica del ser humano; vinculada con su deseo de vivir libre de intromisiones o indiscreciones ajenas; que posibilita la obtención de beneficios económicos por la difusión o divulgación de la proyección; sólo durante el tiempo fijado por la ley respectiva; impone el respeto moral a la proyección; individualizado por el ordenamiento jurídico vigente en la época y lugar de que se trate.

a) Es un privilegio. Como se verá más adelante, la institución que me ocupa se halla regulada en la Ley Federal de Derechos de Autor, derechos que la Constitución Federal cataloga como privilegios en su Artículo 28. Ahora bien, la palabra privilegio proviene del vocablo latino *privilegium*, que a su vez se formó con las palabras *privare* (suprimir o privar) y *lex* (ley), con lo cual se significó "lo que la ley priva a

los demás y sólo deja para una o unas personas determinadas".

b) Conferido por el Estado. De acuerdo con la etimología del vocablo privilegio, en estricto sentido éste únicamente puede ser dado por el Estado, puesto que él a través de sus órganos legislativos es el encargado de elaborar todas las leyes que lo rigen y estructuran. Y así precisamente sucede en este caso, dado que el Estado se ha encargado de determinar y reglamentar los privilegios en materia autoral, dentro de los que se incluyen los inherentes a la propia imagen de cada ser humano.

c) A las personas físicas. Si bien las personas morales en determinado momento podrían ser beneficiarias de los derechos pecuniarios autorales, sólo las personas físicas son capaces de producir obras intelectuales, de ahí que en un principio dichas personas sean las únicas titulares de los derechos relativos a sus creaciones. Asimismo, las personas morales carecen de una imagen física, por lo que no se les incluye en esta definición. Sin embargo, alguien podría decir que los animales sí cuentan con una imagen física; no obstante, deberá tenerse en cuenta que, tanto en nuestro sistema jurídico como en muchos otros, sobre todo de origen latino, sólo los seres humanos y las personas morales pueden ser sujetos de derecho.

d) Con respecto a un bien jurídico. Esta es una noción general que ya ha sido debidamente tratada en el capítulo primero de esta tesis, (69) y a él me remi-

(69) Supra.- Págs. 18 a 23.- Cfr. los autores que se citan.

to a fin de evitar repeticiones innecesarias.

e) Traducido en una proyección físico-psíquica del ser humano. Con relación al término "proyección", valga la misma observación hecha en el capítulo precedente, pues ya ha sido explicada a propósito del desglose del concepto de derechos de la personalidad del propio Gutiérrez y González (70). Ahora bien, se dice que ese bien jurídico se concreta en una proyección "físico-psíquica" del hombre. Ciertamente que la imagen, pese a ser intangible, finalmente es física al existir la posibilidad de poder percibirla por medio de uno de los sentidos del ser humano como lo es la vista; sin embargo, esta connotación esencialmente material se complementa y enriquece con aspectos derivados de la conducta de cada persona, de su particular modo de ser y de actuar, de su forma personal de conducirse, en una palabra, de su psique. Esta afirmación puede fácilmente ser comprobada con la actividad de los imitadores, pues pueden no parecerse físicamente en nada a las personas a quienes imitan, pero quienes los observan inmediatamente recuerdan a aquéllas con sólo ver los manierismos que cada imitador adopta. Es ello lo que me hace afirmar que la imagen es una proyección compuesta tanto de cualidades psíquicas como de los rasgos físicos de cada individuo.

f) Vinculada con su deseo de vivir libre de intrusiones o indiscreciones ajenas. Con esta característica se pretende aludir a la causa y finalidad del reconocimiento y tutela de este derecho: el interés que todo

(70) Supra.- Pág. 63, inciso b).

miembro de una colectividad, incluso sus gobernantes que son personajes eminentemente públicos, tiene en mantener una esfera de su vida reservada, excenta de publicidad si así lo desea, como se indica en el concepto, a salvo de intromisiones o indiscreciones ajenas, entendiendo por ajenas las que no son legítimas o justificadas por razones de interés público. Conviene agregar que este mismo fin es perseguido por todas las demás especies del derecho a la intimidad ya citadas.

g) Que posibilita la obtención de beneficios económicos por la difusión o divulgación de la proyección. Esta peculiaridad está íntimamente relacionada con la idea que se pretendió recalcar al utilizar el vocablo "privilegio", ya que el Estado determina que la imagen de una persona física solamente puede ser aprovechada por ésta en cuanto a los beneficios económicos que pueda producir; por consiguiente, la ley prohíbe que otra u otras personas obtengan beneficios económicos de la explotación de la imagen sin la autorización de aquel a quien corresponde.

h) Sólo durante el tiempo fijado por la ley respectiva. Tal limitante se debe a que los derechos autorales hoy día en ninguna legislación son perpetuos, ya que para elaborar una idea necesariamente se debe partir de otros conocimientos brindados por miembros de la colectividad durante los años anteriores de la vida del autor quien, por lo mismo, está obligado a retribuirse los en alguna forma a la propia colectividad. Sin embargo, el hecho de no ser la imagen personal una creación autoral determina que la anterior explicación le resulte forzada, aunque en última instancia todo in

dividuo está obligado a beneficiar en lo posible a la comunidad, máxime si ello ya no le causa perjuicio alguno, de ahí que en la mayoría de los casos el término de extinción del derecho se empieza a contar a partir de la muerte de su titular natural y originario.

i) Impone el respeto moral de la proyección. Como un reconocimiento a la dignidad humana, se consideran como parte del derecho de autor y, por lo mismo, del derecho sobre la propia imagen, el respeto que se debe a la imagen misma, lo cual es traducido por el Estado en una exigencia a los gobernados de que de ninguna manera se altere o difunda irrespetuosamente la imagen sin consentimiento de su titular. Igualmente, tampoco se permite que se omita el nombre del mismo. Tan es así que en su momento veremos cómo en las fracciones I y II del Artículo 2o. de la ley de la materia se señalan claramente los derechos morales de autor.

j) Individualizado por el ordenamiento jurídico vigente en la época y lugar de que se trate. Porque el tener que ajustarse a las necesidades particulares de cada colectividad impide la homogeneidad del Derecho, de modo tal que éste varía espacial y/o temporalmente, aunque siempre tiende a individualizar sus disposiciones en cuanto alguno de los gobernados actualiza con su conducta la hipótesis normativa prevista.

#### Naturaleza Jurídica.

Para variar, en este caso nuevamente puede observarse que los diversos tratadistas tampoco se ponen de acuerdo. Para los alemanes se trata de un derecho personal, del cual pueden surgir dos acciones diferentes:

la que se origina cuando el artista incumple el contrato por el que se ha obligado a recibir los servicios de otra persona como modelo; la que puede ejercitarse contra quien reproduce fotografías injuriosas. Ambas acciones son personales, pero devienen patrimoniales al valorar la indemnización que ha de cubrir el ofensor a quien sí cumplió el contrato.

Otros pretenden equiparar el derecho a la propia imagen con el derecho real de propiedad, pero ello es totalmente inadmisibile por carecer su titular de la facultad de disposición que es característica del derecho de propiedad; es decir, como la imagen es física y jurídicamente inseparable de la persona, sería absurdo suponer su enajenación total y definitiva, pues el hombre es incapaz de poder efectuar una venta de su propia imagen con la misma autonomía que tiene para enajenar un fundo, dado que resulta inconcebible imaginar a la imagen de alguien totalmente desvinculada de ese alguien, con una existencia propia e independiente de aquél. Desde luego que todo individuo tiene la posibilidad de obtener beneficios económicos a partir del uso o explotación de su imagen, pero en este caso lo que se está enajenando no es el derecho en sí, sino las consecuencias concretas de las facultades que el derecho a la imagen otorga al individuo. Dicha hipótesis se actualiza constantemente: cuando una modelo ofrece su imagen exclusivamente para la ejecución de un busto; en la cinematografía; modelos exclusivos para ciertas representaciones; incluso el contrato de seguro hoy en día tiende a asegurar ciertas partes del cuerpo y en consideración a determinadas circunstan-



cias directamente relacionadas con la imagen de la persona en cuestión.

En este orden de ideas, el argentino Edgardo Fernández Sabaté considera que la persona es propietaria de sus accidentes necesarios, de ahí que éstos sean también denominados propios; en consecuencia, existe una relación de dominio entre el sujeto y sus derechos o facultades, mismos que abarcan tanto a los físicos como a los espirituales. Al respecto, Sciacca denomina a la posesión que la persona tiene sobre su propio cuerpo, "propiedad del ser", en contraposición a la "propiedad del tener" que, según este mismo filósofo, se ejerce sobre cosas exteriores. Nuevamente Fernández Sabaté toma la palabra, a fin de aclarar que estos derechos no son algo extraño a la persona, sino que son más bien modos de actuar y de operar, de manifestarse y de presentarse en todas sus relaciones. Así pues, concluye señalando que los derechos primigenios (como el que ahora me ocupa) serán aquellos que antes que ningún otro todo sujeto debe poseer en propiedad como la substancia posee sus accidentes propios; son el modo de manifestación y de presentación de la persona del orden jurídico; son aquellas potencias sin las cuales no es posible lograr ninguna otra, de ahí que sean fundamentales y fundamentadoras.

Otro tratadista, Ochoa Restrepo, hace notar que el derecho sobre la propia imagen tiene muchas analogías con otros derechos con los que bien podría identificarse:

1o. Derecho al propio cuerpo. Porque en sus orígenes todos los derechos se han caracterizado por medio

de signos materiales. Así, el derecho a la imagen comenzó siendo objeto de una concepción sensible y corpórea; más tarde, sucesivas evoluciones lo han espiritualizado en sus construcciones jurídicas; es decir, se ha pasado de lo concreto a lo abstracto.

En primer lugar, al fundar esta pretendida identificación en un proceso evolutivo del modo que aquí se plantea, en todo caso habría que señalar que ambos derechos se identificaron, puesto que ello perdió vigencia debido a dicho proceso evolutivo. Hecha la anterior aclaración, estoy totalmente de acuerdo con el resto de la opinión doctrinal que ahora analizo, ya que es indiscutible que en principio el derecho a la imagen radicaba en elementos puramente materiales (fisonomía y demás peculiaridades físicas de cada ser), más ahora se ha visto enriquecido al englobar también otros factores externos provenientes de la psique humana (la manera de caminar, las gesticulaciones al hablar, otras expresiones mímicas, etc.), esto es, tal como lo afirma el propio Ochoa Restrepo, se le ha espiritualizado en su construcción jurídica. Por todo esto pienso que, más que señalar que un derecho se identifica con el otro, debe concluirse que así como la imagen es la prolongación intangible del cuerpo, su reflejo, su sombra, el derecho a la propia imagen es la prolongación necesaria del derecho al propio cuerpo.

2o. Derecho al honor. Porque cuando se lleva a cabo la exposición y reproducción de la imagen de una persona sin su consentimiento, tal ataque se combate mediante el antiguo derecho al honor; en consecuencia, el derecho a la imagen carece de contenido peculiar,

puesto que no es más que una mera categoría subsidia-  
ria del derecho al honor. Para Ferrara esta es precisa-  
mente la tendencia dominante en la actualidad, siendo  
el derecho a la propia imagen una manifestación de las  
más resientes del derecho al honor.

Por mi parte, nuevamente tengo que discrepar del  
punto de vista expuesto porque, por principio de cuen-  
tas, la amplitud del campo del derecho al honor es mu-  
cho mayor que la del derecho a la imagen, ya que aquél  
puede verse lesionado a partir de otras conductas huma-  
nas que nada tienen que ver con la imagen del afectado  
(una broma, una burla, una ofensa verbal, etc.). Por  
otra parte, si consideramos que el honor comprende a-  
quellos valores de índole espiritual más importantes y  
trascendentes de cada persona vistos desde su propia  
perspectiva, pues vistos desde la perspectiva de los  
demás estaríamos hablando de honra, pudiera ocurrir  
que con determinada conducta se transgrediera el dere-  
cho a la propia imagen más no el derecho al honor, por  
ejemplo, utilizando la fotografía del afectado exclusi-  
vamente para anunciar alguna mercancía, lo cual creo  
desliga definitivamente a ambos derechos. Por último,  
el honor es una noción netamente subjetiva, en tanto  
que la imagen es principalmente objetiva y, por lo mis-  
mo, análoga para todos en términos generales.

3o. Derecho al nombre. Porque su finalidad es si-  
milar: poder designar de manera cierta e indubitable a  
un individuo determinado. Incluso en Alemania se han  
querido aplicar al derecho sobre la propia imagen las  
mismas normas civiles que tutelan el nombre.

Esta opinión es prácticamente inobjetable porque,

efectivamente, tanto el nombre como la imagen permiten individualizar con toda certidumbre a una persona. Sin embargo, yo no identificaría al derecho a la imagen con el derecho al nombre, sino a la inversa, esto es, el derecho al nombre con el derecho a la imagen, pues para mí éste debió surgir primero que aquél. En efecto, cuando un individuo nace ya viene al mundo con una imagen que habrá de definirse y depurarse con el tiempo; en cambio, la asignación del nombre es posterior al nacimiento y deriva de un acto jurídico civil, ajeno en un principio a la voluntad del interesado, a tal grado que incluso podría ocurrir que un ser humano careciera jurídicamente de nombre hasta una muy avanzada edad, hipótesis que es imposible tratándose de la imagen. Por otra parte, el uso en un momento dado puede determinar un cambio de nombre, más para cualquier individuo resultará siempre muy difícil despojarse de su propia imagen y adoptar una diferente. Quizá la única ventaja práctica del nombre con respecto a la imagen es que aquél siempre será el mismo durante toda la vida de la persona, mientras que su imagen va sufriendo algunas transformaciones a lo largo de su existencia. Tampoco debe perderse de vista que puede haber personas que tengan exactamente el mismo nombre, en tanto que es difícilísimo encontrar dos seres que posean una misma imagen, igual en todos sus aspectos.

Así pues e independientemente de todas estas disquisiciones, lo cierto es que ambos derechos se complementan de un modo extraordinario para posibilitar una identificación inobjetable de los seres humanos supuesto que, si bien el nombre permite ubicar a un indivi-

duo tan solo con mencionarlo, su efigie reafirma o aclara plenamente dicha identificación; no obstante, he de insistir en que es más fuerte la convicción a la que se llega con una imagen que con un simple nombre. Tan es así que siempre que a una persona se le pide que se identifique, se le requiere para que muestre una credencial con fotografía.

40. Derecho de autor. Porque lo íntimo que tiene la vida humana, de no quererlo el hombre no se puede lanzar a la publicidad; por consiguiente, nadie está facultado para tomar fotografías de una persona en actitudes secretas, salvo que se trate de alguien que viva de la publicidad. En seguida puntualiza:

"El concepto del derecho que una persona tiene a la figura puede tener su apoyo en la ficción de que tenemos sobre nosotros un derecho igual al que un escultor ejerce sobre su estatua" (71).

Sin embargo, siento que en este caso falta el elemento volitivo, pues en tanto que el autor crea algo con absoluta conciencia de ello, por ser esa su expresa voluntad, todo individuo ya nace con los rasgos que han de formar su imagen física, y por lo que atañe a los aspectos subjetivos complementarios, éstos son los hábitos que por lo general de un modo lento, insensible e involuntario van añadiéndose a la imagen que cada cual ofrece de sí a los demás. Además, la obra es una creación posterior a su autor, mientras que lo fundamental de la imagen surge junto con el individuo mismo. Igualmente, en tanto que una vez concluida una o-----

(71) Ochoa Restrepo, Guillermo.- Obra Citada.- Pág. 75.

bra normalmente ya no sufre cambio alguno, con mucha frecuencia la imagen puede llegar a sufrir notables transformaciones a causa del paso del tiempo y de la influencia en el sujeto del medio. Finalmente, las creaciones autorales derivan directamente de un trabajo intelectual, mismo que precisamente buscan proteger y fomentar las leyes de la materia; en cambio, la imagen que cada persona posee en última instancia no es más que el resultado de la información genética que le transmitieron sus padres y que incluso puede corresponder a ascendientes de anteriores grados.

Desafortunadamente los legisladores de la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, han estimado correcto el asimilar el derecho sobre la propia imagen a los derechos autorales, pues sólo así se explica que no hayan tenido reparo alguno en incorporarlo a sus respectivas leyes de la materia.

Más aún, incluso muchos de los tratadistas también han optado por ubicar el derecho sobre la propia imagen dentro del grupo de los derechos autorales porque, afirman, en lo esencial poseen análogas características; en consecuencia, ambas instituciones comparan la misma naturaleza jurídica. Sin embargo, nuevamente surgen las divergencias a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los derechos de autor.

Algunos juristas como Leopoldo Aguilar asimilan el derecho de autor, y por extensión el derecho a la propia imagen, a la naturaleza del derecho real. Primeramente hacen hincapié en que el patrimonio sólo está formado por derechos reales y personales y, supuesto que los derechos autorales también forman parte del pa

trimonio, deben incluirse en alguno de estos dos; luego hacen ver que el derecho de autor carece de un sujeto pasivo o deudor, por lo que forzosamente tiene que ser un derecho real aun cuando se ejerza sobre cosas incorporeales, máxime que su titular es el único que en principio está facultado para apoderarse de las ventajas económicas de su obra, de su imagen.

Pero otros van más lejos, pues buscan determinar si el derecho de autor es compatible con alguno de los derechos reales conocidos o si tiene naturaleza de derecho real sui generis. Tras percatarse de que no se trata de un derecho de garantía, de que no implica el goce de una cosa ajena puesto que la obra o la imagen son propias, así como de que no versa sobre predios sino sobre bienes inmateriales exclusivamente, se concluyó que era perfectamente asimilable al derecho de propiedad, dado que otorga la exclusividad de la idea o de la imagen a su titular, quien es el único que puede explotarla y beneficiarse con ellas.

Ahora bien, antes de proceder a refutar las anteriores ideas, Gutiérrez y González reitera lo siguiente:

"Ya he apuntado hasta el cansancio, que las semejanzas en el campo del Derecho siempre existirán, pero que, asimilar una figura a otra, sin hacer un análisis cuidadoso, es desvirtuar la Ciencia del Derecho" (72).

En seguida expone las que él estima son diferencias de esencia entre el derecho real de propiedad y los derechos autorales, incluyendo en ellos por ahora

(72) Gutiérrez y González.- Obra Citada.- Pág. 673.

el derecho sobre la propia imagen:

1) El derecho de autor y el que motivó este trabajo tienen por objeto una cosa inmaterial (la idea y la imagen respectivamente); en cambio, la propiedad sólo puede recaer en un objeto corporal.

2) Los derechos autorales, por mandato mismo de nuestra Constitución, no pueden estar sujetos a limitaciones o restricciones; por el contrario, el derecho de propiedad es naturalmente limitado, estudiándose hoy a través de las limitaciones y modalidades que sufre, y no a través de los atributos que se le confieren.

3) Tanto la idea como la imagen objetos del derecho respectivo son en sí intransferibles, inmodificables e indestructibles por otra persona, pues existe una imposibilidad físico-espacial de hacerlo; en cambio, al cambiar una cosa de propietario, éste queda totalmente desligado del anterior, pudiendo el nuevo titular del derecho hacer con el bien objeto del mismo lo que desee.

4) A pesar de que el titular del derecho autorice a otra persona para que lo explote, la idea o la imagen siempre irán ligadas al nombre de su creador o generador; por el contrario, la propiedad de una cosa no imprime a ésta un sello de quien o quienes han sido sus anteriores propietarios.

5) Para que los derechos autorales reporten beneficios económicos a su titular, es preciso que su idea o su imagen se divulguen y sean conocidas por el mayor número posible de personas; por su parte, en principio el derecho de propiedad implica el uso exclusivo de



una cosa, la cual rendirá el mayor beneficio a su propietario si sólo es él quien la goza, o terceros pero siempre determinados para el o los dueños.

6) La titularidad de los derechos de autor o a la imagen no es adquirible por usucapión, por más tiempo que lleve una persona explotando la idea o la imagen de otra, mismas que siempre serán identificadas con el nombre de ésta por el público; en cambio, el poseedor puede adquirir la propiedad a través de la prescripción positiva, desapareciendo con ello de la cosa todo vestigio de los anteriores propietarios.

7) Ya con base en su régimen legal, en tanto que conforme al Artículo 758 del Código Civil el derecho de autor sólo es mueble, la propiedad puede ser mueble o inmueble.

8) De acuerdo con el Artículo 2o. de la Ley Federal del Derecho de Autor, la obra o la imagen le confieren a su titular un derecho moral; en cambio, la propiedad no otorga derecho o aspecto moral alguno.

Por otro lado, es también el propio Gutiérrez y González el que da los argumentos para negarle la categoría de derecho real o derecho real sui generis al derecho de autor:

1) No puede hablarse de derecho real sui generis porque ello significa "único en su género", en cuyo caso él sería el género en sí mismo, con lo que dejaría necesariamente de ser derecho real.

2) En todo derecho real siempre hay una cosa material de por medio para ejercitar el poder jurídico que entraña; en cambio, ni en el derecho de autor ni en el derecho a la propia imagen existe la posibilidad de

ejercer poder jurídico alguno debido a que la idea o la imagen materia del derecho son intangibles, y una vez captadas por los demás pasan a formar parte del re cuerdo de cada sujeto que las recibe.

3) La protección a los derechos reales en relación con los beneficios que pueda generar la cosa objeto de los mismos, si bien se funda en la ley, puede también derivar de la fuerza misma de su tenedor o poseedor; por el contrario, la protección y los beneficios que puedan resultar para la idea o la imagen sólo derivan de la ley.

4) Merced al poder jurídico que implica, el derecho real autoriza a aprovecharse de la cosa en la medida del título que se tenea; por lo mismo, al no haber en los derechos de autor y a la imagen ese poder jurídico, está por demás hablar de la medida del derecho en función del título, de suerte que la imagen o la idea no admiten medida en el título (o se es su causante o no se es). Así pues, cualquier persona que conozca la idea o la imagen las puede aprovechar, con o sin título, le resulten o no ventajas económicas, dentro o fuera de la ley, sin que el titular del derecho tenga la posibilidad de defenderlo por sí y de hecho.

5) El derecho real es oponible erga omnes; por el contrario, los derechos autorales no son oponibles a todo el mundo como ya ha quedado demostrado.

6) Por todo lo anterior, el derecho real no es susceptible de duplicación; en cambio, los derechos de autor y a la propia imagen se pueden duplicar en el tiempo y en el espacio, pues las ideas y las imágenes pueden darse a conocer en diferentes épocas y en dife-

rentes lugares, o en diferentes lugares a la vez, sobre todo gracias a los avances tecnológicos.

7) De todos es sabido que la definición tradicionalmente aceptada de derecho real es la que lo cataloga como el poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa, para retirar de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal, y es oponible erga omnes; por consiguiente, tanto el derecho de autor como el derecho a la imagen carecen de los elementos de dicha definición, de ahí que se trate de dos figuras jurídicas diferentes no asimilables entre sí.

8) El Artículo 28 de nuestra Constitución y el Código Civil vigente, al referirse al derecho de autor simplemente hablan de "privilegio", dejando atrás la idea de "propiedad" plasmada en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

9) Los derechos autorales no tienen existencia por sí solos, pues existen sólo en la medida que el Estado a través de la ley los tutele y reconozca; en cambio, en su contenido económico mismo, el derecho real existe como fenómeno social, lo sancione o no la ley.

Por otro lado, el español Clavería Gonsalbez sostiene que, como derecho de la personalidad adscrito a los derechos relativos a la esfera moral o espiritual de la persona, el derecho sobre la propia imagen es un verdadero derecho subjetivo estricto sensu a la vista del derecho español vigente, y yo haría extensiva esta tesis a nuestro Derecho Positivo y Vigente con base en el multicitado Artículo 16 de la ley autoral. Sin embargo, un sector de la doctrina suele invocar fundamen

talmente tres argumentos para negarle dicha clasificación: no está legalmente tipificado como tal; carece de objeto; no cuenta con poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por él. No obstante, estos tres argumentos son susceptibles de ser refutados como en seguida se verá:

a) No está legalmente tipificado como tal. Es incorrecto porque, como se acaba de señalar, el derecho a la imagen encuentra su tipificación en el Artículo 16 de la ley citada. Pero aunque dicho precepto no existiese todavía, la falta de tipificación legal no le privaría de su clasificación como derecho subjetivo dado que, afirma el propio Clavería, basta su mención y el establecimiento de medidas protectoras generales, no siendo imprescindible una descripción pormenorizada de poderes concretos, de su objeto, etc.

b) Carece de objeto. No tiene validez ni motivación el pretender que sin la existencia de objeto diferenciado del sujeto no puede haber un derecho subjetivo; pero, aun admitiéndolo, se puede desde un plano teórico sostener que los derechos de la personalidad, y en especial el que me ocupa, tienen objeto, el cual no estaría constituido por los atributos o proyecciones de la personalidad convertidos en bienes, ni por el mismo interés del sujeto a la intimidad que en cada caso concurre, pues de ser así no se obtendrían efectos clarificadores al no responder a una realidad individualizada y estable que pueda servir de substrato a las relaciones jurídicas, una realidad prejurídica y preconceptual. En este sentido, de Castro expresa lo siguiente:

"Objeto del derecho subjetivo es la realidad social, acotada como base de la situación del poder concreto que se ha confiado a su titular" (73).

En seguida Clavería aclara que para él la intimidad no es propiamente una realidad social, sino una mera fórmula mental utilizada para aludir a situaciones humanas más o menos deseables y, por lo mismo, susceptibles de interés en el sentido de basar sobre ellas poderes concretos. Es por ello que el propio autor prefiere hacer una proposición diferente:

"Objeto de los derechos de la personalidad sería el hombre en cuanto individuo y miembro social, objeto sería lo que soy yo, subsumiendo dentro del ser el representar; objeto será el hombre mismo, no en cuanto PERSONA, sino en cuanto HOMBRE OBJETIVADO" (74).

Esta tesis, aclara su creador, no hace referencia a un derecho sobre el propio cuerpo, sino sobre un substrato en el que confluyen múltiples elementos y relaciones. Y concluye advirtiendo:

"Lo grave, en mi opinión, no es objetivizar al hombre, sino des-subjetivizarlo" (75).

c) No cuenta con poderes jurídicos efectivos antes o al margen de la violación de los intereses protegidos por él. El ordenamiento jurídico sí satisface el

(73) De Castro.- "Derecho Civil de España".- Pág. 651.

(74) Clavería Gonsálbez, Luis Humberto.- "Reflexiones Sobre los Derechos de la Personalidad a la Luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de Mayo".- Publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo XXXVI, fascículo III, octubre-diciembre, 1983.- Pág. 1258.

(75) Ibid.- Pág. 1259.

interés de los particulares atribuyéndoles un poder concreto compuesto por un conjunto de facultades reales o potenciales, cuyo ejercicio se deja a su libre decisión. Así, el interés por la intimidad dentro de la que se incluye la imagen, no viene protegido sólo a través de la sanción penal o administrativa puesta a su violación, ni sólo a través de la responsabilidad civil extracontractual derivada de ésta, sino también mediante el otorgamiento de facultades instrumentales a quienes la ley pretende proteger, tendientes a prevenir, atenuar, interrumpir o repeler las agresiones a tales intereses, incluso con la adopción por parte de la autoridad jurídica de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, tales como las cautelares, el reconocimiento del derecho a replicar la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

#### Su Importancia en la Época Actual.

Puede afirmarse que la importancia que hoy en día ha cobrado esta materia es una consecuencia necesaria e inmediata de la llamada "crisis de la vida privada", cuyas causas para Velú son factores de orden social como el desarrollo de los medios de comunicación, el deseo de frenar la proliferación de la delincuencia y reprimir la ya existente, pero sobre todo los progresos científicos y técnicos.

En efecto, el derecho sobre la propia imagen resulta fundamental en nuestros días porque, tal como hoy se concibe, es desarrollo directo precisamente de los modernos y diversos medios y técnicas de reproduc-

ción y difusión masiva, dado que son empleados en todo tipo de publicaciones, en la fotografía, el cinematógrafo y la televisión, tanto para dar a conocer hechos o situaciones de interés general (noticias), como para ponerlos al servicio de actividades eminentemente lucrativas como la publicidad, el comercio, etc., lo que ha restringido el ámbito de la intimidad, provocando el consecuente reforzamiento de su protección jurídica, misma que en la mayoría de las legislaciones se ha traducido en el reconocimiento del derecho de toda persona a impedir que se reproduzca su imagen entre tanto no otorgue su consentimiento expreso, el cual también se precisa para que se distribuya la imagen misma.

Así las cosas, si bien hasta mediados del siglo pasado podía reproducirse la imagen de una persona, tal reproducción únicamente era posible a través de la pintura, la escultura, el dibujo y el grabado, lo cual no acarrea mayores problemas jurídicos si tomamos en cuenta lo siguiente: para que la reproducción tuviese lugar prácticamente era indispensable la anuencia de aquel cuya imagen se pretendía captar, pues sólo aceptando modelar en varias sesiones podía verificarse tal circunstancia; por lo anterior, el llegar a reproducir una imagen en estas condiciones se llevaba mucho tiempo y no menos esfuerzo; como consecuencia necesaria de ello, en general solamente se elaboraba un ejemplar de la imagen así reproducida; muchas de estas imágenes no solían exhibirse en sitios públicos, sino que permanecían celosamente guardadas en el domicilio de los artistas o de quienes les encomendaban efectuar dichas reproducciones; todo ello se traducía en una mínima pu

blicidad de tales trabajos artísticos, ya que realmente eran pocas las personas que tenían la oportunidad de contemplarlos, por lo que la difusión pocas veces llegaba a rebasar los límites de una ciudad o demarcación; en estas condiciones, resultaba muy difícil que las imágenes se usaran con fines publicitarios o comerciales, y si acaso únicamente servían como muestra del trabajo de los artistas que las creaban; si se trataba de obtener un retrato por encargo, debido a que su costo resultaba más o menos alto por obvias razones, sólo podían cubrirlo aquellos que en términos generales disfrutaban de una posición económica desahogada; la fidelidad y exactitud de los retratos así obtenidos podían ser muchas, pero nunca con el grado de perfección que poseen las imágenes que ahora se reproducen; los cuadros, los óleos, las pinturas, las esculturas, etc. eran demasiado voluminosos y delicados, por lo que su transporte se dificultaba grandemente, además de que los medios para hacerlo en aquel entonces eran sumamente rudimentarios; por lo general, solamente se reproducía la imagen que un individuo tenía durante determinada etapa de su vida, por lo que la imagen de todos los demás períodos de su existencia no perduraba a través del tiempo; tampoco era común la reproducción simultánea de imágenes en un solo contexto, y menos con la nitidez deseada; las imágenes que de esta forma se captaban eran regularmente estáticas, además de que la reproducción sólo incluía aquellos aspectos del entorno que el artista quería plazar, los que el retratado le pedía reproducir, algunos que ni siquiera figuraban en el medio en el que se llevaba a cabo la obra o incluso



ninguno; para poseer una colección más o menos amplia de creaciones de este género se precisaba de grandes estancias y ser de un elevado estatus socioeconómico; las dificultades para elaborar o allegarse el retrato de una persona determinaban que los fines para querer hacerlo a pesar de todo fuesen plenamente justificados y lícitos, siendo fundamentalmente el deseo de mostrar las dotes artísticas o conservar la efigie de un ser querido; en relación con los potenciales demandantes de este servicio, quienes podían prestarlo eran muy pocos, lo que lo encarecía y retardaba todavía más.

No obstante, con el surgimiento de la fotografía y del cinematógrafo en las postrimerías del propio siglo XIX las cosas variaron radicalmente, aunque el verdadero giro de 180 grados se dio cuando, ya entrado el siglo XX, se inventó la televisión, que junto con los satélites artificiales vendría a revolucionar la vida en todos sentidos, de ahí que la captación, retención, reproducción y difusión de imágenes de personas no haya podido quedar al margen de este fenómeno universal, con todo el cúmulo de consecuencias positivas y negativas que ello implicaba y que en seguida veremos.

Hoy en día puede fijarse la imagen de una persona en un abrir y cerrar de ojos, de suerte que basta una brevísima cesión para que ello se verifique; además, ya es muy fácil captar dicha imagen independientemente de la voluntad de su titular puesto que, por ejemplo, un fotógrafo puede hacerlo incluso sin que aquél se dé cuenta valiéndose de un teleobjetivo. Obviamente que el procedimiento para materializar esa imagen y darla a conocer a los demás suele ser cosa de minutos, requi

riendo para lograrlo de un mínimo de esfuerzo. Por lo mismo, en estas condiciones pueden obtenerse tantos ejemplares de la imagen como se deseen, siendo generalmente más de uno.

Y todas estas facilidades determinaron el surgimiento de un nuevo grupo de prestadores de servicios, los fotógrafos profesionales, quienes comunmente exhiben gran parte del fruto de su trabajo en sus estudios, mismos que en última instancia pueden considerarse como sitios públicos; en consecuencia, todos los retratos conllevan una enorme publicidad potencial respecto a sí mismos.

Por otro lado y como otro de los efectos de las ya citadas mejoras en este terreno, prácticamente la totalidad de los seres humanos pueden acceder a este servicio por su bajo costo y por la proliferación de quienes a esta actividad se dedican. Asimismo, tienen la posibilidad de retratarse cuantas veces lo estimen conveniente, lo que hacen en casi todas las etapas de su vida sin mayor problema.

Por otro lado, si bien los ejemplares de una fotografía pueden ser grandes o pequeños, en ambos casos son tan prácticos y manejables que pueden transportarse de un lugar a otro sin ningún problema, además de que también los medios de transporte ya han alcanzado niveles muy altos de eficiencia, comodidad, seguridad y rapidez, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Pero lo que acabo de afirmar cobra plena vigencia cuando se consideran las fabulosas ventajas que ofrecen los sofisticados medios de comunicación, ya que

gracias a la televisión y a los satélites artificiales es posible que millones de personas en todo el mundo puedan contemplar a la vez una misma imagen, independientemente de que esta provenga de un retrato o de la persona a quien corresponde de manera directa, teniendo además todos los televidentes la oportunidad de grabarla mediante una videocassettera y así reproducirla cuantas veces lo deseen, grabación que desde luego también pueden efectuar las cadenas de televisión locales a fin de verificar retransmisiones.

Así pues, en la actualidad ya no existen fronteras de ninguna índole capaces de restringir la difusión que en un momento dado se quisiera dar a la imagen de determinada persona.

Por todo lo hasta aquí expuesto, era lógico suponer, y efectivamente así sucedió, que la utilización de imágenes de personas no podía sustraerse de la actividad publicitaria, de modo tal que en el presente es cosa corriente ver que múltiples personas, principalmente de los medios artístico y deportivo, anuncian a través de sus imágenes toda clase de mercancías, tanto en proyecciones televisivas y cinematográficas como en periódicos y revistas, sobre todo. Y es de notarse que para tal efecto se utilizan efigies de personas de todas las edades, sexos, estratos, etc., ya que incluso se han realizado anuncios en que tienen un papel preponderante niños de entre cero y seis años. Claro que en todos estos casos se debe contar con el consentimiento expreso de aquellos cuya imagen se pretende utilizar o de sus representantes legales, pero las disposiciones que dan los parámetros generales que deben

respetarse al celebrarse los respectivos contratos están contenidas en la ley autoral, lo cual no es conocido por el común de la gente y en muchos casos ni siquiera por los profesionistas del Derecho, poniéndose con ello de relieve cada vez más la necesidad de crear una ley específica de la materia; además, como en su oportunidad se verá, dichos lineamientos generales en un momento dado no alcanzan a amparar del todo a los titulares del derecho materia de esta tesis.

Por otro lado, a parte del abaratamiento y de la rapidez del servicio, otra de las extraordinarias ventajas de la tecnología moderna es su perfección, pues una vez creados los mecanismos para hacer la reproducción de imágenes, la misma no implica aportación artificial alguna, sino que se concreta a objetivarlas tal y como las vemos, con una exactitud y nitidez nunca antes imaginadas y tan cercanas a la realidad como la imagen que de sí cada cual ve reflejada en el espejo, por lo que llegado el caso y teniendo todos los elementos suficientes a la mano, ya no es posible abrigar duda alguna acerca de a quién corresponde tal o cual imagen; es decir, los mismos progresos en este campo vienen a poner de manifiesto la permanente posibilidad de transgresión del derecho que todos tenemos sobre nuestra propia efigie, ya que una fotografía o un film logran capturarla en toda su plenitud y con sus más insignificantes peculiaridades, aunque ello constituya al propio tiempo un elemento de prueba irrefutable que bien puede esgrimir el afectado para acreditar la efectiva violación de su derecho.

En este mismo orden de ideas, otro de los nota-

bles alcances que brinda la actual tecnología es la posibilidad de efectuar reproducciones simultáneas de imágenes, y además sucesivas tratándose de televisión o cinematografía, independientemente de la captación que se hace de los aspectos que conforman el sitio en el que se encontraban las personas en cuestión. Asimismo, también es posible hacer todo tipo de combinaciones de imágenes de individuos, de lugares y de cosas, pudiéndose con toda facilidad hacer aparecer la imagen de una persona en un sitio en el que realmente no estuvo, o al lado de otros sujetos con los que jamás ha estado; por consiguiente, una vez captadas las imágenes pueden ser irrestrictamente manipuladas por quienes conocen a fondo el funcionamiento de estos sofisticados aparatos, por lo que las mismas pueden destinarse a toda clase de fines, tanto benéficos como adversos para aquellos de cuya imagen se trate.

Una más de las posibilidades que ofrece la multicitada tecnología moderna, básicamente en los campos del cine y de la televisión, es la de difundir imágenes tanto estáticas como dinámicas, correspondiendo estas últimas a personas en movimiento; por tanto, cuando se transmite la actuación de un artista o algún evento deportivo, el beneficio económico que puede obtenerse es doble debido a que habrá de considerarse tanto la imagen de la persona misma como la actividad que en ese momento está realizando.

Pasando a otra cuestión, hoy en día no se requiere gozar de una posición económica elevada ni poseer grandes espacios para hacerse de una buena cantidad de fotografías de todo tipo de personas, hasta llegar a

conformar una auténtica colección, misma que en un momento dado bien podría quererse publicar, con la consiguiente difusión de las imágenes de muchas personas que quizás no querían tal publicidad.

Pero probablemente las transformaciones más importantes y trascendentes derivadas de esta depuración tecnológica han tenido lugar en lo tocante a los fines que determinan la obtención de la imagen de alguien su puesto que, si bien en muchos casos ello se sigue haciendo por razones meramente afectivas, artísticas, científicas y hasta educativas, tantas facilidades provocaron que de la noche a la mañana cobrara un frenético e incontenible auge uno de los males más perniciosos de las sociedades modernas: la pornografía. En efecto, algunos individuos sin escrúpulos, para quienes la moralidad y las buenas costumbres carecen de valor alguno y que exclusivamente se dejan llevar por un exacerbado, delesnable y mezquino interés en lo pecuniario, se percataron de que resultaba un excelente negocio el traficar con las más bajas y abyectas pasiones humanas como son la morbosidad y la lujuria, por lo que inmediatamente se dieron a la tarea de buscar la forma más sencilla y redituable para explotar tales pasiones. Fue así como pronto llegaron a la conclusión de que ello se lograba a través de la contemplación de los órganos genitales del ser humano o de toda clase de conductas que tuviesen que ver con ellos, sobre todo si los mismos corresponden a personas que destacan por su belleza física, de modo tal que pronto fue saturado el mercado con publicaciones que incluían numerosas fotografías que reunían tales características, así

como películas plagadas de imágenes y escenas escandalosas e indiscriminadamente obscenas, surgiendo así la moderna pornografía que rápidamente se consolidó. Ahora bien, ciertamente que la pornografía no sería posible si no hubiese personas que accedieran a ser retratadas o filmadas mostrando lo más íntimo de su ser físico; no obstante, también resulta innegable que en muchas ocasiones tales imágenes se obtienen sin el consentimiento de la persona en cuestión, contra su voluntad o con su anuencia tras presionarla de múltiples maneras, siendo estas tres hipótesis flagrantemente lesivas del derecho sobre la propia imagen, así como de otros valores no menos dignos de reconocimiento y respeto como son el pudor, el honor, la honra, la libertad, la dignidad, la moral y la propia estima, entre otros.

Por lo que se refiere a la actividad artística de pintores, escultores, dibujantes y otros similares, en términos generales puede decirse que siguen desapeñándose de la misma manera en que lo han venido haciendo desde siempre, aunque permanentemente existirá la posibilidad de que sus obras sean conocidas por grandes núcleos de población a través de los medios masivos de comunicación, situación que siempre se deberá tomar en cuenta al momento de legislar o dirimir alguna controversia en esta materia.

Creo que con todo lo que hasta aquí he expuesto ha quedado más que demostrada la capital importancia que hoy por hoy tiene la institución jurídica motivo de este estudio, por lo que considero imperdonable y carente de cualquier justificación el que muchos juristas todavía la sigan desdeñando, ya que tal actitud es

un indicio inequívoco de que no han logrado asimilar la realidad en que vivimos, o de que son partidarios de intereses oscuros e indefinibles de dudosa legitimidad.

#### Enfoque Doctrinal Internacional.

Desde luego que no me referiré a todas las opiniones que hasta la fecha se han vertido en el orbe en relación con el derecho sobre la propia imagen, pues tal pretensión sería descabellada e irrealizable por más buena voluntad que se tuviera en ello. En consecuencia, únicamente expondré las opiniones de algunos de estos juristas, procurando agruparlas de manera tal que su estudio y comprensión se faciliten para el lector.

Con base en la premisa de que la imagen es una manifestación de nuestro cuerpo, antiguamente se afirmaba que así como el individuo tiene un derecho sobre su propio cuerpo, igualmente debía tenerlo también sobre la propia imagen por ser ésta como la sombra de aquél. Una opinión menos radical restringe los alcances de este derecho, pues sostiene que el mismo únicamente faculta a su titular para impedir que alguien pinte o reproduzca su imagen, siempre que su publicidad o difusión constituyan una ofensa a la personalidad, ya por lesionar el honor de la persona, ya por originar un daño material o moral, en cuyo caso habrá lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

En efecto, la protección de la imagen consiste fundamentalmente en la prohibición de exponerla ante el público, aunque en algunos casos se va más lejos en



la tutela. Así, el Artículo 14 del Proyecto Alemán, contrariamente al Derecho vigente, considera como violación de este derecho tanto la publicación de un retrato ajeno como su confexión, pues ésta conlleva el peligro del abuso del retrato hecho. En este sentido, Carnelutti estima que otra forma de transgredir el derecho sobre la propia imagen es a través de lo que él llama "goce estético del cuerpo ajeno, obtenido con la contemplación inmediata". En la misma disposición citada del Proyecto Alemán también se ampara al titular del derecho contra la publicación del retrato.

Así pues, la tendencia universal es proteger la vida privada contra su exposición ante el público en todas sus manifestaciones tales como la imagen, correspondencia y escritos privados, palabra hablada, etc. aunque, como sucede en Venezuela, se hace cesar la protección cuando existe un interés legítimo superior que justifique tal exposición.

Resulta por demás interesante el hecho de que en Alemania igualmente se considera como publicación de la imagen la representación de una persona en una obra de espectáculo público por medio de un intérprete, de lo cual sin embargo difiere el Proyecto Venezolano en la primera parte de su Artículo 10. Este hipótesis corresponde al trabajo de lo que comúnmente conocemos como "imitadores" o "dobles", quienes muchas veces no se identifican con los personajes a los que representan en lo que al aspecto físico se refiere, sino que toman de éstos sus gestos, sus maneras, sus reacciones, sus particulares peculiaridades. Por mi parte, siento que bien podría ser correcta la concepción alemana, ya que

la imagen de una persona está conformada tanto por sus caracteres físicos como por toda la serie de factores arriba señalados, mismos que, no obstante, para otros forman parte de la personalidad aunque esta discrepancia a final de cuentas pierde importancia si tomamos en cuenta que la imagen también forma parte de la personalidad, de la individualidad de todo ser humano.

Al respecto, en un litigio norteamericano se ha resuelto que un héroe de guerra no puede oponerse a que un actor lo represente en una película, siempre que ésta no se extienda a particularidades de la vida privada de aquél no relacionadas con su carrera militar.

Por su parte y a pesar de que la imagen se halle plasmada en un retrato, película, pintura, etc., Gutiérrez y González considera que si se trata de una proyección psíquica lo que constituye el bien jurídico tutelado, pues la persona psicológicamente tiene o no interés en que su efigie sea solo conocida cuando ella lo desee, y no cuando a cualquier persona se le ocurra reproducirla. Desde luego que existen límites fijados por la ley o pactados en cada caso concreto, pero en términos generales es sin duda un derecho a permanecer en el incógnito, en el anonimato, sin intromisiones o indiscreciones ajenas.

Para Castán Tobeñas el derecho a la propia imagen es un derecho de tipo moral, ubicado entre los derechos a la esfera secreta de la propia persona. Señala que la doctrina en torno al reconocimiento de este derecho ha pasado por diversas fases, siendo la concepción más antigua demasiado radical, pues considera a

la imagen como una huella de la personalidad o una manifestación de nuestro cuerpo; Es así que autores como Keysner postulaba una protección absoluta del derecho a la imagen a tal grado que, argumentando la legítima defensa, decía que si alguien quería por sorpresa y contra nuestra voluntad fotografiarnos, cabía la posibilidad de poder romperle la cámara fotográfica en la cabeza.

Otra concepción más actual supone que no es admisible proteger a la imagen por sí misma, como una pertenencia o una emanación de la persona, sino que sólo se puede impedir que alguno pinte o reproduzca la imagen de otro en cuanto su publicidad o difusión cause una ofensa a la personalidad; por tanto, la tutela de la imagen se manifiesta como una mera derivación de la protección del honor. Asimismo, para el profesor Orgás se trata de una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas, comprendiendo todo ejercicio o lesión a un interés moral cualquiera .. digno de consideración. Cabe decir que las legislaciones actuales se inclinan por esta última orientación.

El tratadista colombiano Alfonso Lopera recalca que la publicación de fotografías de una persona o de sus actividades privadas sin el debido consentimiento es inadmisibles, dado que en sí la imagen es parte íntima de la persona, la forma que la individualiza, por lo que debe haber una protección para este derecho; no obstante, reconoce que hay muchas circunstancias que complican el asunto y cita algunas de ellas: que la fotografía acredite o perjudique al retratado; que ha ya sido tomada en la intimidad o en público, con con-

sentimiento o sin él; que la publicación tenga como finalidad ocasionar un daño o propiciar un chantaje; etc

El argentino Mendilaharsu observa que, si bien la necesidad e importancia de la tutela de la imagen de las personas han sido reconocidas desde mucho tiempo atrás, ha sido mal o insuficientemente legislada por cuanto se le ha visto como una cuestión autoral conexas puesto que sólo se sanciona la mera divulgación del retrato sin permiso de la persona de cuya imagen se trate, siendo que el eventual derecho de autor del retrato es un supuesto totalmente diferente al derecho de todo individuo a disfrutar su paz interior y que puede verse menoscabado por la intromisión del fotógrafo en su esfera reservada o secreta, misma que por cierto puede ser afectada tanto por procedimientos técnicos como artísticos. Así, a pesar de no ser la caricatura un retrato fotográfico propiamente dicho, es indudable que puede afectar muy seriamente dicho derecho de privacidad.

Por lo anterior, el propio Mendilaharsu sostiene que, tal como lo ha hecho el Código Civil Italiano de 1948, es conveniente eliminar de la legislación autoral todo lo concerniente a la reproducción o utilización de la imagen de las personas, en cuanto tales conductas afecten este derecho de privacidad a menos que dicha reproducción entrañe una creación artística.

Madrídejos, refiriéndose a la amplitud de este derecho, hace ver que mientras que algunos consideran leve toda difusión, otros circunscriben la lesión a aquella difusión que pueda representar un perjuicio al honor. No obstante, hay consenso en el sentido de admitir que el derecho a la imagen decae cuando hay consen

timiento tácito, que puede consistir, por ejemplo, en el hecho de aparecer en público en compañía de una persona célebre.

Por otro lado, los estudiosos de la materia afirman que para entender cabalmente el problema debe tenerse muy en cuenta la valoración de una pluralidad de circunstancias. Por una parte, algunos sostienen que quien sale a la calle está autorizando la publicidad, que cualquiera puede tomar las fotografías que desee, que el propiciar el conocimiento recíproco de las personas a nadie perjudica, etc. Pero por la otra, hay quienes opinan que todo aquel que no quiera que su imagen se divulgue puede adoptar las medidas necesarias para impedirlo, principalmente cuando se pretende hacerlo con una finalidad comercial, en cuyo caso surge para el afectado una doble posibilidad consistente en prohibir la reproducción o distribución, o bien reclamar un determinado beneficio económico, quedando siempre a salvo la oportunidad de reclamar el pago de daños y perjuicios. Asimismo, si bien debe respetarse una decisión en el sentido de no ser fotografiado, tal determinación carece de valor y fundamento en tratándose de una persona dedicada a actividades públicas o que implican y requieren de la difusión misma tales como servidores públicos de cierta jerarquía, artistas de todo tipo, deportistas, comunicadores, etc.

Otro punto de discrepancia entre los juristas es el relativo a difusiones con fines lucrativos. Un gran sector doctrinal y una buena cantidad de textos positivos asimilan la imagen a los derechos de la propiedad intelectual o autorales, admitiendo que en cualquier

caso el uso de la imagen ajena habrá de limitarse a lo estrictamente autorizado, así como la posibilidad de - revocar en todo momento el consentimiento otorgado para tal efecto, sin perjuicio de la obligación de indemnizar derivada de tal revocación llegado el caso.

Goldschmit escribe que, no obstante que los derechos individuales siempre se han visto tutelados en - las Constituciones, tal protección ha sido únicamente frente al Estado, más ahora se evidencia la necesidad de ampliarlos incluso contra los ciudadanos que abusen al intervenir en dicha esfera individual, ya mediante su mayor fuerza numérica o económica generalmente organizada, ya a través de las modernas conquistas técnicas que facilitan las intromisiones. En este último caso, la jurisprudencia de la República Federal de Alemania ha resuelto que el reconocimiento constitucional - de un derecho general de la personalidad repercute sobre el derecho privado, pues aquél existe aun frente a los ciudadanos, por lo que su violación da lugar a una indemnización por concepto del daño moral causado.

Este derecho ha dado origen a muchos litigios, de ahí que su reglamentación sea cada vez más indispensable como lo han entendido ya muchos Estados del orbe.

La jurisprudencia moderna tiende a reconocer y tutelar el derecho sobre la propia imagen, fundándose sobre todo en factores de orden social. En este sentido tenemos lo siguiente:

10. Francia. "Teniendo en cuenta que la imagen de una persona o su retrato, obtenido de cualquier manera, no puede asimilarse a - las cosas que están en el comercio, considera que estas fotografías, salvo casos excep-

cionales, pertenecen al reproducido" (76).

2o. Alemania. "Todos tienen derecho a impedir una dañosa reproducción de su fisonomía, sin que sea lícito su publicación o divulgación" (77).

3o. Italia. "No se puede reproducir la figura de una persona sin su asentimiento, ni divulgar el retrato, porque cada individuo tiene la libre y exclusiva disposición del propio aspecto" (78).

Posteriormente, en sentencia de 1908, el propio Tribunal de Milán añade:

"Cada persona tiene un derecho exclusivo y absoluto sobre la propia imagen y, por consiguiente, facultad de impedir su reproducción y su venta" (79).

4o. Estados Unidos de Norteamérica. "No se permite usar para reclamo o comercio la fotografía de las personas vivas sin el consentimiento expreso de las mismas" (sentencia de la Corte de New York de 1923) (80).

Por otra parte, para Clavería Gonsálvez no es válido el sostener que la conducta de una persona determine que en algún momento su esfera reservada sea más pequeña que la de los demás. Así, no por el hecho de que una actriz o modelo haya posado desnuda en varias ocasiones, se le podrá fotografiar indefinidamente así sin su consentimiento. Cabe decir que en igual sentido se han manifestado los tribunales franceses a propósito del litigio entre la actriz Brigit Bardeaux y un fotógrafo profesional, quien la retrató en su propio do-

(76) Ochoa Restrepo, Guillermo.- Obra Citada.- Pág. 76.

(77) Ibidem.

(78) Ibid.- Págs. 76 y 77.

(79) Ibid.- Pág. 77.

(80) Ibidem.

micilio valiéndose de un teleobjetivo y argumentando que ella ya había posado desnuda con anterioridad. Por mi parte, también me adhiero a esta opinión, pues el aceptar lo contrario implicaría posibilitar la renuncia o la prescripción de este derecho de la personalidad, lo cual es rechazado unánimemente por la doctrina universal, misma que aclara que en todo caso sólo cabe ceder temporal y parcialmente alguno de sus aspectos y modalidades; es decir, se puede disponer de manera parcial, eventual y concreta ante ciertas personas de este bien de la personalidad, siempre que no se excluya la plena titularidad del derecho en el futuro, de ahí que la ley, la moral y el orden público modulen estos acuerdos, a fin de que tales cesiones no se hagan indefinidamente en el tiempo, a un número indeterminado de personas, etc.; por lo mismo, si bien estos actos dispositivos no deben revestir forma determinada, parece rechazable la forma tácita de estos actos.

Claro que muchos autores como Badenes Gasset solamente se refieren a las consecuencias que trae el perturbar el goce de este derecho. Así, apunta que es aplicable el Código Penal cuando la publicación o difusión de una fotografía o retrato signifique una injuria, además de que tal publicación o difusión sólo puede ser justificada por razones de interés general o científico, pero en este último caso la fotografía del "caso clínico" deberá ser anónima y publicarse en el ámbito profesional, lejos del gran público, aunque siempre habrá de recabarse el permiso del interesado si lo que se pretende publicar es la cara. Estima que un retrato humano es inembargable dado que, por encima



de su valor económico y artístico, siempre habrán de prevalecer los intereses humanos. Tampoco cuestiona la licitud del contrato cuyo objeto es posar ante un pintor o escultor, independientemente de su tipificación como "contrato de arrendamiento de servicios" o de "cesión del derecho de reproducir la figura o los rasgos característicos de la persona contratada como modelo", y de que se faculte o no al artista para la venta y reproducción.

En lo que sí tiende a darse un consenso doctrinal es en afirmar un absoluto derecho sobre la imagen de personas recientemente fallecidas a favor de sus parientes más cercanos o de sus herederos, dejando a éstos que decidan si permiten o no la exposición pública de la imagen del fallecido, como una muestra de respeto a su dolor, aunque siempre sin perjuicio de oportunas obligaciones por razones históricas, artísticas, etc. En este orden de ideas, la jurisprudencia francesa también justifica la ausencia de publicidad cuando así lo ameriten las circunstancias de la muerte.

Sin embargo, en Estados Unidos la tendencia es rechazar la existencia de un derecho sobre la imagen de personas fallecidas, debido al carácter personal de dicho derecho. Por su parte, el Proyecto Venezolano sí permite la publicación de la imagen de un difunto, siempre que se haga dentro de los 30 años posteriores a la muerte y que se cuente con el consentimiento del cónyuge superviviente y de los hijos, y en defecto de éstos el de ambos padres, el del adoptante o el de los cónyuges adoptantes.

No obstante, para justificar la no extinción inmó

diata de un derecho eminentemente personal con la muerte de su titular, algunos pretenden que la vida privada del fallecido finalmente es parte integrante de la vida privada de sus parientes más cercanos, lo que los faculta a procurar defender a toda costa su propia esfera privada identificada con la esfera de la familia.

Cabe aclarar que si quienes deben otorgar su consentimiento para publicar o difundir la imagen de un difunto no lo hacen, será necesario recurrir a la autoridad judicial para que ella decida la cuestión. Así pues, esta posibilidad equivale en cierto modo a la representación de la personalidad del difunto.

También se dice que en determinados casos, como ya se ha visto, es oponible al derecho a la intimidad un derecho a la publicidad; siendo titular de éste la colectividad, cada uno de cuyos miembros podrá ejercerlo. Tal situación está prevista en Alemania, Italia y resientemente en el Proyecto Venezolano, principalmente en lo relacionado con el derecho sobre la propia imagen, de modo tal que en su Artículo 13 se enumeran algunos casos en que puede difundirse la imagen de una persona sin contar con su consentimiento: imágenes de personas notorias por cualquier concepto; imágenes obtenidas accesoriamente al estar filmando o retratando un paisaje; imágenes tomadas en actos, sucesos o ceremonias de interés público, o que se hayan desarrollado en público; imágenes no hechas por encargo si sirven a fines superiores como el arte, la ciencia, etc.; imágenes publicadas por las autoridades o a pedido de éstas para fines de justicia y seguridad pública. No obstante, aun en tales supuestos la publicación no debe le-

sionar un interés legítimo de la persona respectiva.

Ahora bien, por las implicaciones que reviste, es interesante abundar un poco más acerca de la noción "persona notoria por cualquier concepto". En primer lugar, la notoriedad puede vincularse a la vida política, militar, deportiva, científica, artística y delictual. Asimismo, en Estados Unidos se distingue entre personas de la vida privada y personas de la vida pública, correspondiendo a este último grupo todas aquellas que conscientemente se exponen a la publicidad, lo que las hace objeto de un interés colectivo legítimo, el cual origina el derecho de la comunidad de ser informada, así como el derecho de la prensa de dar la información, no olvidando que ni siquiera ante tales circunstancias podrá lesionarse un interés legítimo, lo que sucedería, por ejemplo, si la imagen se utiliza para un comercial no autorizado o se incluye en una revista pornográfica sin consentimiento de su titular. Por otra parte, la notoriedad puede ser transitoria, como sucede con todos aquellos que intervienen en un proceso penal, o con quienes están relacionados con un suicidio o con un divorcio sensacional; por lo mismo, sólo en ciertos casos es posible, según los tribunales norteamericanos, refrescar la memoria pública cuando ya se haya olvidado el caso de que se trate por haber acontecido mucho tiempo atrás. Debe agregarse que ya priva el consenso de que una persona de la vida pública no puede oponerse a que su retrato sea publicado en libros o artículos sobre la actividad pública en cuestión: el de un boxeador en un reportaje de box. Así pues, tratándose de hombres públicos, los jueces deberán ser menos rigurosos al sancionar la publicación de

la imagen sin consentimiento del interesado. Además, en todo proceso los propios jueces deberán acoer con gran prudencia las pruebas que se les ofrezcan, ya que algunas de ellas son a veces obtenidas a costa de una violación de este derecho.

Clavería Gonsalbez estima que si bien la libertad de expresión halla su límite en el respeto a la intimidad de los demás, es conforme a derecho no obstante dañarla si el interés público lo requiere, pero sólo hasta la medida en que lo requiera. Asimismo, hace notar la conveniencia de distinguir el interés público en sentido estricto del interés de un cierto sector de los ciudadanos, que a veces no es más que una mera curiosidad o incluso morbosidad.

Pasando a otra cuestión, Morales Prats considera que la tipificación de delitos transgresores del derecho sobre la propia imagen debe atender a la incidiosidad del medio empleado para aumentar las penas, ya que no es lo mismo tomar una simple fotografía que hacer toda una filmación en forma. Asimismo, la acción típica puede consumarse de dos formas, siendo mucho más lesiva la segunda: una mera utilización de los instrumentos o artificios técnicos; su instalación motivada por un elemento subjetivo del injusto que es el ánimo de descubrir. También hace notar la conveniencia de evitar la creación de tipos indeterminados en cuanto a los medios, mismos que deben quedar limitados a aquellos que demuestren un inherente carácter incidioso; no obstante, debe evitarse una mera lista limitativa de dichos medios típicos adecuados, pues el vertiginoso desarrollo tecnológico pronto lo rebasaría. Incluso es

necesario establecer la tipificación de un delito complejo de montaje de imágenes y/o palabras para los supuestos en que estas acciones proporcionen una falsa apariencia de similitud con el sujeto, alternativa adoptada en el Código Penal Francés. Otro factor que debe tenerse en cuenta es no circunscribir la tutela a una esfera espacial determinada, con lo que se salva el peligro de una interpretación reduccionista.

El Derecho de Arena  
como una de sus Modalidades.

Puede decirse que Brasil fue el primer país que se preocupó por determinar la exacta naturaleza y los alcances del derecho de arena, a través de la Ley respectiva de 1973 como en seguida lo veremos.

Este tema encierra aspectos de alto interés, sobre todo cuando se considera que los medios de difusión envuelven muy ampliamente las actividades deportivas en general; por lo mismo, es cada vez mayor la tendencia de los atletas que buscan una participación más justa de los beneficios económicos resultantes de la difusión masiva de los espectáculos en que precisamente ellos son los protagonistas principales e indispensables.

Ahora bien, ¿por qué se le denomina a esta modalidad del derecho sobre la propia imagen "derecho de arena"? En materia deportiva, la arena es un lugar de lucha, de confrontación entre atletas, y precisamente a ello se debe la denominación de la institución que me ocupa, dado que su esencia es la imagen que se grava o difunde de los atletas en plena actuación.

Ya hemos visto que actualmente tiende a darse un consenso entre los tratadistas en el sentido de que los derechos de la personalidad se sitúan en la esfera del derecho privado; no obstante, existen normas de derecho público relativas a delitos contra bienes objeto de algunos de estos derechos. Es así como el juez brasileño Doreste Baptista, en Río de Janeiro, respecto al derecho sobre la propia imagen, sentenció que éste era asimilable al derecho autoral, de manera que el uso del nombre y la imagen de un atleta profesional sin su consentimiento en propagandas comerciales, independientemente de que la imagen incluya o no los trofeos obtenidos, la portación de la indumentaria propia del deporte de que se trate o las efígies de otros atletas, da lugar a una indemnización aun cuando el ordenamiento jurídico no dijera nada al respecto, ya que el nombre y la imagen son derechos de la personalidad inmanentes por excelencia de la condición humana, de ahí que no desaparezcan totalmente, ni siquiera en tratándose de personajes célebres o notables.

Así pues, no se debe emplear la imagen de nadie, y mucho menos la de un atleta sin su consentimiento; no obstante, si la persona retratada ha fallecido, la familia la deberán dar sus sucesores legítimos más cercanos o quien haya recibido algún encargo expreso del difunto en tal sentido, siempre que la intención sea realizar una exposición pública de dicho retrato, consentimiento que si bien podría rescindirse, en todo caso justifica una indemnización pecuniaria.

Los atletas, en general, son personas revestidas de notoriedad, y los espectáculos o competencias en

que se muestra su preparación encierra un interés social. En principio no habría problema alguno, por lo mismo, para realizar transmisiones televisivas o cinematográficas de los espectáculos deportivos, ya que la naturaleza social de estos eventos limitaría este particular derecho de la personalidad de los atletas participantes; sin embargo, el legislador brasileño no restringió el derecho a la imagen de los atletas, pues ante todo se configura plenamente dicho derecho bajo el rubro de "derecho de arena". Es así como el Artículo 100 de la ley 5988 de 1973 dispone que a la entidad a que esté vinculado el atleta pertenece el derecho de autorizar o prohibir la fijación, transmisión o retransmisión, por cualquier medio o proceso, de un espectáculo deportivo público con entrada pagada. Pero incluso el propio legislador fue más allá, puesto que se preocupó por señalar la retribución para los atletas por la difusión masiva de los eventos deportivos: Salvo convenio en contrario, el 20% del precio por la autorización será distribuido en partes iguales entre los atletas participantes en el espectáculo.

Como se ve, el derecho de arena específicamente es el derecho del atleta en relación al binomio imagen-espectáculo deportivo público con entrada pagada. Así pues, nada tiene que ver el derecho de arena con los derechos de autor, objeto y causa de la Ley Brasileña que lo regula desde 1973, la cual presupone una creación intelectual; por consiguiente, es absurdo situar al derecho de arena como un derecho conexo a los de autor.

Se ha dicho que es singular el modo por el cual

el legislador brasileño reglamentó el derecho de arena, sobre todo porque no se olvidó de tutelar el interés social que envuelve a esta materia a través de las limitaciones del derecho a la imagen. Así, si se interpreta el Artículo 100 citado a contrario sensu, se encuentra que, en caso de tratarse de un espectáculo deportivo público en el que no se cobrase la entrada, la fijación, transmisión o retransmisión del mismo serán libres y sin la obligación de dar una contraprestación a la entidad a que estuviera vinculado el atleta; esto es, dicha entidad no puede prohibir la filmación, transmisión o retransmisión del espectáculo, ni tampoco cobrar a la persona o empresa que lo haga.

Se aclara que lo dispuesto en dicho Artículo 100 no se aplicará a la fijación de partes del espectáculo cuya duración en conjunto no exceda de tres minutos, siempre que sea para fines exclusivamente informativos de la prensa escrita, televisiva o cinematográfica. Obviamente que la conveniencia de esta disposición es innegable puesto que, debido a la técnica de hoy en día, no basta con la simple información, sino que también se hace necesario ilustrar el acontecimiento de que se trate, fijando en este caso el evento deportivo en lo que a su imagen se refiere; por lo mismo, el restringir la posibilidad de ilustrar una noticia equivaldría a una restricción al derecho de información.

Por otro lado, nadie desconoce que la naturaleza humana exige un mínimo de seguridad material, la cual conlleva tanto la propia protección de su persona como la posibilidad de encontrar un empleo remunerado. Es por ello que, si bien el derecho de arena es una espe-



cie del derecho a la imagen, aquél no se ve afectado por todas las limitaciones que envuelven a éste, salvo la expresa previsión legal, que por cierto era innecesaria, en el sentido de que la fijación de un espectáculo deportivo público oneroso en base a intereses de justicia, didácticos o culturales, sí es permitida.

Ahora bien, como ya se vio, la Ley dispone que corresponde a la entidad a que estuviese vinculado el atleta el derecho de autorizar la fijación, transmisión o retransmisión del evento deportivo; es decir, tal tributo no stañe al atleta directamente. En este punto fue práctico el legislador porque, por ejemplo, el recabar la anuencia de todos y cada uno de los jugadores de un equipo de foot ball podría tornarse problemático e incluso inoperante y lesivo para los intereses de los atletas puesto que, al tratar éstos directamente con el interesado en la fijación, transmisión o retransmisión del espectáculo, serían fáciles víctimas de dichos poderoso empresario, quien les impondría condiciones desventajosas en lo individual por el sólo hecho de contratar de igual a igual, de persona a persona; es decir, a menos que se tratase de un atleta realmente connotado a nivel internacional, la ausencia de cualquiera de ellos en el evento colectivo finalmente sería irrelevante, mientras que la ausencia de todo un equipo o de un deportista si se trata de un espectáculo individual o de dos (patinaje o enfrentamiento boxístico) sí podría acarrearle graves perjuicios económicos al empresario interesado en el evento.

No obstante, el problema se complica cuando el atleta no es sindicalizado. En principio, la idea es

que todo atleta debe afiliarse a la entidad a la que pertenezca o a su sindicato para participar de tales beneficios económicos; sin embargo, hasta ahora dicha filiación no es obligatoria, por lo que la solución más justa es que el atleta no afiliado o sindicalizado tenga el mismo derecho que los que sí lo están, más siempre tendrá la desventaja de no contar con la asistencia y el apoyo que un órgano de esta clase pudiera proporcionarle, asistencia jurídica, médica o de otra especie, garantías todas derivadas de la sindicalización. Desde luego que ninguna ley puede obligar a nadie a sindicalizarse, de ahí que el Artículo 100 de la Ley multicitada se haya inclinado por el término "vinculado" y no "sindicalizado", dado que aquél denota "estar ligado por cualquier modo".

Normalmente la televisión debería pagar este derecho de arena a los jugadores, siempre que la transmisión fuese vendida, no obstante, tal pago le ha de corresponder hacerlo al empresario que compra la transmisión del espectáculo deportivo.

Ha de señalarse, para finalizar, que no basta con que la ley de la materia se preocupe por beneficiar a los atletas y a sus organizaciones, sino que también es conveniente que los beneficios alcancen a los clubes o equipos a que pertenecen los propios atletas. Sin embargo, otros muchos consideran que ello no es conveniente, necesario ni justo, ya que los equipos obtienen jugosas ganancias con la venta de los boletos para presenciar el espectáculo; es más, su participación en el derecho de arena tal vez encarecería el costo de la fijación, transmisión o retransmisión del es-

pectáculo, e incluso podría poner frente a frente al club y al jugador, así como desanimar al eventual interesado en la difusión masiva del evento deportivo. Y en última instancia, quienes originan la imagen son los atletas y no el club en sí.

Obviamente que cualquier ley que regule el derecho de arena no tendrá por qué distinguir la naturaleza intrínseca de la práctica deportiva, de suerte que las normas resultantes les serán aplicables a todos los eventos deportivos públicos y con entrada pagada.

#### Legislaciones que lo han Regulado.

Nuevamente he de hacer hincapié en que no me será posible analizar la totalidad de las disposiciones de la materia en el orbe, ni siquiera referirme a todas ellas, por lo que únicamente citaré las que considero son las más relevantes, ya por las novedades que introducen, ya por su sistematización o especialización.

Por principio de cuentas es interesante saber que sólo tres países cuentan con una ley especial para esta materia: Noruega, Suecia y Dinamarca. Asimismo, únicamente España e Italia la incluyen en el ámbito del Derecho Civil.

**NORUEGA.**— Su ordenamiento relativo se denomina Ley Relativa a los Derechos Sobre Fotografías, incluida entre sus ordenamientos autorales.

Su Artículo 10. concede a quien haga una fotografía la exclusividad respecto al uso y a la explotación de la misma.

Por su parte, su Artículo 30. concede el mismo derecho sobre fotografías hechas por encargo a quien las encargó. En tratándose de retratos fotográficos, supe-

dita el ejercicio de dicho derecho al consentimiento de la persona retratada.

El Artículo 4o. consagra el derecho de edición sobre colecciones de fotografías, mismo que no excluye el derecho sobre las imágenes individuales.

El Artículo 5o. permite las reproducciones para mero uso personal y sin fines de lucro, así como las hechas en libros para uso escolar o para fines científicos.

El Artículo 6o. reitera que es indispensable el consentimiento de la persona retratada para llevar a cabo cualquier acto que tenga que ver con su fotografía.

Son particularmente importantes los Artículos 7o. y 8o. de esta Ley:

Artículo 7o. "Podrán reproducirse, distribuirse y exhibirse sin el consentimiento de la persona retratada:

1o. Retratos de interés actual y general.

2o. Fotografías en que la persona retratada aparezca en forma incidental respecto de otro asunto.

3o. Fotografías de asambleas, de procesiones al aire libre y de asuntos y sucesos de interés común".

Artículo 8o. "Los retratos podrán reproducirse, distribuirse y exhibirse en interés de la administración de justicia y de la seguridad pública sin el consentimiento del propietario del derecho exclusivo ni de la persona retratada".

El Artículo 9o., por su parte, consagra y reglamenta la cesión de derechos en esta materia.

El Artículo 10 da la vigencia del derecho exclusivo: hasta 15 años después del último día del año en que fallezca el propietario original, o el último titu

lar sobreviviente si el derecho pertenece a varias personas conjuntamente. Remite el derecho a las reglas generales sobre sucesiones mortis causa.

El Artículo 11 señala las sanciones (multa e indemnización) por infringir esta Ley, misma que incluso protege a fotografías tuteladas en el extranjero, independientemente de que haya habido de por medio culpa o negligencia.

Los Artículos 15 y 16 se refieren a quiénes, cómo y cuándo podrán deducir las acciones derivadas de esta Ley.

Consta de 19 Artículos y entró en vigor a partir de 1910, abrogando la Ley del 12 de mayo de 1877 sobre la Protección de Fotografías.

SUECIA.- Cuenta con la Ley No. 383 de 1919 Relativa a los Derechos Sobre Fotografías.

Su Artículo 10. consagra los derechos sobre imágenes obtenidas mediante fotografía u otro procedimiento similar al igual que su Artículo 20.

El Artículo 30. autoriza la libre reproducción de una fotografía siendo para uso personal.

El Artículo 40. permite la reproducción de fotografías para ilustrar obras científicas o didácticas.

Los Artículos 50. y 60. aluden a la cesión del derecho. Agregan que la titularidad del derecho de una fotografía encargada corresponde a quien la encargó.

El Artículo 70. se refiere a la duración del derecho: hasta 15 años posteriores a aquel en que la fotografía fue editada por primera vez, o a aquel en que falleció el titular del derecho si no hubo edición.

Los Artículos 80. al 12 aluden a la responsabili-

dad.

Esta ley entró en vigor el 10. de enero de 1920, abrogando a la Ley del 28 de mayo de 1897 Sobre Derecho de reproducción de Fotografías. Cuenta con 15 Artículos.

ESPAÑA.- Se tiene la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, publicada con fecha 14 de mayo de 1982 por el B. O. E., habiendo sido promulgada el cinco de mayo. Se apoya en el párrafo primero del Artículo 18 de la Constitución de 1980:

"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

Asimismo, el párrafo 4o. del Artículo 20 Constitucional fija como especial límite a las libertades de expresión, cátedra e información el respeto a dichos derechos.

Esta Ley Orgánica ofrece en su Artículo 7o. una lista muy amplia de las intromisiones que se consideran como ilegítimas: el empleo de aparatos de escucha o filmación para captar la vida íntima de una persona y sus manifestaciones privadas; la reproducción de una imagen o la utilización de ésta con fines publicitarios o comerciales; etc. Y al final se dispone:

"Se garantiza la protección ante la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena".

En el Artículo 8o. se aclara que no se consideran intromisiones ilegítimas las actuaciones emanadas de autoridad competente y acordes con la ley, ni aquellas en que predomine un interés histórico, científico o

cultural relevante. Más adelante postula:

"El derecho a la propia imagen no puede alegarse cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la captación se realice en un lugar público".

En la parte final del último Artículo de la Ley, el 90., se consagra una presunción juris et de jure a todas luces acertada:

"Hay perjuicio siempre si se acredita la intromisión ilegítima".

ITALIA.- El Artículo 10 de su Nuevo Código Civil de 1948 establece:

"Cuando la imagen de una persona o de sus padres o del cónyuge o de los hijos menores de edad sea expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o publicación es consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o la reputación de la persona misma o de sus dichos parientes, la autoridad judicial, a instancia del interesado, puede disponer que cese el abuso sin perjuicio del resarcimiento de los daños".

JAPÓN.- El Artículo 23 de su ley autoral consigna el plazo de duración del derecho de autor sobre una fotografía: 10 años a partir del principio del año siguiente a aquel en que se publicó originalmente la obra, o a aquel en que se hiciere el negativo.

Su Artículo 24 concede al autor de una obra literaria o científica el derecho de autor sobre las fotografías en ella incertas.

El Artículo 25 concede a quien encarga un retrato fotográfico el derecho de autor sobre aquél.

En su Artículo 26 hace extensivas las disposiciones relativas a fotografías a las demás obras producidas por procedimientos análogos.

DINAMARCA.- Al igual que Noruega y Suecia, también cuenta con un ordenamiento específico para la materia: Ley relativa a la Protección de Imágenes Fotográficas.

En su Artículo 1o. concede el derecho exclusivo para reproducir o exhibir públicamente una imagen fotográfica a quien la haga.

Su Artículo 5o. autoriza la libre reproducción de fotografías sólo para uso personal.

A su vez, el Artículo 6o. permite que los archivos, bibliotecas y museos hagan libremente ejemplares de una fotografía para la mejor consecución de sus fines.

Asimismo, el Artículo 7o. extiende la anterior autorización para el caso de ilustrar textos científicos, didácticos o periodísticos.

El Artículo 12 prescribe lo siguiente:

"Salvo pacto en contrario, el derecho sobre una imagen fotográfica hecha por encargo pertenecerá a la persona que la haya encargado. Sin embargo, si dicha persona no lo prohíbe, el fotógrafo podrá exponer la imagen con fines publicitarios, según las costumbres de la profesión.

El que haya encargado un retrato fotográfico podrá, aun cuando el fotógrafo se hubiere reservado el derecho general sobre dicha imagen, hacer reproducir el retrato en un periódico, revista o cualquier otra publicación de carácter biográfico, a menos que el fotógrafo se haya reservado expresamente ese derecho especial.

Las disposiciones de los dos párrafos precedentes no implicarán reserva alguna al derecho del fotógrafo en virtud del Artículo 2o."

El Artículo 13 aclara que, en interés de la justi



cia y la seguridad pública, es lícita la utilización de cualquier fotografía.

El Artículo 15 consagra el plazo de protección: 25 años a contar desde el año civil siguiente al de la producción de la imagen fotográfica.

Los Artículos 16 al 19 aluden a las infracciones, sanciones y procedimientos.

Los Artículos 20 y 21 especifican los ámbitos espacial, material y personal de la ley.

Esta Ley entró en vigor el 10. de octubre de 1961, quedando abrogada la Ley No. 131 del 13 de mayo de 1911. La vigente consta de 22 Artículos.

PEKÚ.- El Artículo 56 de la Ley Sobre Derecho de Autor consagra el amparo a obras fotográficas y el derecho exclusivo del fotógrafo de reproducirlas, exhibirlas, publicarlas y venderlas.

El Artículo 57, inciso a) dispone:

"El derecho exclusivo del fotógrafo no comprende:

a) Las fotografías realizadas en cumplimiento de un contrato de empleo, en cuyo caso el derecho exclusivo corresponde al empleador;"

El Artículo 58 lista los requisitos de las fotografías para gozar del amparo de la ley.

Por último, el Artículo 59 se refiere a la cesión del derecho.

LIECHTENSTEIN.- Su ordenamiento aplicable es la Ley relativa al Derecho de Autor Sobre Obras de Literatura y Arte.

En su Artículo 20. se consagra la protección a obras fotográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía.

El Artículo 30. se refiere a la protección de las colecciones, sin perjuicio de los derechos de autor correspondientes a cada una de las obras particulares que reunan.

LIBANO.- El Artículo 153 de su ley autoral protege a las obras fotográficas o que provengan de un procedimiento análogo a la fotografía, durante 50 años a contar desde el día de su publicación.

PAISES BAJOS.- El Artículo 18 de su ley autoral señala que no es infracción del derecho de autor la reproducción de una fotografía que se exhiba permanentemente en la vía pública.

Es de interés el Artículo 19:

"La reproducción de un retrato por o en nombre de la persona retratada, o después de su muerte por o en nombre de sus parientes, no se considera infracción del derecho de autor.

Si un retrato incluye las imágenes de dos o más personas, cada una de ellas, para reproducirlo íntegramente, necesitará el consentimiento de las otras personas retratadas o el de sus parientes durante los diez años posteriores a su fallecimiento.

El término parientes significará los padres, el cónyuge y los hijos.

La publicación de un retrato fotográfico en un periódico o publicación periódica por o con el consentimiento de una de las personas especificadas en el primer párrafo de este Artículo no se considerará infracción del derecho de autor siempre que se indique el nombre del fotógrafo si éste figura en o cerca del retrato.

Este Artículo se aplicará a los retratos encargados por o en nombre de las personas retratadas".

Y no menos importantes son los Artículos 20 y 21:

Artículo 20. "Salvo pacto en contrario,

el titular del derecho de autor sobre un retrato no estará autorizado a publicarlo sin el consentimiento de la persona retratada o, durante los diez años posteriores a su defunción, sin el consentimiento de sus parientes.

Cuando un retrato incluya las imágenes de dos o más personas, para reproducirlo íntegramente se necesitará el consentimiento de todas las personas retratadas o el de sus parientes durante los diez años siguientes a su fallecimiento.

Los párrafos tercero y último del Artículo precedente se aplicarán a estos casos".

Artículo 21. "Si un retrato ha sido hecho sin ser ordenado por o en nombre de la persona retratada, el titular del derecho de autor no podrá divulgarlo pública y lícitamente, a menos que la persona retratada o, después de su defunción, uno de sus parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado en línea directa o colateral, o su cónyuge, no tuviere razón legítima para oponerse a su divulgación".

El Artículo 22, por su parte, permite la reproducción, exposición y distribución de cualquier retrato para fines policíacos, de interés o de seguridad pública, siempre que lo ordene una autoridad judicial.

REPUBLICA FEDERAL ALEMANA.- El Artículo 15 de su ley autoral concede al autor el derecho exclusivo de reproducir, distribuir o exhibir comercialmente su obra mediante dispositivos ópticos o mecánicos, incluyendo la copia o imitación.

Cobra relevancia especial el Artículo 18, el cual permite la reproducción de una obra para uso propio, siempre que se haga gratuitamente. Agrega que si el retrato constituye una obra plástica (obra de arte), la reproducción fotográfica podrá, añade el Artículo, ha-

cerse mientras viva su autor.

El Artículo 19 permite la reproducción, divulgación e inclusión de obras sueltas en creaciones científicas o didácticas, pero sólo para aclarar su contenido y siempre que las obras se exhiban públicamente de modo permanente.

El Artículo 20 permite la reproducción por medio de la pintura, del dibujo o de la fotografía de obras situadas permanentemente en carreteras, calles o plazas públicas, así como la distribución y exhibición de tales reproducciones.

Otro Artículo, el 21, prohíbe que en las reproducciones se hagan modificaciones a la obra original.

Destaca por su contenido el Artículo 22:

"Los retratos sólo podrán ser difundidos o expuestos al público con el consentimiento del retratado. En caso de duda se considerará que el consentimiento fue concedido si el retratado recibió una retribución por dejarse retratar. Después del fallecimiento del retratado se necesitará el consentimiento de sus familiares hasta que transcurran diez años desde dicha defunción. Los familiares a estos efectos son el cónyuge y los hijos del retratado y, en defecto de cónyuge e hijos, los padres del mismo".

Otro Artículo esencial es el 23:

"Podrán ser distribuidas y expuestas sin el consentimiento exigido por el Artículo 22 las siguientes obras:

1. Retratos del dominio de la historia contemporánea.
2. Cuadros en que las personas aparecen únicamente como elementos secundarios en paisajes u otras escenas.
3. Cuadros de reuniones, procesiones y similares en que las personas representadas hayan tomado parte.
4. Retratos no realizados por encargo

en cuanto su difusión o exposición sirva a un alto interés artístico.

No obstante, esta disposición no se aplicará a las distribuciones o exposiciones que puedan lesionar algún interés legítimo del retratado o, cuando ésta haya fallecido, de sus familiares".

El Artículo 24 consagra la libre reproducción, difusión o exposición pública de retratos para los fines de la administración de justicia o de la seguridad pública.

El Artículo 26 alude a la duración de la vigencia de estos derechos: 25 años tras la aparición de la fotografía, o tras la muerte del autor si no ha aparecido aún.

VENEZUELA.- Su cuerpo legislativo conducente es la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo Artículo 20.-V señala que la propiedad intelectual comprende obras artísticas tales como pinturas, grabados, dibujos y fotografías, así como de escultura.

El Artículo 162 alude al derecho exclusivo del fotógrafo de reproducir, hacer circular y editar sus obras fotográficas por cualquier medio.

El Artículo 163 explica la forma de reservarse el correspondiente derecho de propiedad intelectual.

Su Artículo 164 indica la duración del derecho: 10 años prorrogables hasta otro tanto, contados a partir del primer día del siguiente año a aquel en que se haya verificado el registro.

El Artículo 167 extiende estas reglas a las obras obtenidas por cualquier procedimiento análogo a la fotografía.

Son particularmente importantes los siguientes:

Artículo 168. "La propiedad intelectual del retrato o del busto encargados corresponde al mandante y a sus herederos o causahabientes, salvo pacto en contrario".

Artículo 169. "El propietario del derecho intelectual sobre el retrato o el busto, puede ejercer las siguientes atribuciones:

1a. Prohibir la reproducción del retrato o del busto.

2a. Impedir su exhibición y exposición pública siempre que estos hechos constituyan una ofensa a su personalidad.

3a. Reivindicar la propiedad material del retrato o del busto en los casos legalmente posibles.

La reproducción, exhibición o exposición del retrato o del busto de una persona hechas sin el consentimiento de ésta o de sus herederos o causahabientes se castigará de acuerdo con las disposiciones del título XII de la presente ley".

Artículo 170. "Los derechos enumerados en el Artículo precedente pasan a los herederos del mandante".

Artículo 171. "Al artista corresponde la propiedad de los bocetos o pruebas de los retratos y los moldes o matrices de los bustos que le fueron encargados; pero no podrá reproducirlos ni emplearlos de manera que cause perjuicio moral o material al comitente. Si lo hiciere será penado de acuerdo con las disposiciones del título XII de la presente ley".

SUIZA.- También se aplica a esta materia su ley autoral;

Artículo 29. f). "De la imagen encargada de una persona.- Será lícita la reproducción de la imagen de una persona realizada previo encargo de ésta cuando dicha reproducción sea hecha por la persona representada, por su cónyuge, ascendientes o descendientes o por orden de estas personas.

Salvo convenio en contrario, la persona representada podrá autorizar, aun sin el con

sentimiento del titular del derecho de autor, la reproducción de su imagen en libros, revistas u otras publicaciones que no constituyan una edición de ejemplares aislados de la reproducción. Si la persona representada ha fallecido o si no se halla en estado de autorizar la reproducción, su cónyuge, sus hijos, sus padres o sus hermanos podrán hacerlo en su lugar; pero este derecho sólo pertenecerá a las personas de uno de los grupos anteriormente mencionados en el caso de que las personas del grupo precedente no se encuentren en situación de ejercerlo".

Artículo 30. g). "De obras de artes aplicadas o de fotografías.- Será lícita:

1o. La reproducción, en libros editados para la enseñanza y designados expresamente como manuales escolares, de obras de artes figurativas o de fotografías dadas a conocer públicamente, siempre que sirvan para ilustrar el texto, debiendo indicarse claramente su fuente. No se autorizará la reproducción manifiestamente abusiva.

2a. La reproducción en los catálogos editados por la Administración de una colección pública de obras de artes figurativas o de fotografías tomadas de ejemplares que se encuentren de una manera estable en esa colección.

3o. La reproducción de obras de arte figurativas o de fotografías, tomada de ejemplares que se encuentren de una manera estable en vías o plazas públicas; no obstante, será ilícito ejecutar de nuevo una obra de arquitectura. En todo caso, la reproducción no deberá obtenerse ni por medio de la escultura ni por el modelado, ni deberá ser utilizada para el mismo fin que el ejemplar reproducido".

Artículo 35. V. "Derecho al respeto de la personalidad con respecto a una imagen en cargada.- Salvo convenio en contrario, los ejemplares de la imagen de una persona hecha por encargo de ésta no podrán ser puestos en circulación ni entregados a la publicidad

sin la autorización de la persona representada. Si la persona representada hubiera fallecido o si no pudiese ser consultada, la autorización deberá solicitarse de su cónyuge, de sus hijos, de sus padres o de sus hermanos; pero el derecho de concederla sólo pertenece a las personas de uno de los grupos antes mencionados cuando las personas del grupo precedente no se hallen en situación de ejercerlo.

Esta disposición no es aplicable cuando dicha imagen se pone en circulación o se entrega a la publicidad por las autoridades en interés de la justicia".

#### Análisis y Crítica de la Normatividad Vigente en México.

En nuestro país la única referencia concreta a esta materia está contenida en el Artículo 16 de la Ley Federal de Derechos de Autor; por consiguiente, este es el principal cuerpo normativo al respecto, junto con algunas otras disposiciones indirectamente aplicables de Códigos como el Civil y el Penal. Así pues, haré en seguida un breve recorrido por los preceptos operantes de la ley en cuestión. Sin embargo, como existen serias dudas acerca de la constitucionalidad de dicha ley, por principio de cuentas convendrá citar las razones que Gutiérrez y González sostiene para tacharla de inconstitucional:

1a. Hasta 1947 todo lo relativo a derechos de autor correspondía a los Códigos Civiles de los Estados por no tratarse de una materia reservada a la Federación.

2a. En relación con lo anterior, el Artículo 124 de la Constitución claramente dispone que todo lo que



no esté expresamente concedido a la Federación, se entiendo reservado a los Estados. Así las cosas, si bien el Artículo 28 de la propia Constitución prohíbe la existencia de monopolios en el país, con excepción de los que en la misma norma se preven, ni en éste ni en el Artículo 73 del mismo ordenamiento se menciona la facultad del legislador federal para dictar leyes federales en materia autoral.

3a. Hay quienes pretenden fundamentar dicha inexistente facultad del Congreso Federal en las fracciones XXX y X del Artículo 73 Constitucional, ya que ésta se refiere a la cinematografía, la cual se sustenta en argumentos y obras autorales; no obstante, además de que el actual contenido de dicha fracción X no es el original, sino que data del 18 de enero de 1935, fecha en que ya regía plenamente el Código Civil de 1928 que reglamentaba la materia autoral, las facultades "implícitas" del Congreso derivadas de la fracción XXX sólo operan con relación a las atribuciones ya expresamente conferidas.

4a. Tanto el Artículo 10. como la exposición de motivos de la ley autoral mexicana determinan que ésta es reglamentaria del Artículo 28 Constitucional, más no por ello alcanza el rango de federal, puesto que entonces, por poner un ejemplo, lo relacionado con profesiones también tendría que ser de esa índole.

5a. Otros defienden el pretendido carácter federal de esta ley apoyados en que la misma tiene antecedentes en diversos tratados de la materia celebrados por nuestro país, máxime que las Entidades Federativas no pueden concertar tratados; sin embargo, de la jerar

guía normativa dada por el Artículo 133 Constitucional (Constitución; leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen; tratados que estén de acuerdo con la misma), se desprende que los tratados serán ley siempre que no contraven~~gan~~ al propio Código Político, y en este caso sí lo contravienen desde el momento en que el presidente carece de competencia constitucional para celebrarlos, ya que se funda en una Ley que indebidamente el Congreso de la Unión determinó como Federal. Por lo demás, no todo lo que es materia de un tratado tiene necesariamente un carácter Federal, pues tenemos el caso, por citar alguno, del Protocolo firmado por México sobre "Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Mandatos", publicado en el Diario Oficial de la Federación del tres de diciembre de 1953, a pesar de lo cual dicha materia sigue siendo regulada por los Códigos Civiles de todas las Entidades Federativas.

Por todo lo anterior, esta Ley sólo debe regir para el Distrito Federal de conformidad con el Artículo 73, fracción VI, de la Constitución. Ahora bien, si se desea que prevalezca el carácter Federal:de la materia, habrá que reformar la Constitución para darle al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de derechos de autor para todo el país.

Ya en cuanto al contenido de la multicitada Ley, la misma consta de 11 capítulos y seis artículos transitorios. Los mencionados 11 capítulos son los siguientes: Del Derecho del Autor; Del Derecho y de la Licencia del Traductor; Del Contrato de Edición o Reproducción; De la Limitación del Derecho de Autor; De los Derechos Provenientes de la Utilización y Ejecución Pú-

blica; De las Sociedades de Autores; De la Dirección - General del Derecho de Autor; De las Sanciones; De las Competencias y Procedimientos; Recurso Administrativo- de Reconsideración; Generalidades.

CAPITULO I. DEL DERECHO DEL AUTOR.- Comprende de los Artículos 10. al 31.

Artículo 10. Señala la índole de la Ley y de su contenido, así como su objeto:

"La presente ley es reglamentaria del - Artículo 28 Constitucional; sus disposiciones son de orden público y se reputan de interés social; tiene por objeto la protección de los derechos que la misma establece en beneficio del autor de toda obra intelectual o artística y la salvaguarda del acervo cultural de la Nación".

Por principio de cuentas, Loredó Hill apunta lo siguiente:

"El jurisconsulto argentino Hugo Alsina, definió al orden público como el conjunto de normas en que reposa el bienestar común y ante el cual ceden los derechos de los particulares.

Interés social, es la necesidad que tiene el Estado de que se respete y proteja a una determinada clase desvalida, del abuso de otra" (81).

Y según el alemán Gustavo Radbruch, el derecho social:

"Consiste en un conjunto de normas imperativas, que garantizan los derechos de bien estar y regulan aquellas relaciones entre grupos sociales, de los cuales uno se encuentra en condiciones de inferioridad" (82).

---

(81) Loredó Hill, Adolfo.- "Derecho Autoral Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- Primera Edición, 1982. Págs. 65 y 66.

(82) Ibid.- Pág. 66.

Por otro lado y como puede verse, ya desde el mismo Artículo 1o. la Ley clasifica a las obras en intelectuales y artísticas, de manera que todos aquellos que alcancen su protección deberán ser autores de alguna creación que pueda incluirse en cualquiera de estas dos categorías. Y ya aquí surge el primer problema capital: ¿la imagen que toda persona proyecta de sí puede ser considerada como una obra?; en caso de ser la respuesta afirmativa, ¿qué tipo de obra sería?.

El Diccionario señala que obra es toda cosa producida por un agente. Asimismo, el término "producir" se aplica a las obras de la naturaleza y por extensión, a las del entendimiento. De lo anterior podemos inferir lo siguiente:

a) Lato sensu sí cabe considerar a la imagen de alguien como una obra, dado que deriva del hombre mismo, el cual a su vez es la creación más perfecta de la naturaleza.

b) Sin embargo, en sentido estricto no hay tal acoplamiento de conceptos puesto que, si bien la imagen en cuestión emana del ser humano, no proviene de su intelecto, de su actividad volitiva, sino que es un mero reflejo de su ser físico.

c) Como la ley autoral pretende proteger las creaciones de la inteligencia humana exclusivamente, la tutela que en ella se concede a la imagen del hombre carece de todo fundamento por más que algunos pretendan lo contrario.

d) Más como debemos ajustarnos a la realidad vigente, lo cierto es que la mayoría de las leyes autorales sí consideran a la imagen como una obra o creación

y la ubican en el campo de lo artístico.

Como puede verse, no es posible afirmar que la imagen de alguien sea creación de sí mismo, pues él y su imagen surrieron a la par o, si se prefiere, la imagen es una emanación, una proyección de su cuerpo. Es de luego que una fotografía, por poner un ejemplo, es la obra de un fotógrafo, pero la ley contempla ambas hipótesis como se verá en su oportunidad; es decir, otorga su protección tanto al fotógrafo como a la persona retratada.

Artículo 20. Hace referencia a los derechos autorales reconocidos y amparados por la ley, tanto morales como patrimoniales.

a) El reconocimiento de su calidad de autor. Este es el principal derecho moral de autor pero, supuesto que antes manifesté que no es posible considerar válidamente a un individuo como autor de su propia imagen, puede decirse que en este caso el derecho consiste en el reconocimiento por la colectividad de que cada sujeto es el único generador de su propia imagen, de ahí que él sólo tenga derecho sobre la misma.

b) Oponerse a cualquier alteración de su obra, perpetrada sin su autorización. Este es otro de los derechos morales de autor y su aplicación a la materia que nos ocupa resulta inobjetable, dado que por regla general el primer contacto que se tiene con una persona es a través de su imagen, y la primera impresión que ésta nos dé suele ser decisiva en cuanto al trato que en el futuro habremos de darle. Ahora bien, con lo anterior no se está diciendo que la imagen es el más importante valor del ser humano; es más, estoy

plenamente conciente de que el hombre posee muchos otros valores superiores que son los que debían normar el criterio de los demás para juzgar a cada cual; no obstante, lo cierto es que, al menos en principio, en la práctica no sucede así y sí en cambio nos dejamos guiar por el aspecto externo de los que nos rodean.

La anterior afirmación se comprueba y actualiza todos los días en los centros de trabajo, puesto que un requisito sine qua non para poder obtener alguno de los empleos que se ofrecen es tener "una buena presentación", exigencia que en algunos casos supera incluso a la necesidad de poseer determinados conocimientos mínimos.

Ya para finalizar con este punto, he de citar una sentencia popular que bien puede resumir todas las ideas atrás vertidas: "Como te ven te tratan".

Ahora bien, en cuanto a estos dos derechos morales, no patrimoniales o personalísimos del autor se dice que, al crear una obra, surge entre ésta y su creador una relación de causa-efecto; además, todas las obras de arte reflejan en alto grado la personalidad y la manera de ser de su autor, pues éste proyecta y objetiva en aquélla sus más peculiares características personales y espirituales; por consiguiente, ese conjunto de relaciones espirituales y personales entre un autor y su obra y las consecuencias que de ella se derivan constituye dichos derechos morales de los autores. Y si esto caracteriza tanto al ser humano como a su producción intelectual o artística que al fin y al cabo es voluntaria, con mucha mayor razón es aplicable a todo individuo y a la imagen que de él emana, inde-

pendientemente de su voluntad, pues la identificación es tal que incluso uno y otro podrían llegar a confundirse o a unificarse en un todo indisoluble.

c) Uso o explotación temporal de la obra con propósitos de lucro. Es el derecho patrimonial de autor por excelencia y se deriva de su reconocimiento como autor; por tanto, toda persona que quiera y encuentre la manera de explotar su imagen podrá hacerlo libremente aunque, por supuesto, sin trasponer los límites implantados por la moral operante en la colectividad y dentro de lo que las leyes consideren como lícito. Así, aun cuando en nuestro país ya circulan publicaciones en que aparecen imágenes de personas desnudas, actualmente no sería posible que alguien pretendiera exhibirse totalmente desnudo en algún sitio público común, independientemente de que se diera o no el propósito de lucro.

Artículo 3o. Enuncia las características de los derechos morales de autor: inseparables de la persona; perpetuos; inalienables; imprescriptibles; irrenunciables. Sin embargo, aclara que cabe la transmisión mortis causa de su ejercicio. Creo, por mi parte, que este precepto ya no amerita mayores comentarios, desde el momento en que la esencia de su contenido ya ha sido analizada al tratar lo relativo a las características de los derechos de la personalidad dadas por Castán Tobeñas (83).

Artículo 4o. Expresa en qué consisten los derechos patrimoniales de autor, siendo lo determinante

(83) Supra.- Págs. 65, 66 y 67.- Cfr. Castán Tobeñas, José.

cualquiera utilización pública de la obra, independientemente del medio por el que se verifique, pudiendo transmitir tales derechos por cualquier conducto legal. En este orden de ideas, no es remoto pensar que la imagen de una persona pueda utilizarse públicamente, ya al publicarla, ya al reproducirla, ya al exhibirla, y en esta virtud resulta del todo aplicable esta disposición a la materia que nos ocupa. Además, aquí adquiere todavía más importancia el hecho de no reparar en el medio a través del cual tenga lugar la utilización pública dado que, como ya se ha visto, la tecnología avanza a pasos agigantados y actualmente los medios para proyectar la imagen de una persona son variadísimos, por lo que hubiese sido reprobable que el legislador plazmara una lista limitativa de ellos.

Artículo 5o. Reitera la prohibición de alterar la obra so pretexto de su utilización pública, por lo que remito al lector a los comentarios hechos a propósito del segundo de los derechos morales de autor, consagra do en el Artículo 2o. de la ley de la materia.

Artículo 7o. Es muy importante en cuanto que indica las ramas a las cuales deben corresponder las características de las obras que originan la protección de los derechos de autor. De las ramas listadas sólo algunas podrán abarcar a la imagen de una persona: científicas o técnicas; pedagógicas y didácticas; pictóricas, de dibujo, gravado o litografía; escultóricas y de carácter plástico; de fotografía, cinematografía y televisión; todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de obras artísticas o intelectuales antes menciona



das. Añade que para la protección de los derechos se precisa la objetivación perdurable de las obras, ya en escritos, ya en gravaciones, etc., además de su susceptibilidad de hacerse del conocimiento público, sin importar el medio por el cual se haga.

1) Científicas, técnicas, pedagógicas y didácticas. El común denominador de estas cuatro ramas es el desarrollo de la civilización o de la cultura, el perpetuo afán del hombre por superar los problemas que se le van presentando en el curso de su devenir, mejorando con ello sus condiciones de vida. Pues bien, aléun individuo con cierta atipicidad física notable bien podría exigir el expreso reconocimiento de su derecho sobre su propia imagen, argumentando que ésta queda incluida en las ramas del saber humano que ahora nos ocupan debido a sus excepcionales peculiaridades, las que necesariamente han de despertar un interés científico durante su investigación, y didáctico a partir de su difusión. Sin embargo, es muy conveniente tener en cuenta que, de concretarse esta hipótesis en la vida real, sería muy probable que el derecho se viese limitado con base en razones de interés público al estar de por medio el progreso de la ciencia y educación mexicanas.

2) Pictóricas, de dibujo, gravado, litografía, escultóricas, de carácter plástico, de fotografía, cinematografía y televisión. Todas estas ramas corresponden a las formas más comunes en que se puede retener y difundir la imagen de una persona de manera perdurable, entremezclándose a la vez el arte y la tecnología. En este sentido, la fijación de la efigie de un individuo

utilizando cualquiera de las formas enumeradas puede hacerse por encargo de él mismo en forma expresa (cuando se va a retratar), con su consentimiento tácito (cuando es filmado en las diversas escenas de la película en que está interviniendo) o por mera iniciativa de quien está obteniendo la imagen (cuando un periodista y su camarógrafo están realizando un reportaje en el que captan imágenes de muchas y diversas personas); no obstante, la ley no contempla estas tres situaciones por separado, ni siquiera en forma superficial, omisión que se debe en gran medida a que esta ley preve una serie de casos muy específicos que quizá ameritarían una legislación propia. De cualquier manera, creo que el derecho de todo ser humano sobre su propia imagen debe ser respetado y tomado en cuenta siempre antes de adoptar cualquier resolución que en un momento dado pudiera afectarlo.

3) Por analogía, todas las demás que se les asemejen. Acabo de apuntar que la lista anterior incluye las formas más comunes para captar la imagen pero, por lo mismo, supuesto que merced al vertiginoso avance de la tecnología tales formas tienden a multiplicarse, con el último inciso del precepto en estudio se preten de abarcar a todas aquellas que hubieren escapado al listado, ya por desconocer el legislador su existencia, ya por no existir hasta la fecha. Así las cosas, siento que esta disposición es muy loable y, por lo demás, imprescindible en estos tiempos en todo cuerpo normativo que tenga algo que ver con el desarrollo tecnológico, científico y técnico del hombre.

Por otro lado, en el mismo numeral se señala que

para obtener la protección legal deben satisfacerse dos requisitos: la objetivación perdurable de las obras y su susceptibilidad de reproducción para hacerse del conocimiento público. Salta a la vista que, por cuanto a la materia que nos atañe, ambas exigencias se justifican con creces, ya que precisamente una de las finalidades de la pintura, la escultura, el grabado, el dibujo, la filmación, la fotografía, etc., es hacer perdurar las imágenes así captadas, trascendiéndolas al tiempo y al espacio, independientemente del objeto que se persiga con ello. Asimismo, no se necesita reflexionar mucho para hallar la razón de tales requisitos, la cual no es otra sino la reiteración de que la ley autoral no puede amparar ideas que únicamente se queden en eso; es decir, es menester que la persona exteriorice su pensamiento y que le dé forma, pero además debe plazarlo de modo tal que pueda existir independientemente de su creador y que pueda ser conocido masivamente.

Así por ejemplo, el hecho de que una persona únicamente en su mente reproduzca su imagen o la de algún otro individuo no tendrá ninguna trascendencia jurídica, puesto que dicha reproducción no se ha objetivado y mucho menos se podrá dar a conocer al público al no haber superado la mera elucubración cerebral. Claro que quizá esta imposibilidad de facto del presente sea superada en algún momento por la tecnología, de suerte que puedan las ideas de un hombre ser conocidas independientemente de que él mismo las exteriorice, en cuyo caso las reglas muy probablemente tendrían que cambiar.

Artículo 8o. Reitera y aclara las ideas expresadas en el último párrafo del Artículo precedente:

"Las obras a que se refiere el Artículo anterior quedarán protegidas, aun cuando no sean registradas ni se hagan del conocimiento público, o cuando sean inéditas, independientemente del fin a que puedan destinarse".

En efecto, para proteger una obra no se precisa que se haga del conocimiento público, que se registre o que se edite; basta con que sea susceptible de hacerse del conocimiento público por cualquier medio, esto es, que tenga la posibilidad de difundirse masivamente, y es innegable que la imagen de una persona siempre ha ofrecido esa posibilidad dado que, como proyección permanente e inseparable de su titular que es, por doquier que éste ande su imagen lo acompañará inevitablemente y quiéralo o no la misma será conocida por todos aquellos que tengan algún contacto con él, salvo que incurriera en el absurdo de usar una máscara por siempre; es decir, considero que la publicidad de la efigie de cualquier ser humano reúne las siguientes características:

a) Permanente. Porque desde que nace la persona se ve expuesta a los demás en forma ininterrumpida, constante y continua, a menos, claro está, que sea recluida con su consentimiento o sin él en algún recóndito sitio.

b) Involuntaria. Dado que, como ya se dijo, debido a sus caracteres de ser social y gregario, el hombre no puede evitar que su imagen sea vista por todos aquellos que se crucen en su camino, quienes incluso en un momento dado podrían reproducirla sin él siquie-

ra saberlo, ya por haberla captado fotográficamente, ya por haberla retenido en la mente para luego plasmarla en un dibujo o cuadro, etc.

c) Necesaria. Puesto que, una vez dada la causa (casi ser humano en lo individual), el efecto inexorablemente siempre será el mismo (la difusión de su imagen).

d) Automática. Lo es en tanto que para su publicidad únicamente se requiere que la persona en cuestión nazca, momento a partir del cual su imagen se comenzará a difundir.

Como puede verse, si bien esas cuatro características están estrechamente ligadas entre sí, cada una cuenta con sus propias peculiaridades que las aclara y justifica.

Por todo lo expuesto, considero que la aclaración hecha por el Artículo 8o. de la Ley, al menos en lo tocante a la imagen de las personas, en última instancia era innecesaria al carecer de razón de ser alguna que la justifique. No obstante, alguien podría argumentar que con esta disposición se evita, por ejemplo, la pretensión de proteger la imagen de un hijo aún no nacido, más parece verdaderamente remoto que tal situación se presente en la práctica por diversas razones tales como la inexistencia del objeto de la protección, la imposibilidad de que alguien pudiese transgredir fácilmente dicho derecho, la dificultad para probar el interés que justifique la protección, etc.

En otro orden de ideas, el propio Artículo 8o. manifiesta que la protección legal se conferirá a las obras, independientemente del fin a que puedan destinarse

se. Esto podría hacer pensar que se trata de una protección absoluta e irrestricta, más no hay tal si se toma en cuenta que el derecho de autor puede en un momento dado verse limitado, principalmente cuando están de por medio el interés público, el fortalecimiento de la ciencia y de la cultura. Así pues, siento que la última parte del precepto que se comenta podría llegar a resultar más bien nosiva que benéfica, además de que los tratadistas coinciden en que el fin es uno de los más importantes elementos del derecho subjetivo, categoría a la que pertenecen tanto los derechos de autor como el derecho sobre la propia imagen, de ahí que no pueda hacerse a un lado así como así, por mero capricho o negligencia del legislador. Creo por lo mismo, que es impostergradable la modificación o aclaración de esta idea, pues de no ser así pudiere suceder, por ejemplo, que alguien pretendiese obtener la protección legal de una creación o de su imagen persiguiendo algún fin ilícito o contrario a la moral, y apeándonos estrictamente a la normatividad vigente de la materia sería muy difícil negarle dicha protección conforme a derecho aunque, indudablemente, en última instancia una resolución en este sentido se apoyaría en normas de jerarquía superior a la ley autoral tales como la Carta Magna que con mucha frecuencia alude al orden público, la moral, las buenas costumbres y otras limitaciones de las garantías del gobernado.

Artículo 9o. Establece la protección a cualquier transformación de obras intelectuales o artísticas en lo que tenga de original. Aquí nuevamente se pone de manifiesto lo erróneo de considerar a la imagen de una

persona en sí misma como una obra. En efecto, esta dis-  
posición se justifica plenamente en tratándose de o-  
 bras de cualquier tipo dado que, si bien no podría dar  
 se la transformación sin la preexistencia de la obra,  
 ésta ha sido creada por su autor gracias a todo el cú-  
 mulo de conocimientos que previamente ha obtenido de  
 la sociedad; por consiguiente, no es justo ni que su  
 derecho sea perpetuo, ni que terceras personas puedan  
 adquirir algún tipo de derechos partiendo de la obra  
 de aquél. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a  
 la efigie personal, ya que resulta absurdo pensar que  
 su titular la posee merced a la cultura de su entorno,  
 puesto que se trata de una característica personal que  
 surge concomitantemente al individuo mismo; en conse-  
 cuencia, no estimo pertinente la aplicación de este  
 precepto a la materia que nos ocupa al no adecuársele  
 satisfactoriamente.

Es así que, desde mi personal punto de vista, no  
 sería válido que un fotógrafo profesional pretendiera  
 proteger legalmente los retoques hechos a un retrato  
 que le haya sido encomendado.

Artículo 10. Dispone que la protección legal de o-  
 bras intelectuales o artísticas subsiste independiente-  
 mente de que hayan sido publicadas o transmitidas por  
 cualquier medio de difusión. En cierta forma esta dis-  
 posición era innecesaria, pues la misma idea ya había  
 quedado expuesta en la parte final del Artículo 7o. y  
 en el 8o. al hablar de la objetivación perdurable y de  
 la susceptibilidad de hacer del conocimiento público  
 las obras por cualquier medio, como requisito para que  
 surta legítimos efectos la protección legal de los de-

rechos autorales; no obstante, en última instancia nunca está demás una nueva reiteración. Sin embaro, en todo caso deberá tenerse en cuenta que, para que tuviese lugar la publicación o transmisión, seuramente se celebró un contrato con los propietarios de los medios de difusión respectivos, surgiendo al lado de los derechos autorales un derecho a favor de dichas personas, mismo que igualmente subsistirá y deberá ser respetado. Así pues, si una persona tolera que su imagen sea difundida masivamente, no deberá oponerse a que tal situación también genere beneficios a favor de individuos ajenos a ella.

Artículo 12. Consagra y reglamenta la copropiedad sobre una obra creada por varios coautores. Considero que este no es el momento oportuno para analizar todas las interesantes hipótesis que se desprenden del texto del Artículo en turno, puesto que no son sino reglas tomadas del derecho civil de todos perfectamente conocidas. En todo caso, lo que hay que precisar es si puede darse la copropiedad respecto de la materia causa de la presente investigación. Para tal efecto estimo pertinente distinguir entre dos situaciones diversas:

la. La captación de una única imagen exclusivamente. En este caso la solución es lógica por cuanto que ni siquiera se alcanza a configurar el problema; esto es, el derecho sólo corresponderá a aquella persona cuya imagen ha sido captada o, en su defecto, al cesionario, a sus herederos o al dominio público, sin perjuicio de los derechos que pudiera tener aquel que llevó a cabo la captación.

2a. La captación de varias imágenes a la vez. Tal



hecho podría presentarse, por ejemplo, en la realización de una fotografía colectiva, en la toma de una escena en la que intervinieren varias personas sucesiva o simultáneamente, etc.; es decir, aquí resulta irrelevante que la captación sea estática o dinámica. Ante tal posibilidad yo pienso que sí debe aplicarse la normatividad de la copropiedad en relación con la fotografía o la película, siempre y cuando no se haya pactado otra cosa y, muy importante, que sea posible distinguir con toda claridad y de manera indubitable la imagen de todos aquellos individuos que pretendan ser copropietarios, dado que el derecho sobre la propia imagen no podría configurarse sobre una simple sombra vaga, borrosa e indefinible, que tan puede corresponder a una persona como a otra por igual.

Artículo 13. También se refiere a la copropiedad.

Artículo 14. Consagra indebidamente el derecho de acrecer para el caso de que muera alguno de los coautores o su cesionario, a favor de los demás titulares. En efecto, tal derecho no es reconocido por la ley civil aun cuando el de cujus no deje herederos testamentarios o legítimos, pues en tal caso sus bienes pasan a la beneficencia pública.

Artículo 16. Esta es la única disposición de la ley en estudio que en forma concreta se refiere al derecho que todo individuo tiene sobre su propia imagen y, como en seguida lo veremos, presenta aspectos muy interesantes. No obstante, es fundamental no perder de vista que dicho precepto se halla incierto en el primer capítulo de la ley denominado "Del Derecho de Autor", por lo que se impone la necesidad de hacer hincapié en

que para nuestros legisladores la imagen de una persona es una creación de ella misma; en consecuencia y sin excepción alguna, todos los seres humanos tienen, según esta concepción, la calidad de autores, pues lo son cuando menos de su propia imagen, criterio que a todas luces resulta forzado, estrecho, absurdo y poco imaginativo. Y siento que la única causa de esta indebida conceptualización es la laguna doctrinal y legislativa de la que se habla en la última parte del capítulo segundo de esta tesis, ya que ella ha ocasionado que indebidamente se omoluguen y confundan los derechos del titular de la imagen y de aquel que la ha captado o reproducido, siendo que el segundo presupone al primero y, por ende, éste posee una jerarquía superior por más que se les quiera equiparar.

El primer párrafo del Artículo en cuestión dispone lo siguiente:

"La publicación de la obra fotográfica puede realizarse libremente con fines educativos, científicos, culturales o de interés general pero en su reproducción deberá mencionarse la fuente o el nombre del autor".

En primer lugar, puede el lector percatarse de la validez de la crítica que hacía a propósito del Artículo 80., respecto a no tomar en cuenta el fin de la obra para su protección, puesto que en este Artículo 16 el legislador atinadamente reconoce la importancia de dicho fin, por lo que señala los casos en que es libre la publicación de la obra fotográfica partiendo del fin que con la misma se persiga. Sin embargo, lo malo es que tal señalamiento se limita a la fotografía, siendo que, como ya se ha expresado en varias ocasio-

nes, para publicar la imagen de una persona existen múltiples formas de hacerlo.

Por otro lado, se advierte a la vez la obsesiva insistencia y la duda del legislador. Insistencia porque, al contemplar la reproducción del retrato, indica que debe mencionarse el nombre del autor (de aquel a quien corresponde la fotografía, no de quien la realizó). Pero duda puesto que, al lado de la frase "nombre del autor", utiliza la expresión "fuente" de la propia obra fotográfica. Desde luego que alguien podría decir que no hay tal duda desde el momento en que aquí no se está hablando del retrato de una persona, sino de la obra fotográfica en general; no obstante, considero que tal hipótesis tampoco es excluida ni expresa ni tácitamente, de modo que no es posible dejar de tomarla en cuenta a la hora de reflexionar acerca de estas importantes cuestiones. Por lo demás, creo que la mención de la fuente de la fotografía no sólo debe exigir se en su reproducción, sino que sería pertinente hacer la extensiva incluso a la publicación misma, aun cuando ésta no se comercialice reproduciéndola en masa.

El párrafo segundo del propio Artículo 16 es el verdaderamente fundamental en la materia que me ocupa:

"El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con fines lucrativos, con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes, o en caso de muerte, el de sus herederos en el orden de sucesión que establecen las leyes civiles. La autorización podrá revocarse por quien la otorgó, quien responderá de los daños y perjuicios que ocasionare con la revocación".

De esta interesante disposición se desprenden las siguientes ideas a considerar:

a) Retrato de una persona. No insistiré más en lo inadecuado de limitar los preceptos legales a una sola forma de captación de la imagen de un individuo.

b) Necesidad del consentimiento para su uso o publicación con fines lucrativos. Claramente se indica que tal consentimiento debe ser expreso, esto es, dado a través del lenguaje oral, escrito o mímico; en consecuencia, alguna otra forma de expresión o signo, por más indubitables que parezcan, en este caso no son suficientes porque un consentimiento otorgado así sería tácito. Asimismo, se establece concretamente qué personas son las que han de otorgar dicho consentimiento: el propio retratado, sus representantes, sus causahabientes o sus herederos. Quizá en este caso lo único que faltaría sería precisar quiénes son los causahabientes de una persona, término que con mucha frecuencia se maneja en materia de seguridad social, pero que probablemente no todas las personas lo entienden en su cabal extensión.

Es así como causahabiente, se dice, es la persona titular de un derecho que a su vez se deriva de otro; es decir, el causahabiente de alguien no es sino su beneficiario directo.

Ahora bien, hemos visto que el consentimiento se exige únicamente cuando haya fines lucrativos de por medio, lo cual nuevamente viene a reafirmar la necesidad de siempre tomar en cuenta el fin, más aquí esto es lo de menos dado que, interpretando esta disposición a contrario sensu, tendríamos que la ley permite el uso o publicación del retrato de una persona aun cuando ésta no otorgue su consentimiento, siempre que no exis

tan fines lucrativos. Primeramente se debe entener con toda claridad el significado de la expresión "fines lucrativos", por lo que tenemos que lucrativo es todo aquello que produce utilidad y ganancia, de suerte que se trata de una noción eminentemente económica. Así las cosas, siento que la forma en que está redactado este precepto puede en un momento dado limitar el derecho que toda persona tiene sobre su propia imagen, e más de afectarse los sentimientos, creencias o convicciones más profundos de la propia persona, dado que pudiera suceder, por ejemplo, que una persona creyera firmemente en la existencia de las llamadas "artes ocultas", mejor conocidas como "brujería", y se enterase de que alguien tuviera la pretensión de causarle un mal por tales medios valiéndose precisamente de su fotografía. Esta hipótesis, muy común en México ahora se se a hallarnos en las postrimerías del siglo XX, conlleva dos situaciones adversas al afectado en el propio ejemplo: por un lado, es muy probable que la fotografía haya sido obtenida con engaños, sin consentimiento del retratado o sin siquiera él saberlo; por el otro, el uso a que está destinada la fotografía es a todas luces nosivo para el retratado, al menos desde su personal punto de vista; no obstante, a pesar de que el afectado lograra demostrar ambos extremos, difícilmente sería sancionado quien así dispusiese de su imagen por no existir el ánimo económico de lucro. Así pues y aunque para muchos esta postura resulte demasiado radical, creo que debería suprimirse del texto de este Artículo la expresión "con fines lucrativos", de suerte que en cualquier caso de uso o publicación del

retrato de una persona se requiera el consentimiento de ésta o de alguno de los demás sujetos que se indican, sin perjuicio del interés público cuando lo hubiere, con lo cual el reconocimiento de la ley mexicana al derecho de todo ser humano sobre su propia imagen sería pleno, absoluto, acorde con la relevancia y trascendencia que reviste dicho derecho subjetivo.

c) Posibilidad de revocar la autorización con el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios. Para algunos se trata de un aspecto sumamente positivo dado que, aunque de manera tácita, con ello el legislador está reconociendo la importancia de este derecho. No obstante, considero que dicha posibilidad de revocar la autorización no sólo debe conferirse a quien la otorgó, sino a aquel que sea el titular del derecho de referencia, con lo que se abre la posibilidad de que sea una la persona que dé la autorización, pero otra distinta la que la revoque, salvando así el problema de que aquélla muera sin haber llegado a hacer tal revocación. Obviamente que en todo caso, como se señala, la revocación conlleva el correspondiente resarcimiento por los daños y perjuicios que con la misma se causen.

Sin embargo, en la Ley Orgánica que desde 1982 regula esta materia en España se incluye un precepto similar a la última parte del párrafo segundo del Artículo que ahora se comenta, respecto al cual Clavería González apunta que dicho régimen, interpretado literalmente, protege demasiado porque pone en riesgo los intereses de terceros al admitir la revocación de los actos dispositivos en cualquier momento; pero al propio

tiempo protege demasiado poco desde el momento en que no limita aspectos tan trascendentes como el contenido de la cesión, el tiempo de duración de ésta o el número máximo de los beneficiarios; es decir, el interés del titular se tutela exclusivamente por el requisito del carácter expreso del acto dispositivo y por la facultad de revocación de dicho acto. Agrega que si bien la revocabilidad puede atenuar algunos de los efectos nocivos de una cesión excesiva, además de que ello no es posible con todos, sí se están menospreciando los intereses de los cesionarios, pues la técnica de la indemnización es insuficiente, de ahí que lo adecuado sea darle un uso únicamente supletorio y complementario, a pesar de que aquí esté cubriendo tanto el damnum emergens como el lucrum cessans, ya que finalmente lo que se crea y prevalece es una total inseguridad, máxime que la indemnización decretada a favor de los empresarios afectados resulta no satisfactoria por las dificultades de la valorización, por la insolvencia de quienes hagan la revocación, etc. Concluye diciendo que este derecho de la personalidad puede ser perfectamente protegido mediante una fórmula que implique múltiples controles del acto de cesión, pero con irrevocabilidad; en consecuencia, la ley bien podría fijar límites de contenido, de tiempo o de persona, cuya transgresión determinaría la nulidad del contrato, por lo que en un momento dado cabría renunciar en el contrato a la facultad de revocación, misma que en este caso no derivaría de un acto unilateral; o bien, aceptar una gravosa cláusula penal para el caso de revocación, con todo lo cual se logrará a la vez hacer respetar el de-

recho sobre la propia imagen y amparar los derechos de los terceros contratantes.

El último párrafo del Artículo 16 es, en cierta forma, una confirmación de mi punto de vista vertido con anterioridad:

"Los fotógrafos profesionales pueden exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo si no hay oposición de su parte o de sus representantes".

Hemos visto que se exige el consentimiento expreso del titular del derecho únicamente cuando el retrato haya de ser usado o publicado con fines lucrativos; sin embargo, nos encontramos ahora con que, si bien los fotógrafos profesionales tienen la posibilidad de exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo, para ello precisan cuando menos del consentimiento tácito de éstos o de quien sea el titular del derecho. En efecto, cuando alguien no se opone a determinada situación que de alguna manera pudiera afectarle, puede decirse que la está consintiendo tácitamente, y en este caso tal atribución de los fotógrafos profesionales está supeditada precisamente a la no oposición del titular del derecho sobre el retrato respectivo. Desde luego que en este caso el uso de la fotografía, o sea, su exhibición pública, tiene como finalidad un propósito de lucro, pero el mismo es indirecto a no dudarlo, pues al mostrar su trabajo en esa forma lo que el fotógrafo busca no es vender los retratos que exhibe, sino que el público lo contrate o de alguna forma recurra a sus servicios profesionales, con lo cual sí obtendrá de manera inmediata beneficios económicos y un prestigio que lo irá consolidando en el mer



cado, No obstante, lo que debe importarnos es que, el hecho de extender los alcances de la necesidad del consentimiento del titular del derecho, no es sino la muestra inobjetable de que el legislador ya no puede seguir sustrayéndose a brindar una real y efectiva tutela jurídica a valores humanos que tradicionalmente habían sido desdeñados injustamente por todos.

Ahora bien, quiero que quede claro que no pretendo pecar de ingenuo con todas las proposiciones que hasta el momento he formulado, dado que estoy conciente de que muchas de ellas necesariamente serán tildadas de utópicas, absurdas o impracticables, pues sería poco menos que imposible, por ejemplo, pretender evitar con una simple ley que se obtengan fotografías de todo tipo de personas sin su consentimiento, o que sus retratos sean usados con todo tipo de propósitos por quienes los posean; pero a pesar de todo, creo firmemente que "no hay peor lucha que la que no se hace", y que un camino jamás se podrá recorrer en tanto no se dé el primer paso; es decir, los obstáculos que se interponen en el devenir del hombre jamás deben detener su avance, sino que deben servirle para fortalecer su voluntad y agudizar su inteligencia, a fin de lograr finalmente superarlos por todos los medios lícitos que estén a su alcance, ya que de otra forma no se explicaría el progreso, mismo que desde siempre se ha debido a todos los seres soñadores que han creído a pesar de todo en la realización de sus sueños. Además, no debe olvidarse que las normas jurídicas son el "deber ser" y no el "ser"; consecuentemente, el hecho de que en un principio no se cumplan no debe desalentar a sus crea-

dores, sino motivarlos para buscar perfeccionarlas y ajustarlas a la realidad en que se vive misma de la que, querámoslo o no, todos somos partícipes.

Artículo 17. Contempla y reglamenta los casos de obras de autor anónimo o bajo pseudónimo. Ambas hipótesis son perfectamente plausibles con relación a la imagen de una persona, sobre todo si la misma es captada por medio de la fotografía. Así, normalmente cuando pasamos frente a un estudio fotográfico vemos exhibidas muchas fotografías que no sabemos a quiénes corresponden, anonimato que se acentúa si consideramos que muchas veces nos mandan a hacer un retrato y después de recogerlo no regresamos al estudio que lo realizó, ya por no residir en la zona en que aquél se ubica, ya por haber quedado inconformes con el precio o con el trabajo. Quizá por ello no se prohíbe de plano a los fotógrafos profesionales exhibir los retratos de sus clientes dado que, si bien éstos tienen la posibilidad de oponerse, normalmente permanecen en el anonimato.

También podría suceder que alguien, tras mandarse a hacer un retrato, lo hiciera circular sin plasmar en él su identidad. Claro está, en última instancia en ningún caso el anonimato será pleno, pues siempre existirá la posibilidad de que alguna persona, al ver la fotografía, identifique a aquel cuya imagen quedó así fijada, debido a que, como ya se ha visto, la imagen es una proyección o emanación inseparable de la persona que la produce.

Pero también podría acontecer que, sin indicar a quién corresponde, alguien difundiera la imagen de un tercero sin siquiera éste saberlo, en cuyo caso el ano

nimato no sería atribuible a la voluntad del titular del derecho y, por consiguiente, quizá no sería justo sujetarlo a sus efectos, tales como el plazo de 30 años contados a partir de la primera publicación de la obra para darse a conocer.

Y algo similar ocurriría con un retrato difundido bajo pseudónimo; sin embargo, si quien da a la publicación la fotografía es un tercero y utiliza su propio nombre o cualquier otro, tal conducta muy bien podría tipificar el delito denominado "plagio".

Artículo 18. Consigna algunos casos que no son amparados por el derecho de autor:

10. La reproducción de una obra en un acontecimiento de actualidad, salvo que se haga con fines de lucro. Basta con abrir un periódico o con sintonizar cualquier noticiario televisivo para inmediatamente advertir todo tipo de imágenes, tanto de cosas como de personas, captadas en forma incidental o intencional, situación que finalmente resulta inevitable dada la especial naturaleza de dichos medios de comunicación; por consiguiente, resultaría absurdo, y así lo entiende la ley, que todas las personas cuyas imágenes apareciesen en los noticiarios pudieran por ese simple hecho hacer alguna reclamación a los propietarios de tales medios que culminara en el resarcimiento económico por haber sido difundida una imagen en estas condiciones sin la anuencia de su titular, de ahí lo acertado de tal disposición. No obstante, la salvedad que aquí se hace podría en un momento dado resultar muy peligrosa, pues es innegable que, como la mayoría de las actividades humanas, la periodística es el negocio de todos

aquellos que de una u otra forma tienen algo que ver con ella; por tanto, en última instancia el móvil necesariamente es el lucro, y no por ello el derecho de autor ampara a quienes pretendían acogerse a él por haber sido su imagen difundida masivamente en la elaboración de algún reportaje. Por ello pienso que sería muy conveniente aclarar más dicha salvedad, diciendo por ejemplo que el lucro deba derivar directamente de la reproducción o representación de la obra en sí misma considerada, y no propiamente del acontecimiento de actualidad. Desde luego que estos problemas no se presentarían en la materia que nos ocupa si se dejara de considerar a la imagen de una persona como una obra y a quien la genera como autor de la misma.

2o. La publicación de obras que sean visibles desde lugares públicos. ¿Podrían considerarse las vitrinas de un estudio fotográfico como un sitio público?. De ser afirmativa la respuesta: ¿podría un fotógrafo profesional hacer publicaciones de sus retratos, mismos que son imágenes de personas perfectamente identificables?. En este caso creo que cuando menos se requerirá la no oposición de los interesados, y para darles la oportunidad de oponerse habría que anunciar la intención de hacer esa publicación, así como a quiénes corresponden las imágenes que en ella aparecerían, y pues de otra suerte podrían suscitarse muy serios conflictos.

3o. La reproducción de obras en publicaciones científicas o didácticas, siempre que aquellas no sean alteradas y que se indique la fuente de donde fueron tomadas. En este caso se está anteponiendo al derecho

de autor el interés público, pero sin menoscabo de los llamados "derechos morales de autor" que en todo caso deben ser respetados; es decir, lo único que aquí queda sin protección es el aspecto pecuniario, pues la parte moral jamás deja de ser amparada por el derecho de autor.

4o. La copia fotográfica, pintada, dibujada, fotostática o en micropelícula de una obra publicada, siempre que sea para el uso exclusivo de quien la haga. Esto significaría que, si la obra en cuestión no ha sido publicada, el derecho de autor no ampara la copia que de la misma se haga pese a que ésta no sea para el uso exclusivo de quien la efectuó, lo que iría directamente en detrimento del derecho pecuniario de los autores; es decir, de acuerdo con esta disposición la protección legal nace a partir de la publicación de las obras. No obstante, considero que en este sentido la fracción V del Artículo que se comenta comete un error garrafal y contraviene lo preceptuado por el numeral 8o. del propio ordenamiento, ya que ahí claramente se establece que las obras quedarán protegidas a pesar de ser inéditas o de no haberse hecho del conocimiento público. Así pues, y ya concretándonos a la materia que nos ocupa, tal como está redactado este inciso e) da la posibilidad de que cualquiera pueda obtener la imagen de una persona en alguna de las formas listadas y, como lo más probable es que dicha efigie no haya sido publicada, podrá utilizarla como le venga en gana y sin constreñirse a un uso personal exclusivamente. En tal virtud, pienso que el multicitado inciso e) del Artículo 18, en vez de "de una obra publicada" debería

decir "de cualquier obra", con lo que se consolidaría al derecho de autor y se salvaría la incongruencia con el Artículo 8o.

Artículo 19. Se refiere al Registro, mismo que se tratará ampliamente en el siguiente capítulo de la presente tesis.

Artículo 22. Dispone que si el titular de los derechos de autor fallece sin haber transmitido el ejercicio de sus derechos morales de autor, la Secretaría de Educación Pública será la titular de los mismos. Este precepto constituye una más de las transgresiones flagrantes que esta ley infiere a otros ordenamientos, en este caso de nueva cuenta a las disposiciones relativas a las sucesiones mortis causa. En efecto, tal pareciera que, de no desear que sus derechos morales pasasen a manos de la Administración Pública, el autor necesariamente tendría que transmitirlos en vida o disponer de ellos testamentariamente; siendo que para tales omisiones el Código Civil consagra y reglamenta con todo detalle la sucesión legítima o intestamentaria, la cual data desde los orígenes mismos del Derecho y tiene prácticamente una aceptación universal, ya que se entiende que una persona durante toda su vida busca el bienestar propio y el de sus parientes más cercanos, por lo que, llegado el momento de su muerte, su voluntad última debe ser transmitir precisamente a ellos la totalidad de su patrimonio, salvo disposición expresa en contrario. Es por todas estas consideraciones que la única explicación que se podría dar a una disposición como la que ahora nos ocupa es la inaceptable pretensión de la Administración Pública en el sen-

tido de allegarse todo aquello que en un momento dado pudiera reportarle beneficios, sin reparar en los medios a los que tenía que recurrir para lograrlo, dado que sólo así puede concebirse el hecho absurdo de que la Secretaría de Educación Pública sea la titular de los derechos morales de autor en relación con la imagen de todas aquellas personas que mueran sin hacer testamento o sin disponer nada al respecto en el que otorgaron. Es más, no se debe perder de vista que la última beneficiaria de la materia es la Beneficencia Pública, y precisamente aquí podría darse alguna participación a la Secretaría de Educación Pública, ya por algún convenio que celebraran ambas entidades, ya por disposición expresa de la ley, evitando así estas lamentables violaciones a la Ley perpetradas por los propios legisladores, poniendo en entredicho el nivel de su cultura jurídica que se supone debe ser basto y depurado.

Artículo 23. Da la vigencia de los derechos pecuniarios de autor: la vida del autor más 50 años después de su muerte, o únicamente la vida del autor si éste carece de herederos, y en ambos casos la facultad de usar y explotar la obra finalmente pasa al dominio público; 50 años a partir de la fecha de su primera publicación si se trata de una obra de autor anónimo; 50 años más después de la muerte del último superviviente tratándose de una obra que pertenezca en común a varios coautores. Esto significa que, más tarde o más temprano, el derecho de usar y explotar la imagen de una persona acaba finalmente por pasar al dominio público, con lo cual no estoy de acuerdo en tanto que no

se trata de una obra creada directamente por la voluntad de su autor y sí de un componente esencial de la personalidad o individualidad de cada ser humano en particular, por lo que no debería estar sujeto a prescripción alguna. De cualquier modo, si la imagen correspondiese a algún personaje famoso y fuera oportuno que todos lo conocieran, fácilmente podría esgrimirse el interés público a fin de poder hacer cuantas reproducciones fuesen necesarias, pero respetando la regla general. Más a fin de cuentas este problema tampoco se presentaría si se dejara de considerar a la imagen de una persona como su obra o creación, asimilándola más bien a los derechos estrictamente personalísimos, los cuales se extinguen a la muerte de su titular sin mayores complicaciones jurídicas, pero entretanto se apliquen a esta materia las disposiciones autorales habrá que ajustarse a ellas pese a sus innegables deficiencias, que se acentúan cuando con las mismas normas se pretende regir el derecho a la imagen.

Artículo 25. Señala que son materia de reserva el uso y explotación exclusivos de los personajes humanos de caracterización empleados en actuaciones artísticas, durante la protección conferida por un certificado de reserva de derechos por cinco años prorrogables por períodos sucesivos iguales, previa solicitud y comprobación del uso o explotación habituales. A lo largo de esta tesis he manifestado reiteradamente mi desacuerdo con el hecho de incluir al derecho sobre la propia imagen dentro de la ley autoral; no obstante, considero que la disposición que ahora me ocupa puede perfectamente mantenerse en esta ley a pesar de tratarse de --



una especie de variante de la institución que motivó el presente trabajo. Así las cosas, si bien la caracterización de personajes humanos radica básicamente en la imagen de quienes los caracterizan, no por ello tales personajes dejan de ser una auténtica creación de sus caracterizadores, mismos que por ese hecho se convierten en autores de aquéllos; en consecuencia, la imagen personal de alguien se ha visto en cierto modo transformada por alguna aportación intelectual de su poseedor, de manera que en este caso sí cabe perfectamente la protección autoral al haber una obra de por medio. En cuanto a la vigencia de la protección, se dice que ésta dura cinco años prorrogables indefinidamente en tanto se compruebe el uso o explotación, lo cual finalmente implica que la protección se prolongue por toda la vida del autor; sin embargo, siento que debería de suprimirse de la Ley esta exigencia de la renovación quinquenal dado que, como el público suele identificar al personaje creado con quien lo ideó o primero lo caracterizó, el hecho de que éste omitiera la renovación del certificado de reserva de derechos seguramente no le acarrearía mayores problemas, pues lo más probable sería que no tuviese éxito alguno aquel que en un momento dado pretendiera caracterizar al personaje de referencia.

Artículo 26. Faculta a editores y productores para que puedan obtener la reserva de derechos al uso exclusivo de las características gráficas originales, tanto de obras como de promociones publicitarias, pero no de anuncios comerciales, durante la protección dos años prorrogables por períodos iguales. La posibilidad

que ofrece este Artículo es perfectamente válida aunque, de no haberla consagrado la Ley en estudio, bien se podría recurrir a la cesión de derechos que relaciona el Código Civil. En este orden de ideas, es muy posible que, en lo tocante a unas estampitas conocidas en el comercio como "biografías" que se venden en todas las papelerías, los editores de las mismas tengan en muchos casos esta exclusividad de derechos, tanto sobre la imagen del personaje que allí aparece como sobre la relación de su vida.

Artículo 27. Menciona, en relación con las obras protegidas que hayan de publicarse, algunos señalamientos que las mismas han de llevar:

"Las obras protegidas por esta ley que se publiquen, deberán ostentar la expresión DERECHOS RESERVADOS, o su abreviatura D. R., seguida del símbolo C, el nombre completo y dirección del titular del derecho de autor y el año de la primera publicación. Estas menciones deberán aparecer en sitio visible. En el caso de los fonogramas se estará a lo dispuesto en el Artículo 92. La omisión de estos requisitos no implica la pérdida de los derechos de autor, pero sujeta al editor responsable a las sanciones establecidas por esta ley".

Esto se hace más que nada para seguridad del autor.

Artículos 28 a 30. Se refieren a los autores extranjeros en diversas hipótesis:

1a. Si el autor es nacional de un Estado con el que México no tiene tratado, o si la primera publicación de la obra se ha hecho en un país que mantiene dicha situación respecto de México, la protección durará siete años contados desde la primera publicación si

hay reciprocidad, pero si se registra en México se le aplicarán todas las reglas ya vistas. Se cita esta posibilidad porque sería la aplicable para el caso de que algún extranjero pretendiese obtener en nuestro país la protección para su propia imagen, situación que por lo demás es difícil que suceda.

2a. Los extranjeros que permanente, temporal o transitoriamente se encuentren en México gozarán de los mismos derechos que los autores nacionales.

3a. Los nacionales de todo Estado con el que México tenga celebrado convenio vigente, siempre que no haya incompatibilidad con dicho instrumento, alcanzarán la protección de la ley autoral mexicana.

Artículo 31. Establece claramente que las personas morales sólo pueden representar los derechos como causahabientes de las personas físicas de los autores.

CAPÍTULO IV. DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.- Comprende de los Artículos 62 al 71.

En estos 10 Artículos se delinea un procedimiento, que por cierto hasta la fecha jamás se ha llevado a la práctica, tendiente a limitar un derecho que previamente ya había sido reconocido y protegido por la autoridad. La justificación de tal limitación es la utilidad pública, pues se dice que a ella interesa la publicación de toda obra intelectual o artística necesaria o conveniente para el adelanto, difusión o mejoramiento de la ciencia, la cultura o la educación nacional; por tanto, la consecuencia inmediata de limitar el derecho de autor es permitir que se haga la publicación de la obra en cuestión, ya por la escasés de ejemplares de la misma, ya por venderse a un elevado

precio que los haga prohibitivos para el común de las personas.

Ahora bien, si en materia autoral es verdaderamente difícil que se dé esta situación, en lo tocante a la imagen de los individuos es prácticamente imposible con poco que se medite. En primer lugar, sería muy difícil demostrar que la publicación de determinada imagen resulte de utilidad pública, a menos que la imagen corresponda a un héroe nacional u otro personaje célebre; pero en este caso, además de que los posibles derechos de la mayoría de ellos ya pertenecen al dominio público, las reproducciones que de sus efigies se han hecho son bastísimas y continuas, por lo que nunca se podría justificar la escasés o la excesiva onerosidad para allegarse algún ejemplar del retrato respectivo. Por otro lado, si el prestigiado personaje aún viviera, su imagen sería de la mayoría conocida por la difusión que se le daría a través de los medios masivos de comunicación, y tal difusión permitiría a muchos tener la oportunidad de retener dicha imagen válidas, por ejemplo, de una videocassettera o hasta dibujándola uno mismo. De cualquier manera, nunca está demás prever las hipótesis en que pudiera verse afectada la utilidad pública y dar las soluciones de antemano, dado que a veces es mucho más difícil tener que resolver un problema una vez que éste se ha presentado, con la agravante de que quizá lo apresurado de la solución no la haría del todo satisfactoria.

CAPÍTULO V. DE LOS DERECHOS PROVENIENTES DE LA UTILIZACIÓN Y EJECUCIÓN PÚBLICAS.- Comprende de los Artículos 72 al 92.

Artículo 72. Indica que el derecho de publicar una obra no comprende por sí mismo el de su utilización y explotación pública. De acuerdo con lo aquí postulado, sobre una misma obra (sobre una misma imagen) pueden coexistir dos derechos diversos con otros tantos titulares: el de publicarla; el de utilizarla públicamente e incluso explotarla. Desde luego que, si así lo acuerdan las partes, una misma persona podrá ser la titular de ambos; o bien, al conceder alguno puede convertirse en la no concesión del otro. Es más, tanto la publicación como la utilización pública de una imagen pueden revestir varias formas a la vez y no siento que sean excluyentes entre sí; es decir, mientras que la publicación puede ser en un libro, una revista o un periódico, la utilización pública puede tener lugar mediante una fotografía, una pintura, una escultura o una proyección cinematográfica. Así pues, creo que el espíritu de esta disposición es muy positivo y logra su cometido: no limitar el derecho de autor a una sola forma de expresión, siendo que su incorporeidad brinda la posibilidad de utilizarlo de muy diversas maneras en tanto no se lesionen derechos de terceros con dicha multiplicidad en la explotación.

Artículo 73. Contempla una hipótesis de enorme actualidad en nuestros días:

"La autorización para difundir una obra protegida, por televisión, radiodifusión o cualquier otro medio semejante, no comprende el de redifundirla ni explotarla públicamente, salvo pacto en contrario".

El caso típico, en relación con la imagen personal, es el del artista que brinda una actuación pública,

ca, misma que se difunde en vivo a través de la televisión; a pesar de ello y por haber sido gravado, dicho espectáculo vuelve a ser transmitido por el mismo conducto. Pues bien, claramente se establece que la segunda y subsecuentes retransmisiones deben ser objeto de convenio expreso e independiente del inicialmente celebrado. Pero esta restricción no sólo es para la retransmisión, sino también para alguna otra forma de explotación pública como, por ejemplo, la elaboración y venta de videocassettes o películas de las presentaciones de los artistas. Por mi parte, considero que esta disposición es totalmente justa puesto que, si los propietarios de los medios masivos de comunicación obtienen cuantiosos beneficios tanto en la primera emisión como en las posteriores, el titular del derecho también cuando menos debe estar en posibilidad de lograr ese doble o múltiple lucro. Asimismo conviene hacer notar que, no obstante referirse la ley únicamente a obras protegidas, en un momento dado este artículo podría hacerse extensivo a aquellas que no lo estuvieren con tal se en el mismo espíritu de justicia y equidad.

Artículo 74. Se refiere en forma muy amplia y detallada a un supuesto que, en cierta forma, es el inverso al expuesto en el artículo anterior. Dispone, en lo conducente, que cuando por razones técnicas o de horario y para el efecto de una sola emisión posterior deba fijarse o gravarse la imagen anticipadamente, ello se hará sujetándose a las siguientes condiciones: efectuarse la transmisión dentro del plazo convenido; no difundir públicamente la imagen de manera concomitante a su gravación; difundir una sola vez la imagen

gravada, lo que no obliga a ningún pago adicional distinto del que corresponde por el uso de las obras, salvo convenio remunerado en contrario; si se trata de anuncios, su difusión se hará hasta por un período de seis meses a partir de la fecha de su gravación, y cualquier utilización pública posterior se retribuirá como período adicional de seis meses, aunque no se use durante todo ese lapso, pero dichos períodos no rebasarán un término de tres años naturales sin autorización previa de los directamente involucrados en la gravación.

Resulta fácil advertir que tanto en este Artículo como en el precedente, la intención del legislador fue evitar que el titular del derecho sufriera los efectos de la lesión a que se refiere el Artículo 17 del Código Civil, esto es, que los radio y teledifusores obtuviesen un beneficio desproporcionalmente superior a lo que ellos por su parte se obligaban. Así, una transmisión efectuada en un momento posterior al plazo convenido, una emisión simultánea a la gravación, una difusión no pactada, son situaciones que necesariamente -- tienden a favorecer en forma inmediata a los difusores, sobre todo por las cuantiosas ganancias que aquéllos obtienen y que provienen de los patrocinadores, -- de ahí la meticulosa reglamentación respectiva que ha quedado delineada arriba. Ciertamente es que la difusión -- constante de la imagen de una persona tiende a darle -- una mejor cotización, lo que acaba por conferirle una posición más ventajosa a la hora de contratar con los dueños de tales medios, pero finalmente son éstos los que por lo general imponen sus condiciones, las cuales

son aceptadas principalmente por el riesgo de un bloqueo o "veto" en dichos medios masivos de comunicación. Y este problema se intensifica considerablemente en México si tomamos en cuenta que únicamente existe una cm mp re ss te le vis iv a p r i v a d a, constituyendo un auténtico monopolio y manejando a su arbitrio este mercado dado que, en tanto que la imagen de alguien sólo puede promocionarse a través de esta cadena o de la incipiente televisión estatal, aquél consorcio puede darse el lujo de escoger o substituir a quienes ha de promocionar. Así pues, creo que ha quedado plenamente demostrada la trascendencia e importancia de esta disposición, por lo que bien podría incluso abarcar, con las adaptaciones pertinentes, otro tipo de formas de difusión masiva de la imagen como las revistas y los periódicos, en los que por cierto también se incluyen anuncios de todo tipo.

Artículo 75. Conciente de la problemática que encierra la difusión masiva, el legislador procuró abarcar todas las hipótesis posibles. En este caso dispuso

"Cuando al hacer una transmisión por radio o televisión vaya a gravarse simultáneamente deberá contarse con el consentimiento previo de los autores, intérpretes y ejecutantes que intervengan en la misma, a efecto de poder ser reproducida con posterioridad con fines lucrativos.

Para los efectos de esta Ley, se entiende que hay fines de lucro cuando quien utiliza una obra pretende obtener un aprovechamiento económico directa o indirectamente de la utilización".

Con esto se borran todas las posibles dudas que pudieran existir con respecto a lo dispuesto en el Artículo 73 y, ya en la materia que nos ocupa, reafirma



la idea de que ante todo debe respetarse la voluntad de aquel de cuyo img en se trate. Además, aclara de una vez por todas la connotación que en la Ley se le da al término "lucro". Sin embargo, aun la voluntad del titular del derecho se ve en una cierta medida limitada, ya que la obligación de recabar su consentimiento se supedita a que la gravación se pretenda utilizar más adelante con fines lucrativos; es decir, dicha gravación podrá efectuarse independientemente de que en ello consienta o no el titular del derecho siempre que no haya reproducción posterior, o que ésta no se haga con fines lucrativos, con lo cual bien podría verse burlado el derecho que aquí se analiza; en consecuencia, siento que el consentimiento debería ser necesario en todos los casos en que se desee realizar una gravación.

Artículo 79. Determina que los derechos por el uso o explotación de obras protegidas por esta Ley se causarán cuando, en el caso específico que nos ocupa, se realicen proyecciones con fines de lucro, quedando establecidos en los convenios o en las tarifas que expida la Secretaría de Educación Pública, mismas que sin embargo son obligatorias para el caso de la cinematografía, debiendo cubrir las los usufructuarios por intermedio de las distribuidoras. Esto significa que, pe se a que ya se haya verificado la gravación, los derechos se causarán hasta que la misma sea difundida masivamente con propósitos de lucro, condicionamiento que quizás resultaría perigroso en un determinado momento dependiendo de su interpretación; es decir, en mi opinión cualquier ley debe cerrar todos los caminos que

podieran conducir a la transgresión de los derechos -- que la misma ampara.

CAPITULO VI. DE LAS SOCIEDADES DE AUTORES.- Comprende los Artículos del 93 al 117.

Hemos visto que el hecho de considerar a todo individuo como autor de su propia imagen suele acarrear muchos problemas de todo tipo, pero quizá ninguno tan complejo y tan interesante como el que ahora se plantea: ¿puede haber sociedades autorales de personas físicas a partir del supuesto de que son autoras de su propia imagen?. Realmente ignoro si alguna vez se haya discurrecido este punto por la doctrina en algún foro o texto, más una omisión en tal sentido de ninguna manera sería reprochable ni mucho menos condenable, puesto que se parte de la premisa errónea de ver a cada cual como autor de su propia imagen. No obstante lo anterior, si he de dar mi personal punto de vista al respecto y con lo que en México es derecho positivo como único punto de referencia, tendría que dar a fin de cuentas una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. En efecto, pienso que no existe ninguna razón de peso que permita negar válidamente esa posibilidad, pues en última instancia se cumple la condición sine qua non para que esta Ley se aplique de conformidad -- con lo que ella misma establece: ser autor.

Sin embargo, el legislador ya avisoraba todos los conflictos que suscitaría el hecho de darle al término autor una connotación tan irrestrictamente indiscriminada. Digo esto porque el Artículo 93 de la Ley terminantemente advierte:

"El reglamento determinará las distin--

tas ramas en que puedan organizarse sociedades de autores; el número mínimo de socios con que puedan formarse, los casos en que puedan constituirse por autores de rama similares, y la forma, condiciones de su registro, y demás requisitos para su funcionamiento conforme a las disposiciones de la presente ley".

Esto significa que, aun cuando determinados individuos vieran reconocida su calidad de autores, sin que para ello medie justificación alguna y a pesar de estar incluidos en la misma rama, probablemente no podrían crear una sociedad autoral por imedírseles el reglamento aludido.

Ahora bien, una vez reconociendo que es factible la formación de este tipo de sociedades autorales, el problema inmediato a resolver sería qué criterios habrían de seguirse para determinar las condiciones que tendrían que satisfacerse para poder ser miembro de alguna de ellas. Obviamente que quienes quisieran integrar una de estas sociedades primeramente precisarían tener registrado su derecho ante la Dirección General del Derecho de Autor y, como lo señala el Artículo 95, estar usando o explotando dicho derecho. Pero la cuestión verdaderamente interesante es buscar aquellas características comunes que pudieran servir para agrupar a quienes usan y explotan su propia imagen. Es así como a cada momento vemos que se emplean las imágenes de cantantes, actores y actrices, deportistas, comediantes y demás personajes públicos con fines publicitarios, principalmente para anunciar toda clase de mercancías; por lo mismo, un primer parámetro a seguir podría ser la actividad profesional del individuo de cu-

ya imagen se trate; o bien, el fin con que la misma se utilice, o quizá el medio por el que la propia imagen se difunda, o tal vez la periodicidad con que ello ocurra o el monto de la remuneración que se haya de obtener. Claro que en último caso lo que permite una unificación es el uso o explotación de la imagen; asimismo, la ley permite en ciertos casos la inclusión de autores de ramos análogos e incluso que un autor pueda pertenecer a varias sociedades, dependiendo de la naturaleza de sus obras. Lo cierto es que todas estas son situaciones que seguramente todavía no se han presentado en la práctica y que tendrá que transcurrir mucho tiempo para que ello suceda, debido sobre todo a que la mayoría de estos célebres personajes pertenecen a otro tipo de sociedades a través de las cuales canalizan la salvaguarda de sus derechos; no obstante, no podía sustraerme a la tentación de dejar de plazar aquí esta inquietud la que, desde luego, queda sujeta a todo tipo de críticas y observaciones.

**CAPÍTULO XI. Generalidades.**— Comprende los últimos tres artículos de la ley: del 158 al 160.

**Artículo 158.** Obliga a quienes mantengan establecimientos de cualquier género donde se usen o exploten obras protegidas, a acreditar ante las autoridades competentes la autorización de los titulares de los derechos. Diento que en relación con el empleo público de las imágenes esta disposición prácticamente es desdeñada puesto que, por poner un ejemplo, difícilmente algún fotógrafo profesional tendrá, ya no una autorización expresa, sino constancia de que sus clientes no se oponen a que sus retratos sean exhibidos como mues-

tra del trabajo de aquél. De cualquier modo, ahí queda la encomiable intención del legislador de que se cumplan y respeten todas las prerrogativas a favor de los autores emanadas de esta Ley.

Artículo 159. Apunta que es nulo todo acto en que se afecten derechos patrimoniales de autor por estipularse condiciones inferiores a las mínimas previstas en las tarifas expedidas por la Secretaría de Educación Pública. Es una muestra más de que una de las prioridades de esta ley es implantar las condiciones que más favorezcan a los creadores intelectuales o artísticos desde el punto de vista económico, porque finalmente un autor seguirá produciendo siempre que sus obras le permitan sobrevivir con decoro.

## CAPÍTULO CUARTO:

## ASPECTOS COMPLEMENTARIOS.

## Justificación del Presente Capítulo.

Si bien la gran mayoría de los tratadistas no aceptan la inclusión del derecho a la imagen dentro de la materia autoral, opinión que desde luego yo comparto, lo cierto es que, como ya lo hemos visto, la realidad legislativa internacional difiere de dicho punto de vista. Es así como, gustenos o no, en México el derecho sobre la propia imagen hoy por hoy está catalogado como un derecho autoral. Por consiguiente, en este capítulo abordaré aspectos administrativos y procedimentales propios de los derechos de autor, pero que sin embargo también le son aplicables a la institución jurídica en estudio por las razones antes citadas.

Dependencias Gubernamentales  
Encargadas de la Materia.

Siendo esta una cuestión tan importante no podía dejar de ser incluida en la Ley Federal de Derechos de Autor, misma que le dedica todo el Capítulo VII (Artículos del 118 al 134) cuyo rubro es "De la Dirección General del Derecho de Autor".

No obstante, Gutiérrez y González hace una atina-

da observación:

"Considero que todas estas normas sobre organización y funcionamiento están fuera de lugar en la ley, y deben ser materia de un reglamento que al efecto expida el Presidente de la república, con fundamento en el Artículo 89 fracción I de la Constitución.

Esta es otra muestra más de la impreparación de los legisladores, que ignoran seguramente el principio de que la ley debe dar sólo bases, y los reglamentos de ellas desarrollarlas. Pero lo más grave aún, es la de hablar de ATRIBUCIONES de la llamada Dirección, pues de acuerdo con la teoría constitucional y el Derecho administrativo, las atribuciones son sólo de la PERSONA ESTADO y la Dirección NO ES PERSONA; es una simple oficina. Debió haber dicho que Estados Unidos Mexicanos, por conducto del Titular del Poder Ejecutivo Federal, a través del Director del Derecho de Autor, ejercerá las siguientes atribuciones. Pero esto es pedir mucho a unos pobrecitos legisladores casi casi, analfabetos, en lo jurídico" (84).

El Artículo 118 empieza diciendo lo siguiente:

"La Dirección General del Derecho de Autor de la Secretaría de Educación Pública, tendrá las siguientes atribuciones:".

De lo anterior se desprende que esta dependencia fue creada dentro del marco de la Secretaría de Educación Pública y, por lo mismo, corresponde al Poder Ejecutivo Federal. Y ciertamente que la Dirección en cuestión no podía pertenecer a ninguna otra secretaría, pues es precisamente la de Educación Pública la encargada de todo aquello que se relacione con la salvaguarda y el fomento de la cultura, la educación, la ciencia y la tecnología nacionales, y no debemos olvidar

(84) Gutiérrez y González, Hernesto.- Obra Citada.- Págs. 716 y 717.

que la producción de todo autor está destinada finalmente al engrandecimiento de alguno de los cuatro rubros antes citados; en consecuencia, era preciso crear dentro de su seno un organismo que específicamente se avocara a apoyar la producción autoral, a través de una serie de mecanismos tendientes a estimular a los creadores intelectuales y artísticos, a garantizar el reconocimiento y respeto de sus derechos, así como intervenir y propiciar toda clase de concertaciones internacionales que propendan a la consecución de tales propósitos.

En cuanto a las atribuciones que a esa Dirección General atañen, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Proteger el derecho de autor dentro del marco de la normatividad vigente.
- b) Intervenir en los conflictos que se susciten con motivo de las cuestiones autorales y en que participan autores nacionales o extranjeros, sociedades de autores nacionales o extranjeras, así como usufructuarios y utilizadores de las obras.
- c) Llevar, vigilar y conservar el registro Público del Derecho de Autor.
- d) Las demás que le señalen las leyes y sus reglamentos.

Así pues, las facultades de esta corporación comprenden básicamente dos aspectos: la protección autoral y la resolución de conflictos.

Por lo que respecta a la función tutelar, si bien la misma no implica necesariamente el registro de las obras, es indudable que éste contribuye en gran medida



a consolidarla y a actualizarla. En efecto, si bien el Artículo 8o. aclara que las obras quedan protegidas pe se a no ser registradas, no debe olvidarse que cualquier inscripción en todo tipo de registro permite que el acto jurídico en cuestión surta todos sus efectos frente a terceros, además de facilitar la real y efectiva salvaguarda de los intereses de su titular.

El Artículo 119 determina qué es lo que podrá ingcribirse en el Registro Federal del Derecho de Autor: las obras que presenten sus autores para ser protegidas (confirmándose con esto lo que acabo de expresar); los convenios o contratos que en cualquier forma afecten derechos patrimoniales de autor, o que autoricen modificaciones a una obra; los pactos o convenios celebrados entre sociedades autorales mexicanas y extranje ras. Esto significa que quien desee proteger y explotar su imagen, por propia seguridad lo primero que debe hacer es, conforme a la fracción I de este precepto, inscribirla en dicho Registro, aunque en este caso concreto finalmente ello resultaría inocuo, pues la probabilidad de que alguna vez surja la duda de que a quién corresponde tal o cual imagen es mínima. En todo caso y de acuerdo con mi postura ya definida y conocida, siento que en última instancia la inscripción de la imagen de una persona debería hacerse en el registro Civil, puesto que es allí donde se lleva el control de todos los actos jurídicos que de modo directo e inmediato tienen que ver con la persona misma de todo individuo en su esfera privada.

Pero aquí no se acaba el problema dado que, admitiendo esta inscripción tan especial, el Dr. Rangel Me

dina hacía un atinado planteamiento: ¿qué fotografía se debe presentar para registrar la propia imagen?; la de cuando se es un recién nacido, la de cuando se es un niño de dos años, la de cuando se tenían ocho años, la de cuando se era un adolescente, la de cuando se era una persona madura, la de la tercera edad; en todos es-  
 tos casos realmente no cabría objeción alguna, ya que a fin de cuentas siempre se trata de la imagen de una misma persona a través de las diferentes etapas de su vida. Y él mismo criticaba irónicamente esta situación por demás insostenible: es absurdo pretender registrar la imagen personal como si se tratase de una obra por-  
 que surge de inmediato el problema de determinar quién es el autor de la misma: ¿acaso cada cuál es autor de sí mismo?, ¿acaso somos una creación intelectual o artística de nuestros padres?, ¿acaso somos un producto ideado por la naturaleza?; es decir, por más buena vo-  
 luntad que se tenga no es sostenible equiparar nuestra propia imagen a un producto emanado de la mente humana. Sin embargo, como lo que verdaderamente trasciende es lo que acontece en la práctica, lo cierto es que, se-  
 gún me lo manifestó uno de los encargados del Registro, existe ahí una buena cantidad de inscripciones de la imagen de múltiples personalidades, tales como la de nuestro actual presidente constitucional Lic. Carlos Salinas de Gortari.

Pasando a otra cuestión no menos interesante, el Artículo 19 dispone lo siguiente:

"El registro de una obra intelectual o artística no podrá negarse ni suspenderse bajo el supuesto de ser contraria a la moral, al respeto a la vida privada o al orden pú-

blico, sino por sentencia judicial, pero si la obra contraviene las disposiciones del Código Penal o las contenidas en la Convención para la represión del Tráfico y Circulación de Publicaciones Obscenas, la Dirección General del Derecho de Autor, lo hará del conocimiento del Ministerio Público para que proceda conforme a la ley".

Ante todo, de este precepto se desprende una obligación terminante para la Dirección General del Derecho de Autor: proceder a inscribir sin más averiguaciones en ese momento toda obra que le presenten y que satisfaga los requisitos mínimos de registrabilidad. Aquí es importantísimo traer a colación un fundamental principio general de derecho que, palabras más, palabras menos, ~~roza~~ lo siguiente: el derecho de uno termina en donde empieza el derecho de los demás; por tanto, el extralimitarse en un derecho equivale a lesionar el derecho ajeno. Pues bien, considero que este precepto es una puerta abierta para perpetrar violaciones flagrantes a derechos de terceros, particularmente en la esfera de su intimidad a la cual pertenece, entre otros, el derecho sobre la propia imagen. He aquí los argumentos con que apoyo mi anterior afirmación:

De acuerdo con lo que dispone el Artículo transcrito, hasta en tanto no exista sentencia judicial que así lo determine, cualquier obra que se presente para su registro debe inscribirse desde luego, aun cuando se tengan razones suficientes para considerar que la misma es contraria a la moral, al respeto a la vida privada o al orden público; asimismo, si dicha convicción surge posteriormente a la inscripción, igualmente se necesitará para cancelarla la correspondiente sen-

tencia judicial. Presentado de esta forma el contenido del numeral 19 tenemos que, por encima de derechos individuales (respeto a la vida privada) y colectivos (moral y orden público), derechos que además ya tenían una existencia, vigencia y aceptación plenas, el legislador colocó de manera inconcebible un supuesto derecho naciente que en un momento dado incluso podría llegar a ser declarado inexistente (el del autor que solicita el registro). Obviamente que si una persona solicita el registro de su propia imagen podría con ello llegarse a afectar la moral o el orden público, pero nunca el respeto a su vida privada desde el momento en que fue ella misma quien procuró dicho registro. Sin embargo, algo muy distinto sucedería si es un tercero quien pretende el registro y no cuenta con el consentimiento de aquel a quien pertenece la imagen: el clásico pintor que elabora un excelente cuadro con la efigie de una hermosa mujer y que, por ser su obra, inmediatamente lo inscribe en el Registro sin siquiera saberlo la modelo, misma que llegado el caso quizá habría a estado en contra de la inscripción al sentir que tal cuadro no respeta su vida privada, dado que en él ella aparece desnuda totalmente, además de atentar contra sus principios morales.

Es más, en este caso ni siquiera sería válido el justificar una situación como la que se acaba de esbozar diciendo que ante todo se buscó proteger y estimular la producción autoral, ya que se ha visto en el Artículo 60. claramente que indica que la protección surge independientemente del registro de las obras.

Claro está que alguien podría decir que no existe

tal afectación a la moral, el orden público o la intimidad personal, en tanto que finalmente una sentencia judicial dará la razón a quien la tenga y hará que se mantengan incólumes sus derechos. Más yo por mi parte seguiría discrepando de quien así se expresara puesto que, tomando en cuenta que cualquier registro conlleva publicidad desde el momento en que es público, aunque la sentencia fuera favorable al reclamante y ordenara todo tipo de resarcimientos pecuniarios, lo cierto es que en relación con la alteración del orden público producida y con el daño moral causado, pero fundamentalmente con la difusión dada a la vida privada de la persona afectada, ya nadie ni nada podría hacer que las cosas volvieran al estado que guardaban antes de la inscripción en el Registro de la obra motivo del conflicto.

Pero lo peor es que este Artículo da a entender que, aunque la obra contravenga las disposiciones del Código Penal o las de la Convención para la Represión y el Tráfico y Circulación de Publicaciones Obscenas, la inscripción en el Registro de la misma deberá efectuarse o mantenerse, y lo único que podrá hacer la Dirección General del Derecho de Autor es poner tales circunstancias en conocimiento del Ministerio Público Federal para que proceda conforme a la ley, esto es, para que se realice la averiguación respectiva y, en su caso, ejercitar la acción penal. Retomando el ejemplo de la joven cuya imagen fue reproducida por un pintor en su cuadro, a pesar de que tal conducta se adecuara al tipo de los delitos contra el honor de las personas contemplados por el Código Penal, de que

transgrediera la Convención aludida y de que diera a la publicidad un rasgo de la intimidad de esa mujer sin ella consentirlo, por principio de cuentas no podría negarse la inscripción en el registro de dicha obra de arte pictórico.

Naturalmente que con todo lo que hasta aquí he manifestado no he querido decir que todo el Artículo 19 esté mal, sino que el error se originó al haber aplicado la misma regla a dos hipótesis distintas: la negativa, por una parte, y por la otra la suspensión del registro de una obra, siendo que en todo caso dicha regla sólo sería válida para la suspensión; es decir, yo considero que el registro de una obra intelectual o artística debe negarse si se le considera contraria a la moral, al respeto a la vida privada o al orden público, hasta en tanto no haya una sentencia firme que determine lo contrario, pero si las causas que motivaren la negativa del registro surgieran o se conocieran posteriormente a la verificación de aquél, su suspensión sólo podrá tener lugar una vez que haya sentencia firme que así lo ordene. Esta separación de hipótesis la hago con base en algo que ya antes había dejado delimitado: si se habla de negativa de Registro quiere decir que éste todavía no se ha realizado, por lo que los derechos que el mismo implica tampoco han surgido y, en consecuencia, no hay manera de afectarlos con la negativa, la cual de cualquier manera será analizada por los jueces a fin de determinar si es o no justificada, con lo que quedan a salvo tanto los intereses del solicitante del registro como los de los posibles terceros perjudicados con su concesión; en cambio, el

hecho de plantear una suscripción del registro implica que el mismo ya ha sido consumado, de suerte que no tiene caso suspenderlo desde luego, puesto que tal precipitación prácticamente reportaría a los terceros perjudicados las mismas ventajas que una suspensión posterior, de ahí que en este caso si sea pertinente esperar a que los tribunales digan la última palabra, máxime que sería incongruente suspender una inscripción que después tuviera que ser confirmada por la sentencia judicial, situación que además si perjudicaría al interesado en esa inscripción.

Así las cosas, siento que todo es propicio para proceder en cuanto se desee a depurar el Artículo 19 en los términos de la propuesta formulada, sobre todo si se toma en cuenta que los abogados y demás personas que laboran en el registro deben ser peritos en la materia, de modo que en un momento determinado su criterio debe ser confiable y bastar para adoptar las decisiones pertinentes que cada caso en particular ameriten, salvaguardando y conciliando de la mejor manera posible todos los intereses que estén en juego. Por otro lado, como en general el trámite para la inscripción en el Registro es más breve que un juicio, para que tuviese lugar la negativa en las condiciones actuales tendría que promoverse el juicio mucho antes de formularse la solicitud de inscripción, en cuyo caso el juicio carecería de materia al no poder decidir acerca de algo que ni siquiera se ha intentado; incluso el afectado con el registro tendría que ejercitar su acción hasta que se hubiera presentado la solicitud, pero al substanciarse ésta más rápido que el juicio,

de nada serviría que la sentencia negara el registro cuando el mismo ya estuviese efectuado, a menos que el procedimiento de inscripción se suspendiera hasta en tanto fuera emitido el fallo judicial, pero en tal caso se estaría negando el registro tácitamente al momento de solicitarlo y satisfacer todos los requisitos para obtenerlo, con lo que se infringiría la vigente disposición del multicitado y controvertido Artículo 19; o bien, negarlo bajo algún otro supuesto que tal permita como pudiera serlo la no objetivación perdurable o la no susceptibilidad de hacerse del conocimiento público, extremos que ya difícilmente se presentan.

Por último, la negativa de registro de una obra como primera decisión finalmente no le causa daño moral alguno a su autor, y de ser tal resolución injusta siempre quedará la posibilidad de que el fallo judicial fije alguna compensación económica a favor del solicitante del registro que lo resarza satisfactoriamente de los perjuicios que la negativa le hubiese causado.

Pasando a otras cuestiones de no menos importancia, de acuerdo con el Artículo 122 vigente, existe respecto a las inscripciones hechas en el Registro una presunción juris tantum de ser cierto lo que en ellas conste, sin menoscabo de los derechos de terceros; es decir, la actividad registradora tiene como base la buena fe de quienes se sirven de ella porque no es sino a ellos a quienes beneficia, más no por esto se priva a terceros de los derechos que pudieran tener y que son igualmente respetables.

Para corroborar lo arriba expresado, el Artículo



123 agrega que la inscripción de cualquier acto no se invalidará en perjuicio de terceros de buena fe aun cuando después dicha inscripción sea anulada.

El Artículo 124 faculta a los coautores de una obra para que cualquiera de ellos pueda solicitar la inscripción de la obra completa. Así pues, si varias personas bien definidas, digamos un equipo deportivo, un cuadro escénico o un conjunto de estudiantes, cada uno de ellos en lo individual está capacitado para solicitar el registro de esa fotografía en la que se contiene su imagen y la de sus amigos dado que, para los efectos de la Ley, cabe hablar de coautoría en relación con dicha fotografía, máxime que en este caso lo que primeramente trasciende es precisamente el conjunto de sus componentes en sí. Sin embargo, creo que habría que reflexionar un poco más en relación con este punto puesto que, si bien la fotografía es copropiedad de todos, la imagen de cada uno de los retratados sólo a él le corresponde, además de estar perfectamente determinada al no tratarse de multitudes. Claro que si se pacta lo contrario tal expectativa desaparece.

Por otra parte, si lo que se pretende registrar es un convenio de cesión del derecho de autor de una obra no registrada, ésta se inscribirá de oficio, apunta el Artículo 125, exhibiendo un ejemplar de la misma, anotándose al margen de la inscripción la transmisión del derecho de autor. La lógica que guarda esta disposición es evidente, puesto que resultaría absurdo pretender registrar la cesión de derechos sobre una obra que a su vez carece de registro.

El Artículo 130 es muy importante porque determi-

na cuáles son los anexos que deben acompañarse a las solicitudes de inscripción en el registro. Es así como en su primera parte dispone:

"Quien solicite el registro de una obra entregará al encargado del registro tres ejemplares de la obra producida, editada o reproducida. Uno de los ejemplares será devuelto al interesado con las anotaciones procedentes...".

Y para el caso particular que motivó esta tesis, en su última parte agrega:

"Cuando se trate de pinturas, esculturas y obras de carácter análogo, se presentarán copias fotográficas de ellas".

Visto lo anterior se puede inferir que, cuando alguien desee registrar su propia imagen, debe acompañar a la solicitud respectiva tres fotografías de sí mismo y esperar que le devuelvan una de las mismas con alguna anotación; sin embargo, si su imagen fue captada en una obra de dibujo, pictórica, escultórica, etc., deberá presentar tres copias fotográficas de la obra en cuestión y con ellas se procederá a realizar la inscripción solicitada en el registro.

Así pues y resumiendo, el procedimiento para registrar una obra es sencillo y consiste en lo siguiente: proporcionar los datos que se piden para llenar la solicitud de registro; entregar o depositar las tres fotografías firmadas; cubrir la orden de pago que se le entregue a favor de la Tesorería de la Federación, lo cual se puede hacer en el propio local de la Dirección; al interesado se le devolverá una de las fotografías con las anotaciones del número de registro, fecha en que éste se concedió; número del libro y fojas en

que quedó asentado; firma del responsable del Departamento del registro; recoger el certificado de inscripción, mismo que es una constancia de que la efígie ha quedado registrada. Estos trámites pueden hacerse por correo, sobre todo si se vive fuera de la capital, en cuyo caso bastará con enviar las tres fotografías firmadas, un giro postal por la cantidad correspondiente y una solicitud para que su imagen sea registrada.

Aunque es improbable, si se pretende inscribir una efígie bajo pseudónimo, de acuerdo con el Artículo 126 debe acompañarse a la solicitud un sobre cerrado que contenga los datos de identificación del retratado bajo responsabilidad del solicitante, sobre que únicamente será abierto por el encargado del registro con asistencia de testigos cuando lo pida el solicitante del registro, el editor de la obra o sus causahabientes, o por resolución judicial, con lo que comprobará se la identidad del retratado y su relación con la imagen, tras lo que se levantará acta de la apertura y el encargado expedirá las certificaciones que correspondan.

Por otro lado, el Artículo 132 contempla las obligaciones del encargado del registro: inscribir, cuando proceda, las obras y documentos que le sean presentados, incluyendo la imagen de quienes lo soliciten; permitir que quien lo solicite se entere de las inscripciones que obren en el registro, ya que arte todo se trata de una dependencia pública; expedir las copias certificadas de las constancias que se le soliciten; si se le solicita, expedir certificados de no existir asientos o constancias determinados. Deberá negarse el

registro a todo acto o documento que en su contenido o en su forma contravenga o sea ajeno a lo dispuesto por esta Ley, lo cual finalmente se deja al criterio del encargado del Registro.

Finalmente, tanto en la Convención de Berna como en la Convención Universal Sobre Derechos de Autor se estipula que no es necesario cubrir ninguna formalidad para que una obra goce de la protección internacional de los Estados contratantes. Sin embargo, explica Herrera Meza:

"El registrar una obra no tiene por objeto adquirir el derecho a la protección sino a garantizar su ejercicio, es una medida administrativa que proporciona seguridad y elementos irrefutables ante cualquier conflicto que pudiese surgir. La posesión del registro de una obra es un documento que da fe de la calidad de autor que se tiene sobre dicha obra" (85).

Medios Procesales  
que se Pueden Hacer Valer.

En toda materia jurídica alguna vez se presentan entre aquellos a quienes va dirigida, ya sea por su aplicación o por su interpretación, todo tipo de diferencias o conflictos, de ahí que se dicte toda una serie de reglas que procuren la resolución de todos estos problemas de la forma más justa y satisfactoria para todos los en ellos implicados.

Ante todo la Ley busca evitar que los conflictos trasciendan a los tribunales puesto que, además de tener éstos una excesiva carga de trabajo, siempre es mejor que las partes implicadas superen sus diferencias en el momento mismo de surgir éstas, evitándose así todas

(85) Herrera Meza, Humberto Javier.- "Iniciación al Derecho de Autor".- S.E.P.- Pág. 189.- 1982.

las molestias que conlleva un juicio dado que, como dicen los litigantes: "más vale un mal arreglo que un buen pleito". Es así como el Artículo 133 impone a la Dirección General del Derecho de Autor la obligación de, en caso de surgir controversias sobre derechos autorales, invitar a los interesados a una junta a efecto de averirlos; pero si dentro de los 30 días posteriores a la fecha de la primera junta no se llegare a ningún acuerdo conciliatorio, la propia Dirección exhortará a las partes para que la designen árbitro y, de aceptar aquéllas, el compromiso arbitral se hará constar por escrito, siendo el procedimiento arbitral preferente el convenido por las partes. El propio precepto advierte que el laudo arbitral así dictado tendrá efectos de resolución definitiva, por lo que contra él procederá únicamente el amparo directo; no obstante, las resoluciones de trámite o incidentales sólo admitirán el recurso de revocación ante el mismo árbitro

Ahora bien, desde el momento en que las partes no están obligadas ni a comparecer a la junta de averencia, ni a llegar a un acuerdo conciliatorio durante o posteriormente a ella, ni a designar árbitro a la Dirección, tienen plena libertad para optar por la vía judicial y así ventilar sus conflictos. Es por tal razón que el Capítulo IX de la Ley (de los Artículos 145 al 156) fue creado bajo el rubro "De las Competencias y Procedimientos".

Así, el Artículo 145 declara competentes a los tribunales Federales para dirimir las controversias autorales, más si sólo están en juego intereses particulares y de orden exclusivamente patrimonial, podrán co

nocer de ellas, a elección del actor, los tribunales del orden común correspondientes, o sea, este es un caso de la llamada jurisdicción concurrente; sin embargo, de los delitos previstos y sancionados por esta Ley únicamente podrán conocer los Tribunales Federales. Seguramente la regla general que de aquí se desprende se debe al indebido carácter federal de la ley de la materia.

Por su parte, el Artículo 146 comienza por señalar cuáles ordenamientos y en qué orden habrán de aplicarse en la resolución de los conflictos: la Ley Federal de Derechos de Autor y sus reglamentos; supletoriamente la legislación común, siempre que la Federación no sea parte. Más adelante lista las precautorias que pueden solicitarse en el caso de que no se hayan cubierto los derechos autorales pecuniarios, destacando para efectos de nuestro estudio: embargo de aparatos electrónicos; intervención de negociaciones mercantiles; embargo de ingresos derivados de la representación (pero yo más bien hablaría de la utilización o explotación pública).

Si la acción contradictoria se sustenta en el registro de una obra, dice el Artículo 147, precisará para su ejercicio que previa o simultáneamente se demande la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, ya que un juicio entablado contra quien no sea el titular del derecho registrado o su causahabiente deberá sobreseerse.

En el Artículo 148 se imponen dos obligaciones a las autoridades judiciales y al Ministerio Público: remitir a la Dirección General del Derecho de Autor co-

plia simple de la demanda, denuncia o querrela motivo de la iniciación de cualquier juicio o averiguación en materia autoral; enviarle copia autorizada de todas las resoluciones firmes, a fin de hacer en los libros del registro las anotaciones correspondientes. Así pues y aunque no es su obligación, es conveniente que el actor exhiba junto con el original de su demanda, denuncia o querrela cuando menos tres copias: la que él mismo conservará tras serle sellada; una para correr traslado al demandado; la tercera para hacerle la notificación a la Dirección. Con ello logrará evitar que por la falta de alguna copia se obstaculice o alargue el procedimiento en cuestión.

Conforme al Artículo 149, si el motivo de la litis es una constancia, anotación o inscripción en el Registro, necesariamente serán parte la Secretaría de Educación Pública y competentes los Tribunales de la Federación. Esto es lógico en cuanto a que la Secretaría a través de la Dirección multicitada es la encargada de llevar el Registro.

En los Artículos 150 al 154 se detalla lo relativo al aseguramiento, venta y aplicación de su producto de las cosas objeto y efecto de la reproducción ilegal. La orden de venta parcial o total la dará el juez competente a petición de cualesquiera de las partes o del Ministerio Público, siempre que el titular del derecho dé su consentimiento, sustanciándose tal venta en forma de incidente. Una vez firme la resolución, los bienes se entregarán a un banco fiduciario para que los venda mediante corredores públicos titulados al mejor precio del mercado, pagando del producto, en

este orden, el monto de lo demandado o la reparación del daño, así como las multas decretadas, quedando el saldo a favor del demandado o infractor. Asimismo, tras indicar que el daño moral es el consistente en las violaciones a los aspectos morales del derecho de autor, el Artículo 156 determina que su reparación consistirá cuando menos en un 40% del producto total obtenido por la venta al público de los ejemplares, pero si ello no se puede precisar el mismo juez fijará la reparación con audiencia de peritos.

Todavía en relación con lo tratado en el párrafo que precede, me parece muy interesante lo que al respecto se dispuso en el Artículo 155:

"Cuando las cosas u objetos a que se refieren los Artículos anteriores no puedan ponerse en el comercio por ser incompatibles con el derecho de autor, serán destruidos. También serán destruidos cuando, pudiendo ser puestos en el comercio, el titular del derecho lesionado se oponga expresamente a su venta".

Siento que en este precepto se lleva a extremos verdaderamente peligrosos el alcance del derecho de autor, además de asemejarse al controvertido jus abutendi, característica que en la antigüedad se daba a la propiedad y que actualmente, al menos en México, en general ya ha sido superada por la función social que se le ha dado al derecho real por excelencia, el de propiedad.

En otro orden de ideas, en el Capítulo VIII (Artículos del 135 al 144) denominado "De las Sanciones", se contienen precisamente una serie de sanciones (fundamentalmente prisión y multa) que deberán aplicar tan



to los tribunales como la misma Dirección General del Derecho de Autor en ocasión de la comisión de los delitos u otro tipo de infracciones que la ley prevé. Si en la Dirección la que ha de sancionar la infracción por no constituir ésta un delito, de acuerdo con el artículo 143 se notificará debidamente al probable responsable, emplazándolo para que dentro de un término de 15 días ampliable a juicio de la autoridad, ofrezca las pruebas para su defensa.

Por otra parte, puede haber resoluciones de la Dirección General del Derecho de Autor, como la imposición de una multa con las que el particular no está de acuerdo, en cuyo caso deberá canalizar su inquietud interponiendo el recurso administrativo de reconsideración, expuesto en el Capítulo X que por cierto consta de un sólo Artículo (el 157). Al respecto Gutiérrez y González apunta que este capítulo es una muestra más de la falta de conocimiento de la técnica jurídica del legislador, pues la semántica determina que "capítulo" es la división que se hace en los libros y en cualquier otro escrito para el mejor orden y más fácil inteligencia de la materia.

En dicho Artículo 157 se dispone que el recurso debe interponerse por escrito ante la Secretaría de Educación Pública dentro de un término de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se notifique la resolución impugnada, cuya notificación debe hacerse por correo certificado o por otra forma fehaciente; por consiguiente, si dicho término transcurre sin haber interpuesto el recurso, la resolución de que se trate quedará firme por ministerio de

ley. El escrito de inconformidad al menos debe contener: nombre y domicilio del inconforme o de su representante legal; resolución o resoluciones impugnadas; puntos concretos de hechos; derecho en que se funde el recurso; como anexos, las pruebas que se juzgan pertinentes. La Secretaría de Educación podrá allegarse cuantos elementos de prueba estime necesarios y deberá comunicar oportunamente su resolución mediante cualquier forma fehaciente. Si lo que se impugna son multas, el recurrente deberá comprobar ante la Dirección General del Derecho de Autor que garantizó su importe y los accesorios legales, lo cual se hará saber al Secretario de Educación.

Sólo debe agregarse que la Subdirección Jurídica es precisamente el organismo encargado de atender todos los asuntos jurídicos que se presenten, así como de intervenir en los conflictos que surjan entre todo tipo de personas o con ocasión de los derechos autorales.

## CONCLUSIONES PERSONALES.

Mi intención con este último apartado de mi tesis de licenciatura es tratar de dar a la vez las ideas vinculadoras de toda su estructura y un resumen de la misma.

1a. Ya desde las mismas raíces etimológicas del término patrimonio cabe la inclusión en el mismo tanto de la imagen como del derecho que sobre la misma cada cual tiene, dado que nos pueden reportar una utilidad que, si bien en principio puede no ser material o económica, jamás estará desprovista de toda la gama de matices sensibles, afectivos, morales, espirituales, etc., máxime que el patrimonio puede adquirirse por herencia o por cualquier otro título y en ningún caso se demerita o menoscaba.

2a. Aun en el caso de pretender restringir el patrimonio a lo meramente pecuniario, la imagen y el derecho que sobre ella se tiene siempre tendrán cabida en él, ya que en última instancia cualquiera tendrá permanentemente la posibilidad de explotar su propia imagen en alguna de las múltiples formas ya estudiadas, debido sobre todo a los incontables avances tecnológicos de nuestros días y a los cuales ya me he referido muy ampliamente.

3a. El derecho sobre la propia imagen forma parte del activo del patrimonio o de los bienes morales o no

pecuniarios y, como universalidad jurídica que es, abarca a los derechos que se pueden tener y explotar en el futuro, con lo que una vez más se supera el argumento desvirtuador consistente en su no explotación presente, directa o inmediata.

4a. Asimismo, aunque la imagen de una persona no haya sido de facto evaluada pecuniariamente, siempre existirá la posibilidad de hacerlo, con lo que se satisface el requisito de la susceptibilidad de valorización pecuniaria que se exige a los componentes del patrimonio.

5a. Supuesto que a toda necesidad individualizada siempre debe corresponder un bien también individualizado, la imagen del ser humano es un bien patrimonial desde el momento en que tiende a satisfacer la necesidad de la privacidad.

6a. Por lo demás, como concepto dinámico que es, resulta absurdo pretender seguir circunscribiendo el contenido del patrimonio a los parámetros que tradicionalmente lo determinaron y que fueron ante todo de índole pecuniaria.

7a. Conforme a nuestro vigente Código Civil la imagen puede ser perfectamente un bien jurídico, dado que además de que le reporta una utilidad al hombre, por no estar excluida del comercio es factible que sea objeto de apropiación, y de hecho es parte del ser mismo de cada individuo, por lo que origina a su favor un derecho cuyos beneficios económicos pueden alcanzar a terceros.

8a. Analizada a partir de su connotación más primitiva, nuestra imagen es al propio tiempo cosa y

bien. Bien porque el respeto que los demás le tengan nos hace felices y dichosos. Cosa porque se proyecta al mundo exterior, fuera de nosotros, como una emanación nuestra; asimismo, tiene su propia entidad espiritual, natural y real.

9a. La imagen, si bien se puede captar por medio de uno de los sentidos (la vista), es una cosa incorporal o intangeible, pues carece de materia al no ser más que el reflejo de algo o de alguien, independientemente de que la imaeen pueda quedar permanentemente plasmada en algún objeto material.

10a. Obviamente que, como todos los derechos, el derecho sobre la propia imagen es un bien incorporal.

11a. Desde el punto de vista de la mera facultad o potestad, el derecho sobre la propia imaeen sí es un derecho subjetivo, ya que actualmente está reconocido por una norma de derecho positivo y vigente (el Artículo 16 de nuestra ley autoral), además de serle aplicables todas las demás disposiciones del propio ordenamiento ya comentadas exahustivamente.

12a. Y como derecho subjetivo que es, el derecho a la imagen también conlleva un deber jurídico: la obligación de los demás de respetar el looce de dicho derecho de cada uno de sus semejantes, no interfiriendo en su ejercicio.

13a. Más también estamos ante un derecho subjetivo desde la perspectiva del interés, pues es obvio que el legislador en un momento dado sintió un especial interés de proteger una determinada necesidad humana: el derecho a la intimidad, una de cuyas especies es el derecho a la imagen.

14a. Igualmente este derecho, al menos en México, también goza de la garantía de la acción, ya que el particular tiene la posibilidad de constreñir a la Administración Pública para que haga respetar su derecho y, aunque en determinado momento se esgrimiera la utilidad pública, de cualquier manera prevalecería en la medida de lo posible el interés individual legítimo.

15a. Incluso a partir de los orígenes de la noción "derecho subjetivo" se puede ubicar al derecho sobre la propia imagen en esta categoría, supuesto que es indiscutible que la imagen de cada cual sólo a él le pertenece.

16a. En su carácter de derecho subjetivo, el derecho sobre la propia imagen presupone la posibilidad de una actuación lícita con trascendencia jurídica (registrar y explotar la imagen) y la protección por el ordenamiento (a partir del Artículo 16 y demás disposiciones aplicables de la ley autoral). Igualmente, su estructura incluye los tres elementos propios de su especie: sujeto (aquel de cuya imagen se trate), objeto (la imagen específica de cada ser humano en particular) y contenido (el concepto de imagen in genere, sin referirla a ninguna persona en especial y sí al hombre en general).

17a. Desde el punto de vista de la eficacia y naturaleza del derecho subjetivo, el derecho a la imagen es absoluto, originario e intransmisible.

18a. Desde la perspectiva del objeto y contenido intrínseco del derecho subjetivo, el derecho sobre la imagen es privado y, según la generalidad de los tratadistas, no patrimonial por no asegurar una utilidad

económica inmediata, más yo me adhiero a la opinión de Gutiérrez y González en el sentido de reconocerle a este derecho su patrimonialidad.

19a. El derecho sobre la propia imagen se ajusta perfectamente a la denominación que propono para los derechos de la personalidad, ya que una de sus finalidades primordiales es precisamente reafirmar y hacer respetar la individualidad de cada cual, su deseo de ser visto como él mismo y no ser confundido con ninuno de sus semejantes.

20a. La noción que Ferrara da de derechos de la personalidad puede en cierta forma aplicarse al derecho sobre la propia imagen, siempre que el término "fuerza" se entienda en un sentido amplio, pues es innegable que tal derecho asegura al individuo la actuación sobre una de sus fuerzas físicas y espirituales: la propia imagen.

21a. Igualmente puede el derecho en estudio acoplarse al concepto de derechos de la personalidad que da Deni, aunque dando a la voz "facultades" una connotación amplia, puesto que este autor habla de que tienden a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, siendo precisamente la imagen una de dichas facultades.

22a. La definición de derechos de la personalidad de Mario hotondi es aplicable al derecho a la imagen únicamente en cuanto a sus consecuencias, dado que señala que la abstención u obligación negativa de los demás se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones (como lo es la imagen) de la personalidad ajena.

23a. Si se considera a la imagen como una de las cualidades físicas o morales del ser humano, entonces al derecho que todos tenemos sobre la misma le será aplicable la idea que Castán Tobeñas expone acerca de los derechos de la personalidad, supuesto que esas cualidades son el contenido de los correspondientes bienes en sentido jurídico (derechos).

24a. Personalmente coincido con Díez Díaz y Gutiérrez y González cuando afirman que los derechos de la personalidad son bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del hombre, debido a que la imagen de cada cual no es sino una proyección de él mismo, pues de él emana o es él quien la lanza fuera de sí.

25a. Como derecho de la personalidad que es, el derecho sobre la propia imagen comparte la mayoría de sus características: es un derecho originario o innato; es un derecho subjetivo privado; es un derecho absoluto o de exclusión, más en cuanto a su contenido es relativo por estar condicionado a las exigencias de los órdenes moral y jurídico; es un derecho patrimonial; es un derecho intransmisible de manera total, pues su titular sí puede disponer parcialmente de él, sobre todo en lo relativo a su uso o explotación pecuniaria; es un derecho irrenunciable y, con excepción de su aspecto pecuniario, imprescriptible.

26a. Respecto a las teorías que explican la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, desde el punto de vista de su estructura la más cierta parece ser la pluralista, ya que señala que el objeto de los derechos de la personalidad son los modos de



ser físicos o morales (como la imagen) de la persona.

27a. Los tratadistas consultados, al dar su clasificación de derechos de la personalidad, no dejan de tomar en cuenta el derecho sobre la propia imagen, ya aisladamente considerado, ya incluyéndolo en la esfera moral o del honor de las personas, o, y en ello coincide la mayoría, entre los derechos inherentes a la esfera secreta, privada, íntima o de reserva del individuo.

28a. Si bien Gutiérrez y González ubica al derecho sobre la propia imagen en la parte social pública, aquél no participa de todas las características de ésta, puesto que, contrariamente a lo que señala el autor que se comenta, en dicho derecho sí han repercutido grandemente los avances científicos y tecnológicos.

29a. Como uno de los derechos de la personalidad que es, el derecho sobre la propia imagen no logró que dar al margen del abandono doctrinal y legislativo en que siempre han estado, al grado de que en México solamente un precepto de la ley autoral lo consagra en forma directa y expresa, en tanto que Gutiérrez y González, único tratadista mexicano que lo ha abordado, lo hizo de una manera muy superficial.

30a. Como subespecie del derecho a la intimidad que es, el derecho sobre la propia imagen manifiesta los dos sentidos de aquél: el positivo (posibilidad de usar y explotar la propia imagen) y el negativo (facultad para oponerse a que un tercero la difunda públicamente o la utilice sin nuestro consentimiento).

31a. La consecuencia inmediata de transgredir el derecho sobre la propia imagen es un daño moral, pero más tarde o más temprano éste deviene patrimonial pecu

niariamente hablando, de ahí la necesidad de procurar reglamentarlo de la mejor manera posible, tratando de conciliar todos aquellos intereses que en un momento dado pudieran estar en juego, pero asegurando ante todo el pleno y libre ejercicio de tan fundamental derecho.

32a. Resulta verdaderamente difícil imaginar una hipótesis de transgresión del derecho a la imagen apoyada en el derecho a la información, puesto que en última instancia la efigie de alguien únicamente podrá emplearse para ilustrar o aclarar una noticia, pero nunca en forma aislada; además, el sujeto de cuya imagen se trate deberá ser uno de los protagonistas de la información en cuestión y no alguien ajeno a ella.

33a. Ciertamente que el concepto que propongo de derecho sobre la propia imagen es demasiado amplio, pero siento que sólo así era posible que la materia quedara perfectamente ubicada, además de que la amplitud de mi concepto se debe en gran medida a la errónea inclusión de esta institución entre los derechos autorales.

34a. En relación con la naturaleza jurídica del derecho sobre la propia imagen, considero que este es un derecho subjetivo de los llamados "derechos primigenios del hombre", mismo que bien puede entenderse como una prolongación o continuación del derecho sobre el propio cuerpo, aunque sin descartar la posibilidad de que en determinado momento presentare una naturaleza jurídica propia y específica, pero debidamente explicada y fundamentada.

35a. La importancia y trascendencia de la institu

ción jurídica que me ocupa son tan palpables y obvias que creo ya no ameritan mayores comentarios al margen de los vertidos en su momento, y en todo caso sólo reiteraría la imperiosa necesidad de darle un adecuado tratamiento doctrinal y legislativo en México.

36a. A nivel doctrinario internacional tiende a darse un consenso en el sentido de que la tutela de la imagen de las personas debe concretarse a impedir su exposición o difusión lesivas o con fines publicitarios sin el consentimiento de aquéllas, aunque muchos van más lejos al estimar que, por tratarse de uno de los derechos inherentes a la intimidad, resultaría pertinente supeditar en todo caso la exposición de la imagen de alguien a su consentimiento o al de su representante legal.

37a. También es punto de coincidencia entre los tratadistas lo concerniente a los límites de este derecho: el interés u orden público, incluyendo aspectos de índole policiaca, administrativa y de seguridad nacional.

38a. Si bien los personajes públicos ven de algún modo reducido el alcance de su derecho a la imagen, éste no desaparece del todo, principalmente en tratándose de hechos de su vida estrictamente privada; asimismo, tampoco es aceptable que la conducta pretérita de alguien determine la inexistencia de su actual derecho a la propia imagen.

39a. Resulta pertinente que, al menos durante determinado lapso de tiempo, subsista el derecho sobre la imagen del fallecido a favor de sus parientes más cercanos o de sus herederos, tanto por vincularse con

sus propias vidas como por razones de respeto a la memoria del difunto.

40a. La tutela penal de este derecho también debe ser muy meticulosa, procurando abarcar todas las hipótesis de utilización de imágenes y sin hacer una lista limitativa de los medios empleados.

41a. Hasta donde tengo entendido, en México aún no se ha regulado el derecho de arena, de ahí que éste se deje al arbitrio de las partes, y si acaso se le aplican las reglas generales de los contratos civiles; en consecuencia, sería conveniente que cuanto antes nuestro legislador se avocara a consagrarlo y detallarlo en una ley, procurando conciliar los intereses de los deportistas, los patrocinadores y los propietarios de los medios masivos de comunicación. Sin embargo, antes que nada será preciso posibilitar la sindicalización de deportistas, ya que en muchos casos sus federaciones se los prohíben abierta o tácitamente, siendo que los deportistas finalmente son trabajadores al servicio de los dueños de sus respectivos equipos.

42a. La totalidad de las legislaciones positivas revisadas relativas al derecho sobre la propia imagen lo restringen en principio a la fotografía, y sólo en algunos casos hacen extensivas sus disposiciones de manera expresa a otros medios análogos.

43a. Los adelantos legislativos más notables en esta materia se centran en Europa, pues prácticamente todos los países occidentales de ese Continente la han incorporado a su derecho positivo.

44a. Todas estas legislaciones previeron los límites al derecho sobre la propia imagen unánimemente

aceptados por la doctrina internacional: interés u orden público (que incluye la cultura, la enseñanza, la ciencia, la seguridad y la paz públicas, etc.) y los derechos de terceros.

45a. En lo tocante a la imagen de personajes públicos y personas fallecidas, puede decirse que en términos generales los textos positivos hacen suyas las tesis doctrinales respectivas en lo fundamental.

46a. Indudablemente que, en términos generales, la normatividad vigente en nuestro país aplicable al derecho sobre la propia imagen resulta bastante completa por abarcar diversas hipótesis; no obstante, es menester que a la mayor brevedad posible se le separe de la ley autoral y se le incorpore al Código Civil, o incluso se elabore una ley específica de la materia, dado que hoy por hoy existe la permanente posibilidad de que en cualquier momento se susciten conflictos por la aplicación de muchas de las normas autorales de carácter general. Desde luego que en la creación de un nuevo ordenamiento de la materia que me ocupa deberán tomarse en cuenta algunos de los lineamientos consagrados en la ley autoral, pero adaptándolos y refiriéndolos específicamente al derecho a la imagen, además de enriquecerlos con disposiciones análogas a las incluidas en las leyes de los países más avanzados en la materia, siempre que aquéllas constituyan una efectiva solución a las necesidades reales de nuestra colectividad y sean las más adecuadas.

47a. Además de resultar a todas luces innecesario el registrar la imagen de una persona, tal posibilidad contemplada por nuestra ley conlleva una gran cauda de

problemas potenciales, por lo que de una vez por todas debería eliminarse, al menos en lo tocante al derecho sobre la propia imagen.

48a. Supuesto que la institución en estudio es esencialmente de derecho civil, privado, resulta totalmente inadmisibile la participación que en su aspecto adjetivo se da a una dependencia del Poder Ejecutivo Federal como lo es la Secretaría de Educación Pública.

## BIBLIOGRAFÍA.

Aguilar Carvajal, Leopoldo.- "Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones".- Segunda Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1967.

Badenes Gasset, Ramón.- "Los Derechos del Hombre Sobre el Propio Cuerpo".- Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CV. Segunda Época. Tomo XXXV (203 de la colección).- Madrid, 1957.

Castán Tobeñas, José.- "Los Derechos de la Personalidad".- Instituto Editorial REUS. Instituto de Enseñanza y Publicaciones.- Madrid, 1952.

Castán Tobeñas, José.- "Derechos del Hombre".- Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CXVIII, No. 6.- Madrid, diciembre 1968.

Clavería Gonsalbez, Luis Humberto.- "Reflexiones Sobre los Derechos de la Personalidad a la Luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de Mayo".- Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXVI, Fascículo III, octubre-diciembre MCMLXXXIII.- Jerez, España.

Cuadra Ipiña, Federico.- "Derecho de la Personalidad".- Revista de la Escuela de Derecho, Núm. 3; Universidad Autónoma de San Luis Potosí, S.L.P., México. 1982.

Fernández Sabaté, Edgardo.- "La Persona y sus Derechos Primigenios".- Revista Jurídica, 2-1957; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán.- San Miguel de Tucumán, República Argentina.

Frosini, Vittorio.- "Bancos de Datos y Tutela de la Persona".- Revista de Estudios Políticos; No. 30, Nueva Época, noviembre-diciembre, 1982.- Milán, Italia.

Gangi, Calogero.- "Persone Fische e Persone Giuridiche".- Segunda Edición.- Dotta Giuffre Editore.- Milano, Italia, 1948.

Goldschmit, Roberto.- "La Protección Jurídica de la Vida Privada".- Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal; año XXII, mayo-junio, 1959, No. 108. Caracas, Venezuela.

Gómis, José, y Muñoz, Luis.- "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I.- México, 1942.

Gutiérrez y González, Ernesto.- "El Patrimonio". Segunda Edición.- Editorial Cajica, S.A.- Puebla, Puebla; México, 1982.

Herrera Meza, Humberto Javier.- "Iniciación al Derecho de Autor".- Secretaría de Educación Pública; Dirección General del Derecho de Autor.- México, D.F., 1982.

De Jacobina Rabello, José Geraldo.- "Do Direito de Arena".- Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial; año 2, julho/setembro/1978, 5.- Brasília.

Lopera, Alfonso.- "El Derecho a la Intimidad".- Publicado por la Universidad de Antioquía; LIII. 200-201-junio, 1977.- Colombia.

Loredo Hill, Adolfo.- "Derecho Autoral Mexicano". Primera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, D.F. 1982.

Madridejos Sarasola, José.- "Los Derechos Personales".- Revista de Derecho Privado; abril, 1962.- Madrid, España.

Mendilaharsu, Eduardo F.- "La Imagen de las Personas y el Derecho de Privacidad" (Notas para la Reforma de Nuestro Código Civil).- Publicado en "La Ley".- Buenos Aires, Argentina; lunes 27 de diciembre de 1954.

Morales Prats, Fermín.- "Privacy y Reforma Penal: La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (1983)".- Documentación; Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia.- Volumen enero/diciembre de 1983; 37/40.- Madrid, España.



Mosset Iturraspe, Jorge.- "El Derecho a la Intimidad (Artículo 32 vis del Código Civil)".- Jurisprudencia Argentina; Diario No. 4709.- Buenos Aires; marzo 10 de 1975.

Moto Salazar, Efraín.- "Elementos de Derecho".- Séptima Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, D. F., 1962.

Nerson, Roger.- "La Protección de la Personalidad en el Derecho Privado Francés".- Traducción de José María Castán Vázquez.- Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia; enero de 1961.- Separata del Instituto Editorial Reus.- Madrid, 1961.

Obando Salazar, Ramón Augusto.- "Los Derechos de la Personalidad y su Tutela Jurídica en la Legislación Venezolana".- Publicado por la Universidad de Caracas (Centro de Investigaciones) en el Anuario de la Facultad de Derecho.

Ochoa Restrepo, Guillermo.- "Derecho a la Imagen". Publicado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; año XXV; Segunda Época, Marzo 1964, Vol. XXIII, No. 65.- Colombia.

Ortiz Sepúlveda, Eleodoro, y Pecchi Croce, Carlos.- "Tutela Procesal del Derecho a la Intimidad Personal en Chile".- Publicado en la Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción; No. 176, año LII; julio-diciembre de 1984.- Chile.

Puente y F., Arturo.- "Principios de Derecho".- Quinta Edición.- Editorial Banca y Comercio.- México, D. F., diciembre 1950.

Ramírez Sánchez, Jacobo.- "Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil".- Segunda Edición.- Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México.- México, D. F., 1967.

Ramos Grateroles, Miriam R.- "Observaciones Sobre el Concepto de la Privacidad y las Acciones en Daños y Perjuicios".- Publicado en la Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho.- San Juan, Puerto Rico, 1973.

Hojina Villegas, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Tomo II". Décimaquinta Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, D. F., 1983.

Rotondi, Mario.- "Instituzioni di Diritto Privato".- Séptima Edición.- Libreria Aureliano Paraninfo.- Milano, Italia, 1962.

De Ruggiero, Roberto.- "Instituciones de Derecho Civil. Volumen I".- Traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro.- Instituto Editorial Reus. Madrid, España, 1915.

Truyol Serra, Antonio, y Villanueva Etcheverría, Ramón.- "Derecho a la Intimidad e Informática".- Información Jurídica Publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de Documentación y Publicaciones; No. 318, julio-septiembre, 1973.- Madrid, España.

De la Válgoma, María.- "Comentario a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen".- Publicado en el Anuario de Derechos Humanos, 2, Facultad de Derecho e Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense.- Madrid, España, marzo de 1983.

Vázquez Boti, Eduardo.- "Los Denominados Derechos de la Personalidad".- Publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Nueva Serie, año VI, No. 18, septiembre-diciembre de 1973.

Wolff, Martin.- "Derecho Internacional Privado".- Traducción de José Rovira y Ermengol.- Editorial Labor, S.A.

#### Otras Publicaciones.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diccionario Enciclopédico Quillet.- Ocho Tomos.- Editorial Argentina Aristides Quillet, S.A.- Buenos Aires, 1968.

Diccionario Jurídico Mexicano.- Ocho Tomos.- Instituto de Investigaciones Jurídicas; Editorial Porrúa, S.A., 1985.

Ley Federal de Derechos de Autor.

Repertorio Universal de Legislación y Convenios Sobre Derecho de Autor.- Compilado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en colaboración con la Unión Panamericana, el Ministerio de Educación Nacional de España y la Secretaría de Educación Pública de México.- Editado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, Francia, y Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, España.