

792
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA CARICATURA COMO PRESUNTA CAUSA DE
VIOLACION DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARCO ANTONIO ZAVALA ARREDONDO



CIUDAD UNIVERSITARIA

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

*A mis padres y hermanos,
por su apoyo y paciencia a
lo largo de todo este tiempo.*

ÍNDICE

	<i>Págs.</i>
RECONOCIMIENTOS.....	v
INTRODUCCIÓN.....	vii

CAPÍTULO PRIMERO.- PERSONA Y PERSONALIDAD

1. La persona en la antigüedad.....	7
2. La persona en la Edad Media.....	9
3. La persona en la edad moderna y contemporánea.....	11
4. Concepto jurídico de persona.....	14
5. La personalidad jurídica.....	22
6. "Personalidad" en lugar de "persona".....	26
7. El "derecho general de la personalidad".....	27
8. La personalidad como cualidad.....	31
9. Comienzo y fin de la personalidad.....	31

CAPÍTULO SEGUNDO.- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

1. Consideraciones generales.....	37
1.1 Los derechos humanos.....	38
1.1.1 Naturaleza.....	43
1.1.2 Clasificación.....	48

INDICE

1.2 Los derechos de la personalidad.....	51
1.2.1 Naturaleza.....	59
1.2.2 Características.....	61
1.2.3 Clasificación.....	63
1.2.4 Patrimonialidad.....	67
1.3 Ubicación sistemática de los derechos humanos y de la personalidad dentro de las ramas jurídicas.....	76
2. Concepto del derecho a la propia imagen.....	78
2.1 Contenido.....	94
2.2 Caracteres.....	93
2.3 Sujeto titular.....	98
2.4 Causahabiciencia.....	100
3. Naturaleza jurídica y su relación con el derecho de autor.....	108
4. La autorización para la obtención, reproducción y publicación de la propia imagen.....	128
5. El daño moral.....	134

CAPÍTULO TERCERO.- LA CARICATURA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Delimitación de conceptos.....	151
1.1 Libertad de expresión.....	155
1.2 Derecho a la información.....	158
1.3 Derecho de la información.....	166
2. La libertad de expresión como garantía constitucional.....	168
2.1 Generalidades.....	171
2.2 La libertad como garantía individual.....	173
2.3 Extensión jurídica de la libre expresión de ideas.....	177
2.4 Extensión jurídica de la libertad de imprenta.....	179
3. La caricatura.....	182

3.1 Breve referencia de la caricatura como medio de crítica y opinión social.....	190
3.2 Consideraciones adicionales.....	195

CAPÍTULO CUARTO.- DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Delimitación legal del derecho a la propia imagen.....	201
1.1 Derecho Mexicano.....	202
1.2 Derecho Comparado aplicable.....	211
2. Delimitación legal de la libertad de expresión en relación con el derecho a la propia imagen.....	237
2.1 Derecho Mexicano.....	239
2.2 Derecho Comparado aplicable.....	248
3. Valoración de los derechos en conflicto.....	266
CONCLUSIONES.....	283
BIBLIOHEMEROGRAFÍA Y LEGISLACIÓN CONSULTADAS.....	293

RECONOCIMIENTOS

El presente trabajo es el resultado del esfuerzo realizado y del apoyo recibido de un gran número de personas, hombres y mujeres que, expresa o tácitamente, con su trabajo, opinión, crítica inteligente o consejo oportuno, participaron cerca del autor en las tareas encaminadas a la realización de esta tesis recepcional: A todos ellos mi agradecimiento.

Sería prolijo e injusto hacer una enumeración prolongada de todos y cada uno de ellos, pues una mala jugada de la traicionera memoria llevaría a omitir algún nombre, sin embargo, por su especial participación, queremos destacar la participación de las siguientes personas: Hugo Perezcano Diaz, por sus acertadas precisiones en la traducción de los preceptos del Código Civil de California citados en el Capítulo Cuarto; Isabel del Carmen Calafell Curiel, por la traducción del francés de las disposiciones del códigos Civil, Penal y de Procedimientos Penales de Francia, referenciados en los capítulos Segundo y Cuarto; y Silvia Curiel Muñiz, por la traducción de diversos pasajes de la obra de Adriano De Cupis, que robustecieron algunas ideas sustentadas en este trabajo.

De igual forma, hago pública mi gratitud por el apoyo incondicional brindado por Noé Corzo Corral, Alejandra de Ibarrola Dávalos y Liliana Ríos Curiel, apoyo sin el cual no sería posible encontrarnos en esta situación.

Sirva la ocasión para igualmente agradecer a mis maestros Gonzalo Rodríguez Betancourt, David Rangel Medina y Fausto Rico Alvarez (éste

último no en la vida académica, pero indiscutiblemente sí en nuestra formación profesional), porque debido a ellos aprendimos a querer y entender el Derecho, y cuyas enseñanzas rebasan las nociones técnicas que privan en la materia. A ellos y a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, debemos lo que profesionalmente somos.

Finalmente, hago público mi reconocimiento al Doctor Flavio Galván Rivera por la asesoría y dirección en la elaboración del presente texto.

INTRODUCCIÓN

El estudio de los derechos de la personalidad en nuestro país no ha sido valorado en su real dimensión por nuestras universidades. Tal falta de atención en el mundo universitario, ha llevado de la mano que nuestro sistema jurídico, en tratándose del reconocimiento y desarrollo de los derechos de la personalidad, sea escueto y sumamente defectuoso. Se ha querido subsanar esta carencia con una mayor profundización del tema en los programas de especialización en Derecho Civil en la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho, en donde se distingue el tiempo sugerido para debatir estos problemas, en relación con el resto de los temas contemplados en el temario.

Sin embargo, el análisis y estudio de los derechos de la personalidad no debe ser privativo de cursos de postgrado, sino que su adecuada incorporación debe realizarse desde los estudios de licenciatura. Sólo así, poco a poco, se incrementara cuantitativa y cualitativamente el desarrollo doctrinal y legislativo sobre estos tópicos, a efecto de lo cual se deben tener en cuenta los progresos alcanzados en otras latitudes.

Por las consideraciones anteriores, queda justificado un estudio e investigación sobre *La caricatura como presunta causa de violación del derecho a la propia imagen*. Además de lo académicamente rico, por sí mismo, que resulta el estudio de uno de los derechos de la personalidad, la temática se encuentra robustecida por el análisis simultáneo de una de las libertades fundamentales en todo Estado democrático, lo que plantea una yuxtaposición de derechos y deberes que, tradicionalmente, han sido

considerados como pertenecientes a ámbitos del derecho radicalmente distintos, si no opuestos: el Derecho Público y el Derecho Privado.

La idea original del tema que se ofrece en esta tesis recepcional fue proporcionada por el Licenciado Fausto Rico Alvarez quien, conociendo las inclinaciones de quien esto escribe por la realización de caricaturas políticas en sus años de estudiante preparatorio y universitario, planteó si con la elaboración de una caricatura de su persona se violentaba su derecho a la imagen o si el ejercicio de éste negaba mi libertad de expresión.

Para el desarrollo de este tópico, se inició una etapa de obtención de material documental que pudiera servirme para tales efectos, lo que implicó un esfuerzo considerable, pues en México país no existe un sólo trabajo que en forma sistemática e integral estudie la naturaleza, caracteres y contenido de lo que se ha dado en llamar en los últimos treinta años el derecho a la propia imagen. De hecho, solo quienes de algún modo tratan los derechos de la personalidad en sus obras generales sobre Derecho Civil tocan el tema, aunque sin profundizar o analizarlo integralmente. En esta tesitura se encuentran los trabajos de Ernesto Gutiérrez y González, Alberto Pacheco Escobedo y Jorge Alfredo Martínez Domínguez. En cuanto a tesis profesionales, es posible encontrar cuando menos tres antecedentes en la Universidad Nacional Autónoma de México, que son los trabajos de Ricardo Chang Santos, Armando Flores Flores y Cesar Netzahualcoyotl López Olivera Sánchez, de los que cabe destacar el primero de los señalados en virtud de la época en que fue concebido (principios de la década de los sesenta), así como el segundo, porque en el presente texto en mucho se ha seguido la secuencia lógica con que marcó su análisis.

En un proyecto inicial, la intención fue llevar a cabo un estudio integral de la figura, comenzando incluso con el tratamiento del derecho de la persona y sus atributos, para después enfocar la mira en los derechos de la personalidad y el derecho a la imagen como una especie de éstos. Tal plan resultó demasiado ambicioso y superó múltiples limitaciones. De tal forma, finalmente se optó por concentrar el esfuerzo en la idea original de Fausto Rico, que es el trabajo que ahora se pone a la consideración de los integrantes del sínodo.

La presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, el primero de ellos referente a la historia y desarrollo conceptual de la persona humana, ya que su entendimiento es indispensable para la comprensión de los deberes y libertades del ser humano. Si no entendemos con certeza la implicación del individuo en el orden normativo, no es posible determinar hasta que grado es posible extender una prerrogativa o derecho subjetivo al centro de imputación normativa por excelencia, como tampoco es factible establecer restricciones adecuadas (que no inutilicen la facultad acotada).

El segundo Capítulo es dedicado al estudio y análisis del derecho a la propia imagen, a efecto de lo cual se comienza por enfocar de un modo general la concepción de los derechos humanos y su repercusión en el ámbito jurídico-positivo, lo que da pie a tratar el campo de los denominados derechos de la personalidad, dentro de los cuales se encuentra la facultad del efigiado sobre la fijación y reproducción de sus rasgos fisonómicos, por lo que se procede a determinar las semejanzas y diferencias de este derecho respecto de los que forma doctrinalmente parte, lo que conduce al establecimiento de caracteres propios que le otorgan cierta autonomía e independencia.

Determinados los alcances y consecuencias de las prerrogativas que derivan del derecho a la propia imagen, procede estudiar la libertad de cuyo ejercicio se deriva la elaboración de la caricatura. Se trata de la libertad de expresión, y en concreto su especie denominada como libertad de imprenta, la cual se examina a la luz de su carácter elemental en todo Estado de índole democrático y como garantía individual prevista en nuestra Ley Fundamental. A efecto de evitar las inexactitudes, se precisa lo que se entiende por caricatura para los efectos del presente trabajo. Todo lo anterior, es el contenido del Capítulo Tercero.

El último Capítulo se circunscribe a detallar las limitaciones del derecho a la propia imagen y de la libertad de imprenta, ya que ambos derechos subjetivos deben entenderse enmarcados dentro de un todo social, donde la consecuencia lógica es la restricción de las facultades individuales, cuando versa un interés colectivo en conflicto. Finalmente, analizados los contenidos de ambos derechos, delimitados conforme nuestra legislación positiva, así como también la comparada, se realiza una valoración de las instituciones a fin de determinar si es posible hablar de la violación del derecho a la propia imagen con motivo de la realización de una caricatura, conforme se ha de entender por dicho concepto, que no es sino el resultado del ejercicio de la libertad de expresión, en su especie de imprenta.

Las sucesivas notas de pie de página de que consta el presente estudio, por medio de las cuales se hace mención a lo largo del texto de la bibliohemerografía y legislación que han sido consultadas -siendo en no pocas ocasiones las citas textuales las que se ofrecen-, no deben entenderse como un desplante de prurito intelectual, sino como el necesario reconocimiento a la ignorancia de quien esto escribe, que en todo momento

ha tratado de ser honesto y respetuoso de las ideas vertidas por mejores plumas que la presente.

Sea puesto, pues, de manifiesto la importancia de este y otros temas que no han sido suficientemente estudiados en nuestro país, vacío que se pretende cubrir con este primer intento, perfectible en mucho, y cuyas virtudes son atribuibles a las personas que han sido mencionadas en los agradecimientos que preceden esta especie de introito, en tanto que las fallas y deficiencias son de la exclusiva responsabilidad del autor.

CAPITULO PRIMERO: PERSONA Y PERSONALIDAD

Sumario: 1. La persona en la antigüedad; 2. La persona en la Edad Media; 3. La persona en la edad moderna y contemporánea; 4. Concepto jurídico de persona; 5. La personalidad jurídica; 6. "Personalidad" en lugar de "persona"; 7. El "derecho general de la personalidad"; 8. La personalidad como cualidad; 9. Comienzo y fin de la personalidad.

El primer planteamiento a desarrollar, con el objetivo de delimitar en forma mas o menos clara y precisa el concepto y alcances del presente trabajo, es por necesidad entender el concepto de persona, esto es, precisar la posición de la misma dentro del ámbito normativo, ya que partiendo de esta base, podremos en su momento concluir cuándo será posible hablar de un derecho a la propia imagen, determinar su naturaleza jurídica, así como plantear su situación respecto a la presunta violación que implicaría la elaboración de la caricatura en ejercicio de la libertad de expresión, así como sus consecuencias y formas de protección.

Siguiendo a Tobías,¹ advertimos que la problemática de la persona física no puede afrontarse hoy con los métodos de ayer. En efecto, un nuevo enfoque del concepto de persona debe partir de la consideración global del conjunto de intereses de aquella, procurando superar la parcialización de sus esferas de actuaciones, derivada de la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

¹ Quien a su vez se apoya, de entre otros autores, en Mario Bessone. TOBIAS, José W. *La inhabilitación en el derecho civil*; 2a ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, pp. 1 y ss.

Tradicionalmente, siguiendo el criterio metodológico común, los civilistas circunscriben el tratamiento de los problemas vinculados con la persona al área del Derecho Privado; en tanto, los constitucionalistas estudian los derivados de los derechos constitucionales y, preponderantemente, el de la libertad de la persona frente al órgano estatal, mientras que los penalistas coordinan el conflicto que se presenta entre la libertad y la dignidad del individuo y los intereses generales. Desgraciadamente, por esta vía fragmentaria se corre el riesgo de adquirir una noción parcial e incompleta del concepto de persona analizada según la rama del derecho que se trate. Visto lo anterior, se desprende que es necesaria una rectificación metodológica que adopte una variedad de enfoques, de contenido multidisciplinario que permitan aprehender en plenitud la posición central que ocupa la persona humana en el ordenamiento jurídico. Dicha posición se manifiesta en diversas disposiciones que permiten tratar de buscar una concepción integral de la persona física. Así, de la parte dogmática de nuestra Constitución se destaca una estructura unitaria cuya concepción de primacía de la persona frente al Estado es nota característica. Esta primacía no sólo se manifiesta en las disposiciones constitucionales que consagran garantías individuales específicas, sino de las que pueden considerarse como las reglas generales contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, mismas que deben entenderse como cláusulas generales de tutela esencial de la persona humana, que si bien se refieren al límite de la esfera estatal frente al individuo, bien pueden tomarse como punto de partida para considerar un sistema de libertades que no establece un tope a la pretensión punitiva o tutelar del Estado, sino que conforman un principio general.²

² Véase en ese sentido el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

Un reconocimiento de tal principio, con la amplitud anotada, se extiende a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por ende, al Derecho Privado. La manifestación concreta de ello lo constituye el reconocimiento genérico de los derechos de la personalidad, no obstante que el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (CCDF) no contiene una normativa completa y sistemática de esa especie de derechos, toda vez que nuestro Código, inspirado en el Código Civil francés de 1804, dedica especial atención a los intereses patrimoniales respecto de la persona, consituyéndose así el derecho de propiedad el instituto fundamental de esta regulación, y sobre esta base se regula las disposiciones del contrato, de la responsabilidad civil y de las sucesiones, siendo muy escasa la regulación que este cuerpo normativo dedica a los derechos carentes de contenido patrimonial.³

Sin embargo, la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José Costa Rica permite afirmar que aun cuando no se hayan incorporado literalmente en el CCDF, ni expedido en ley especial, al ser la Convención parte del derecho positivo mexicano -en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Ley Fundamental-,⁴ existen en

³ Similar desarrollo, con respecto de lo que debe considerarse como patrimonial, en GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, 3a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1990, pp. 25 y ss.

⁴ Si bien es cierto que el precepto constitucional invocado hace referencia al vocablo "tratados", también lo es que las acepciones que han sido utilizadas para designar los convenios regidos por el Derecho Internacional Público entre varios sujetos de éste, van desde convenciones, acuerdos, convenios, pactos, arreglos, compromisos, declaraciones, concordatos, entre otras, lo que, obviamente, ha traído confusión en torno a estos instrumentos internacionales. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 y que entro en vigor el 27 de enero de 1980, cuyo texto se haya reflejado "crussum modo" en la Ley sobre la Celebración de Tratados de 23 de diciembre de 1991 (Cfr. artículo 2, fracción I), no expresa más requisitos a los acuerdos destinados a surtir efectos jurídicos que celebren los sujetos de Derecho Internacional para que sean considerados como tratados, que el que revistan forma escrita, independientemente de que estén contenidos en un sólo instrumento o en una serie sucesiva de instrumentos, cualquiera que sea el nombre que se les haya dado. Sobre el tema, cfr. SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*, 8a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pp. 63 y ss.; SEPULVEDA, César. *Derecho Internacional*, 16a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, pp. 124 y ss.; y SOREENSEN, Max (Editor). *Manual de Derecho Internacional Público* (Traducción a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional), 4a reimpression a la 1a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 154 y ss.

nuestro sistema normativo las bases sobre las cuales es posible desarrollar el conjunto de medidas protectoras de tales derechos.⁵

La necesidad de tutelar, específica y sistemáticamente, los llamados derechos de la personalidad y el principio rector de la libertad individual, conduce al reconocimiento del primado que las normas constitucionales asignan a la persona y a la búsqueda de adecuadas y originales fórmulas de tutela de los derechos no patrimoniales, toda vez que es evidente que la teoría de la responsabilidad civil está experimentando una profunda transformación, la cual es influenciada por las nuevas realidades sociales, fenómenos que no sólo se caracterizan por el notorio aumento de los riesgos de daños, sino por la magnitud dañosa que pueden generar algunos de los hechos individuales que los producen. Bajo esta perspectiva, un punto de vista muy generalizado concibe al daño moral como el menoscabo en los sentimientos, el desmedro o desconsideración que el agravio ha causado, los padecimientos físicos, los sufrimientos o las dificultades o molestias que son consecuencia del hecho perjudicial. Empero, corrientes más recientes promueven la superación de un criterio que parte de considerar al hombre como un mero factor de riquezas o sólo como víctima de dolor o el sufrimiento. Una concepción más integral de la persona humana, no puede prescindir de evaluar la multiplicidad de repercusiones desfavorables, físicas y espirituales, que abarquen aquellos goces de la vida que se reflejan en la

⁵ Sin embargo, con razón José Luis Soberanes Fernández (en su artículo "El derecho al honor y al buen nombre" publicado en *"El Universal"*, Primera Sección, p. 7, viernes 2 de mayo de 1997) se lamenta que en nuestro país, después de 16 años de haber entrado en vigor este pacto internacional, no se ha hecho algo al respecto, "con cada vez más graves consecuencias para los mexicanos". El instrumento internacional en comento, también ha sido criticado por el hecho de que México, a pesar de haber aprobado la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la ratificación del Pacto, a la fecha no se ha sometido a la jurisdicción de dicho organismo internacional, lo que en opinión de Sánchez Medial constituye "una mutilación a los derechos humanos en cuanto a la protección de los mismos, al no reconocer el Estado mexicano, bajo el inválido pretexto de que se mengua su soberanía, la posibilidad de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, cuando exista una violación a los mismos por una autoridad mexicana, y que no haya sido reparada, a pesar de haberse agotado los recursos concedidos por nuestra legislación sin haberla conseguido". SÁNCHEZ MEDIAL, Ramón. *"De los Contratos Civiles"*, 14a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1995, p. 614.

actuación cultural, civil, estética, de placer, sensitiva, sexual o intelectual, como hipótesis de daños resarcibles. La privación de esas expectativas supone un quebrantamiento de las posibilidades existenciales de la persona, que deben ser resarcibles. El daño moral, desde ese punto de vista, adquiere un alcance mayor que el tradicional y comprende, además del menoscabo a los sentimientos o el dolor o el sufrimiento, la privación de esas posibilidades existenciales.⁶

Dentro de los derechos de la personalidad, deben ubicarse las elaboraciones vinculadas con la sistematización de los mismos y la aparición de otros derechos nuevos respecto de los tradicionalmente reconocidos a la persona física. Una concepción monista postula, incluso, la existencia de un único y genérico derecho de la personalidad, configurativo de una tutela integral de la persona, por medio de la cual se iría produciendo una incesante adecuación de las garantías jurídicas frente a las nuevas exigencias de tutela de la persona.

En este orden de ideas, hablar de la persona conlleva a referirnos al Derecho Civil, cuyo principal cuerpo normativo, en nuestro caso el CCDF le dedica su Libro I, ante lo cual, es de advertir lo señalado por Lete del Río:⁷

⁶ De hecho, la consideración de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico, ha determinado el reconocimiento de intereses que no corresponden, estrictamente, con el modelo conceptual del derecho subjetivo. Así, se ha destacado que, además de los intereses individuales, el derecho de daños debe amparar los llamados derechos difusos, esto es, aquellos que le pertenecen a una pluralidad de personas en cuanto miembros de una comunidad o grupo, ligados en virtud de la pretensión de goce por parte de cada una de ellas, de una única prerrogativa. Dentro de estos derechos se sitúan, entre otros, los intereses relativos a las reglas de urbanismo, a la salubridad del medio ambiente, al equilibrio ecológico, etcétera. Cfr. MEZA SALAZAR, Martha Alicia. "Derechos difusos, su incorporación a la Constitución" en *"75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992, pp. 331 y ss.

⁷ LETE DEL RÍO, José Manuel. "Derecho de la persona", 2ª ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991, p. 19. También con referencia al Código Civil español, José Fuig Brutau indica que "El libro I del Código civil lleva por rubrica "de las personas", con lo cual los codificadores españoles parecen querer indicarnos que la persona es el eje central en torno al cual gira el Derecho Civil, en el sentido de que todo el derecho - y no sólo el civil- ha sido establecido para las personas. Pero esta importancia inicial que el legislador parece atribuir a la persona queda después en buena parte diluida, por cuanto en el Código civil los preceptos dedicados al patrimonio -o si se quiere al derecho patrimonial- superan en mucho a los que el legislador establece para la persona. A lo cual cabría añadir todavía que en el Libro I del Código civil lo que realmente

"...si bien es verdad que la preferencia otorgada por el Código a la persona es más bien nominal que real, en cuanto seguidamente se advierte un potenciamiento, al menos cuantitativo, del Derecho patrimonial, lo cierto es que ambos datos (se refiere al hecho de que en las Facultades de Derecho se ha seguido el plan alemán, comenzando el estudio del Derecho Privado con una introducción al Derecho Civil y Derecho de la persona) ponen de relieve, y así lo han entendido los juristas, que la primera materia del Derecho privado es el Derecho de la persona. De ahí que reiterativamente se afirme, por nuestra mejor doctrina, que el Derecho civil es el Derecho de la persona".

Así pues, no es tarea fácil la de fijar jurídicamente el concepto de persona, en primer lugar por tratarse de un término muy general y después por las inevitables confusiones que inmediatamente se originan, y que seguramente se derivan de buena parte de los prejuicios religiosos, sociales, filosóficos, cuando no políticos, que prejuzgan o predeterminan la posición del estudioso del derecho, cuando se trata de fijar en un ámbito estrictamente jurídico este concepto.⁸ De igual manera, tampoco se ve claro como puede establecerse un concepto netamente jurídico de persona, cuando ésta no empieza o es con el derecho, que tan sólo se limita a recoger una entidad que ya existe en la realidad, y si se recuerda que todo el derecho ha sido establecido para las personas, un concepto jurídico de persona sólo

prima son los artículos referentes a la familia más que a la persona propiamente como tal". PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1979, Tomo I, vol. I (sujeto y objeto del Derecho), pp. 1 y s.

Con referencia al Código Civil Alemán Hattenhaver resena: "... trata en primer lugar de la teoría de la persona..., pero el lector queda decepcionado cuando, tras pasar su vista por los encabezamientos - "Título Primero. De las personas"; "Capítulo Primero. De las personas naturales"- comprueba que la palabra *persona* aparece sólo una vez y furtivamente, en los escasos párrafos de que consta la parte primera, pero sobre todo no figura en el párrafo primero:

"Farr. 1o La capacidad jurídica del hombre se inicia con el nacimiento".

HATTENHAVER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*" (traducción de Gonzalo Hernández), Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1987, p.13.

⁸ "No es este un concepto jurídico, pues no se trata de definir qué es la persona jurídica o el sujeto del Derecho desde la perspectiva de una determinada doctrina jurídica, sino un concepto filosófico, la definición de lo que es persona humana como sujeto de naturaleza racional, lo cual es materia propiamente de la Antropología Filosófica y de la Ética; pero es un concepto fundamental para el jurista, ya que toda la ciencia jurídica está fundamentada sobre un concepto de la persona humana como un sujeto libre y responsable". ADAME GODDARD, Jorge. "Persona humana y persona jurídica" en *Arts Juris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, número 14, 1995, p. 13.

tendrá utilidad para señalar en que manera el ordenamiento legal debe ponerse al servicio de la persona, para que ésta pueda cumplir sus propios fines, como ser dotado de inteligencia y voluntad, dentro del conglomerado social. Empero, tal punto de vista no ha sido siempre el generalmente aceptado,⁹ por lo que a continuación fugazmente nos referiremos al entendimiento que de la persona se tuvo en distintas fases de la historia, siguiendo principalmente para tales efectos a Pacheco Escobedo.¹⁰

I *La persona en la antigüedad.*- *Persona* en castellano proviene de idéntica palabra en latín, la cual equivale a la palabra griega *próson*, que significa en aquél idioma *hypóstasis* que puede traducirse a nuestro idioma por subsistencia, esto es, lo que es en sí, como sujeto independiente, que no existe en otro y no necesita de otro para existir.¹¹

⁹ Por ejemplo, María del Refugio González nos relata que el jurista guatemalteco José María Álvarez, en sus "Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias", distingue entre hombre y persona en los siguientes términos: "Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano" y, *persona* es el "hombre considerado con algún estado". DEL REFUGIO GONZALEZ, María. "El Derecho Civil en México 1821-1871 (Apuntes para su estudio)", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988, p. 44.

¹⁰ Cf. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. "La persona en el Derecho Civil mexicano", 2a ed., Panorama Editorial, S. A., México, 1991, pp. 16 y ss.

¹¹ Ferrara advierte: "No obstante las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante obscura, y la más probable es la derivación que de ella hace Aulo Gelio de *personare*. Ciertamente entre los latinos el sentido originario de persona fue el de máscara, *larva histrionalis*, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; y poco después la palabra pasó a significar el mismo actor enmascarado, el personaje; así, en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las *Personae*. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personam gerere*, *agere*, *sustinere*, en el sentido de sostener en el drama las partes de alguno, de representar a alguno. Ahora bien, este lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como el autor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se decía: *gerit personam* (*principis, consulis, etc.*). Persona quiere decir aquí: *passivus, iunctivus, cualidad...*"

¹² Por un ulterior desarrollo lingüístico pasó luego a denotar al hombre, en cuanto reviste aquel *status*, aquella determinada cualidad, y así se habla de *persona consulis*, de *persona scilicet*, en vez de *scilicet*, etc. Pero en estas formas de coligación *persona* va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en *persona* la indicación del género, cuyo genitivo posesitivo formaba la especie, y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De este modo *persona* termina por indicar independientemente al individuo humano, y este es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy". Cf. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho", 3ra ed., Editorial Porrua, S. A., México, 1968, pp. 273 y s.

"Parece ser que la primitiva acepción de la palabra persona era la máscara que los actores usaban en el teatro griego para representar al dios o al hombre del que se trataba el argumento de la obra. Así, esa máscara les daba a los actores la *personalidad* de aquél del cual trataba la obra, al mismo tiempo que les servía para hacer resonar su voz con la fuerza necesaria para destacar o sobresalir. De estos conceptos -sonar con fuerza, sobresalir, tomar el papel de otro-, derivó el primitivo concepto de la persona, que posteriormente se concretó en el de *subsistencia*".¹²

Pero antes de que en los primeros siglos de la era cristiana se llegara a la concreción del concepto subsistencia identificado al de persona, es de advertir que en los pueblos antiguos no todo hombre era persona, ya que existía la esclavitud. Así, en Roma, los esclavos eran seres humanos, pero no personas.¹³ En Derecho Romano no basta con ser hombre para ser persona, el esclavo es a la vez un hombre y una cosa (*res mancipi*) en propiedad de su dueño, y sólo era persona (física) el individuo que reunía ciertos requisitos referentes a la libertad, ciudadanía y situación familiar. Es decir, en Derecho Romano, la situación de persona estaba subordinada a unos requisitos referentes a la existencia humana (los únicos de que se preocupan los derechos modernos) y, además, a los relativos a los tres estados (de libertad, de ciudadanía y de familia).¹⁴

¹² FACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 16. "La palabra persona deriva del verbo "personare", expresión que en Roma significaba la máscara que usaban los actores en escena para representar los diversos papeles, la cual tenía una especie de bocina que aumentaba la voz. En sentido figurado se aplicó en el derecho. En consecuencia, persona... significa los diversos papeles o posiciones que el sujeto representa en el campo jurídico". LEMUS GARCÍA, Raúl. "Derecho Romano (Compendio)", Editorial Limka, México, 1979, p. 69.

¹³ "La principal división, acerca del derecho de las personas, es esta: que todos los hombres, ó son libres o esclavos.

"1. La libertad, de la cual viene la denominación libres, es la facultad natural de hacer cada cual lo que quiera, á no ser que se lo impida la fuerza ó el derecho.

"2. La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la que uno es sometido al dominio ajeno contra la naturaleza...

"... 5. No hay diferencia ninguna en la condición de los esclavos. Entre los libres muchas...". "Instituciones del Emperador Justiniano" (Traducción al castellano de Ismael Calvo y Madrono), 3a ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1915, pp. 15 y s.

¹⁴ "... el derecho romano sólo reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos. De acuerdo con las sistematizaciones didácticas, escolares, de la jurisprudencia clásica (Gayo), éstos debían reunir, para ser personas, los tres requisitos siguientes:

"a) Tener el *status libertatis* (ser libres, no esclavos).

"b) Tener el *status civitatis* (ser romanos, no extranjeros).

"c) Tener el *status familiae* (ser independientes de la patria potestad)". MARGADANT S., Guillermo Floris. "El Derecho Privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea", 14a ed., Editorial Esfinge, S.

"Así como hoy distinguimos entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, agrupando dentro de aquella las diversas relaciones concretas, los romanos se representaban a priori esa misma esfera, como un todo del cual los derechos subjetivos eran funciones. La teoría de la personalidad de derecho se centraba en torno del "caput", esto es, del ser no capaz, sino dotado de determinados derechos.

"Caput" es el ciudadano romano inscrito en el censo por lo que todo descenso a una categoría inferior, es decir, toda pérdida de determinados derechos, constituiría una "capitis deminutio".¹⁵

2 La persona en la Edad Media. Durante el transcurso de la Edad Media se siguió insistiendo en la subsistencia y destacándose la unidad necesaria en el individuo para ser considerado como persona, tanto así que Santo Tomás de Aquino reafirma que "persona es no sólo el individuo de la naturaleza, sino sobre todo el individuo en orden a la subsistencia, o sea, en orden a la *incomunicabilidad absoluta*",¹⁶ incomunicabilidad que debe entenderse como la razón de ser de su apertura hacia los demás seres basada en la característica de su racionalidad, carácter éste último que denota en el individuo su dignidad.

A. de C. V., México, 1986, pp. 119. Pueden consultarse asimismo: MORINEAU DUARTE, Marta y Román Iglesias González, "Derecho Romano", Harla, S. A. de C. V., México, 1988, pp. 24 y ss. y PÉTTI, Eugene, "Tratado elemental de Derecho Romano" (Traducción de José Fernández González), 9a ed., Editorial Epoca, S. A., México, 1977, pp. 41 y ss.

¹⁵ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; Manuel De Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso. "Instituciones de Derecho Civil", 2a ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991, Tomo 1 (Parte General, Obligaciones y Contratos), p. 176. "Resulta así que en Roma ni todo hombre es persona ni toda persona gozaba del mismo grado de capacidad jurídica pues lo era en tanto reuniera o no las condiciones que a tal fijaban el derecho civil, privado o público. Se estaba a los tres Status o Estados conocidos como Caput o cabeza... Los tres Status eran: Libertatis, libre y no esclavo; civitatis, ciudadano y no peregrino o extranjero y familiae, es decir, pertenecer a una domus o familia romana, encabezada por el pater familiae que, era a la vez administrador, comandante militar, juez, sumo sacerdote y hasta verdugo del grupo familiar que de él dependía, teniendo sobre todos los integrantes potestades o poderes que incluían el ius vitae necisque o derecho para aprehender, vender como esclavo y hasta matar a cualquiera que estuviera bajo su patria potestad...

¹⁶ La plena personalidad se daba solamente si a los mencionados Status de Libertad, Ciudadanía y Familia se unía el fundamental: ser Sui Iuris, es decir, depender de su propio derecho, equivalente a la calidad de pater o padre de familia, ya que todos los restantes eran Alieni Iuris o dependiente del pater familiae". LOPEZ-FORTILLO Y VERNON, Guillermo y María Aurora Cruz Jiménez. "Primer curso de Derecho Romano" (Prólogo del Dr. Guillermo Floris Margadant), Anaya Editores, S. A., México, 1986, pp. 36 y s.

¹⁶ FACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Civ. Cil.*, p. 17.

Por tanto persona es la substancia individual, incomunicable, al mismo tiempo que abierta a todos los seres por su misma racionalidad, libre, que existe en sí misma y no en otro, dueña de su propio destino y por tanto radicalmente separada del mundo material sujeto a leyes necesarias.¹⁷ En este orden de ideas, la doctrina filosófica medieval entendió siempre la incomunicabilidad propia de las personas junto con la apertura necesaria que implica la posibilidad de conocer que le da su racionalidad, y la persona sólo encontraría su plena realización en el perfecto equilibrio entre esa incomunicabilidad y la apertura hacia ese mundo que le rodea en el cual se incluyen otras personas igualmente racionales que ella y con las cuales surgen relaciones de justicia, es decir, jurídicas.¹⁸

"La personalidad jurídica, en todo caso, no es en el Derecho antiguo un atributo reconocido a toda criatura humana, sino que esta sólo se recibe mediante la concesión total o parcial de los derechos de la ciudadanía. Solo el hombre que es ciudadano goza de los atributos de la plena personalidad, lo que explica todos los estados intermedios entre el *status civitatis* y la esclavitud. De aquí deriva una evidente desigualdad entre los hombres, que la doctrina estoica pretende superar (*omnes homines, natura aequales sunt*), llegandose a una concepción del hombre como "ciudadano del mundo", que en cierto modo se acusa en el famoso Edicto de Caracalla, que, aunque determinado por razones fiscales, señala cierta influencia del nuevo derecho natural... En la Edad Media, a pesar del principio de la igualdad sustancial del género humano defendida por la Iglesia en la que el hombre se integraba, se afirma la desigualdad social producida por la *disparitas iustitiae et peccati*, sin que, sin embargo, como apunta HEUSLER, se llegase en ningún caso a confundir al sirvo con la cosa: los hombres podían estar sometidos a la *Mant* de otro hombre (poder personal), pero nunca

¹⁷ "De acuerdo con la noción metafísica de sujeto subsistente o individuo, se entiende que todo ser es un individuo, es decir un todo individual, que subsiste en un único acto de ser y por eso incomunicable, pero el individuo o sujeto de las naturalezas racionales se denomina de un modo diferente, se le llama persona, porque es radicalmente diferente de los demás sujetos de cualquier naturaleza no racional. Lo distintivo de este sujeto es que tiene un dominio sobre sus operaciones radicalmente superior del que tiene cualquier otro individuo vivo vegetal o animal. Los vegetales son dueños únicamente de la operación, en el sentido de que ellos la realizan; los animales se apropian además, gracias al conocimiento, de la causa de sus operaciones, y los vivientes racionales son dueños también del fin de sus operaciones. Esta posibilidad que tienen los seres racionales de dirigir sus operaciones a fines libremente elegidos es lo que manifiesta la radical diferencia entre el actuar de un sujeto meramente sensitivo o animal y el actuar de su persona". ADAME GODDARD, *Jorge. Op. Cit.*, p. 14.

¹⁸ *Cfr.* FACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. Cit.*, p. 17.

ser objeto de la *Gewere* de contenido patrimonial. "Si la personalidad, dice GIERKE, era en Roma absoluta, intransmisible e indivisible, en el Derecho germánico no conoce voluntades ilimitadas, sino solamente voluntades recíprocamente condicionales, fundiéndose en él las ideas de Derecho y de deber, que no son opuestas, sino complementarias: es divisible, porque, si bien respetando siempre el mínimo de contenido que la dignidad humana exige, pueden separarse de ellas ciertas porciones, ya para ampliar una personalidad ajena, ya para crear un ente de naturaleza corporativa; es susceptible de cesión, dentro de los límites indicados, en cuanto en la Edad Media es un negocio perfectamente obligatorio el que en virtud del cual se enajena una parte de la propia voluntad: desde la entrega en servidumbre, hasta relación de vasallaje"¹⁹

3 La persona en la edad moderna y contemporánea.- En esta etapa, los filósofos buscan encontrar la naturaleza ontológica de la persona centrandó sus pensamientos en la persona misma, en su racionalidad principalmente, dejando de lado su carácter social o espiritual. Así, Descartes construye su filosofía en el *cogito ergo sum* (pienso, luego existo), doctrina que ha sido tachada por algunos como carente de toda base o raíz con verdadero sentido ontológico, en tanto que Hume niega la substancia y hace consistir a la persona en un puro flujo de fenómenos psíquicos, es decir, como un mero centro de imputación de fenómenos que no se distinguirían substancialmente de todos los otros fenómenos que se producen en la naturaleza material.

Por su parte, la ética y la filosofía jurídica kantiana atribuyen al hombre, como persona, una dignidad, y ello se debe a que considera al hombre como un fin en sí mismo. Kant afirma: "Los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios, y, por ello, se llaman cosas; en cambio, los seres racionales son llamados personas, pues su naturaleza les

¹⁹ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; Manuel De Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso. *Op. Cit.*, Tomo 1 (Parte General, Obligaciones y Contratos), p. 176. Estos mismos autores indican que con la llegada del Renacimiento, al afirmarse la individualidad, se modificó radicalmente la teoría de la personalidad, ya que la escuela de Derecho Natural sostuvo la existencia de un estado original adventicio, previo a toda sociedad civil, determinado por los derechos que la naturaleza impone dentro de esa misma sociedad civil, y que el Estado no puede desconocer, ya que se trata de derechos innatos, y el estado civil, determinado por el derecho que el hombre libremente crea dentro de la sociedad civil. *Ibid.*, p. 177.

distingue ya como fines en sí mismos, esto es, algo que no está permitido emplear simplemente como un medio”.²⁰ De lo anterior resulta que para el referido filósofo, el primer principio de toda su ética, el imperativo ético fundamental consiste en obrar de tal forma que se utilice a la humanidad, tanto en la propia persona como en la persona de cualquier otro, en cuanto a fin y nunca en cuanto a un simple medio. Resulta claro que en la filosofía de Kant, la dignidad de la persona se basa necesariamente en la autonomía, o sea en la posibilidad de darse leyes a sí mismo sin necesidad de ningún otro ser: “Sólo insistiendo en esa autonomía se salva la libertad y el deber que son, según Kant, los “dos hechos fundamentales” de la moralidad. Sin libertad y sin deber no se entiende ni la moral ni el derecho. Si el hombre no fuera capaz de darse leyes a sí mismo conforme a las cuales debe vivir, se haría o esclavo de la materia del mundo sensible al tener que sujetarse a las leyes de ese mundo sensible, o esclavo del querer arbitrario de un ser trascendente, con lo cual se anularía a sí mismo”.²¹

En sentido contrario, suprimiendo todo lo individual y personal para sostener la colectividad suprema del Estado, Hegel indica que la auténtica libertad es aquella en que se superan el querer natural y el capricho individual en lo universal, en lo idealmente bueno y justo, entendiéndose por universal a la voluntad del espíritu universal cósmico, que como alma del espíritu objetivo, vuelve a sí misma a través de sus etapas que son el derecho, la moral y la ética, siendo ésta última la síntesis de la moralidad individualista y del derecho abstracto, finalizando en la síntesis orgánica

²⁰ Citado por LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, p. 23. “Persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por su propia determinación, aquel que tiene su propio fin en sí mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad”. BURGOA, Ignacio. “*Las garantías individuales*”, 24a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1992, p. 16.

²¹ FACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 19. En forma acertada Pacheco Escobedo indica el frágil concepto de ley sostenido por Kant, ya que rigurosamente hablando, nadie puede imponer una ley a sus propios actos y no sería nunca un ordenamiento racional el que el hombre se haya impuesto a sí mismo sin consideración de una verdad objetiva, externa a él y que le trascienda.

perfecta que es el Estado, que sintetiza en sí mismo el derecho y la moral, el individuo, la familia y la sociedad civil, superándolas a todas ellas. Como consecuencia de lo anterior, el individuo pierde toda importancia como tal, valiendo sólo en lo colectivo, esto es, Hegel disuelve la persona en lo absoluto del Estado, le quita subsistencia, pues la persona en sí misma no es nada, ya que el absoluto lo es todo. A conclusiones similares arriban Marx y Engels: el ser personal perece ante la colectividad, no hay interioridad, intimidad, ni valores personales, pues acaban por afirmar que la persona no es nada, que la personalidad es pura retórica.

A decir de Pacheco Escobedo,²² ante esta corriente de pensamientos idealistas, los autores contemporáneos reaccionaron volviendo a afirmar la dignidad de la persona humana basada en su racionalidad, cuya realidad circundante se le abre en virtud de su capacidad de conocer, retomando la subsistencia y libertad de la persona como única explicación satisfactoria de la existencia humana, con eventual posibilidad de un fin trascendente. En contracorriente a las ideas predominantes del colectivismo absolutista, una corriente de filósofos del derecho han votado por los fueros de la espiritualidad como característica básica de la persona, al mismo tiempo que encuadraron la dignidad del hombre como criatura predominante entre todas las otras no espirituales, aunque como criatura cuenta con un ser participado, que al mismo tiempo le confiere libertad y un fin trascendente. De hecho, el fundamento de la libertad no es el mismo que en las doctrinas individualistas, pues mientras éstas entienden por libertad el actuar sin ninguna contrapisa ni coacción y cualquier limitante se entiende como peligro o restricción de la libertad, los autores modernos la entienden no como mera voluntad de hacer lo que se quiera, ni un deseo de poder o de dominio, sino como capacidad de vincularse para cosas razonables y buenas.

²² *Ibid.*, pp. 21 y s.

Las incidencias de estas ideas en el campo del Derecho Civil, Lete del Río²³ las explica de la siguiente forma:

"... no haber ponderado con precisión cada uno de los matices que la persona puede presentar, según las distintas situaciones que ocupe y que su integración en la sociedad le brinda, ha sido la causa principal de visiones fragmentarias del Derecho civil, fundamentalmente contemplado en su visión patrimonialista, con evidente olvido de los aspectos puramente personales que, en cualquier caso, deben adquirir siempre el debido relieve que les corresponden.

"De ello se ha derivado también una absoluta ausencia de precisos criterios a la hora de determinar el principio o principios fundamentales que tipifican al Derecho civil, que se ha venido a confundir con el Derecho de la amplia autonomía de la voluntad; lo que ha dado lugar a que, cuando la autonomía de la voluntad se ha ido limitando por la lógica exigencia de los intereses de la comunidad, la crisis de este principio se haya confundido con la crisis del Derecho civil, que, precisamente por ser el Derecho no de una sino de todas las personas, reclama la modificación de dicho principio en aras de una libertad que garantice de un modo completo la igualdad de todos los hombres...

"... como el Derecho civil, en su consideración como Derecho de la persona, tiene que amparar y proteger los fines e intereses no de una determinada persona, ni tampoco de un grupo de ellas, sino de todas y cada una, sus normas, al referirse a los distintos sectores del Ordenamiento civil, deben estar presididas por criterios que permitan la consecución de aquella finalidad. De donde se deduce, entre otras consecuencias, la necesidad de una diferente gradación al conceder o reconocer la libertad de la actuación individual en los distintos campos en que la persona puede proyectar y desarrollar su actividad; razón por la cual el legislador deberá operar con sumo cuidado y establecer un justo equilibrio entre los intereses individuales y los de la sociedad, entre la libertad y la seguridad..."

4 Concepto jurídico de persona. - Como sabemos, el hombre es un ser esencialmente sociable, un *zoon politikon* como dijera Aristóteles, pues es imposible forjar siquiera su existencia fuera de la convivencia con sus semejantes. Y para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden,

²³ LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, pp. 20 y s.

evitando el caos de la sociedad, es necesario que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales, “en una palabra, es menester que exista un *Derecho*, concebido formalmente como un conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas”.²⁴

Por el contrario, anota Pacheco Escobedo²⁵ que si como pareja la especie humana requirió de una relación entre hombres con contenidos de justicia -dar a cada quien lo suyo y ahí es donde se presenta el derecho-, no debe confundirse la existencia de la norma jurídica con la norma positiva dictada por una autoridad concreta en una sociedad determinada, ya que el derecho no es sólo el derecho positivo:

“El Derecho existe como regla de todas las relaciones entre los hombres pues todas ellas se desconvuelven en el campo de la Justicia: toda relación entre hombres implica necesariamente una obligación de dar o respetar en el otro lo suyo, y esto es la materia de la Justicia y el objeto del Derecho. El sentido innato de Justicia que tienen todos los hombres, les hace actuar conforme a la norma jurídica innata que existe también en ellos. Todo hombre es persona y ésta es una verdad que no procede de la norma jurídica, sino de la misma naturaleza humana”.

Sea cual fuere la posición filosófica que al respecto se desee adoptar, lo que actualmente es innegable para los juristas es que no obstante que hombre y derecho nacen juntos, conceptualmente la persona humana es anterior al derecho en tanto que éste nace para servirle, para ordenar la convivencia en vistas al fin de la persona humana, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico. El fin de la persona humana incluye una serie de fines secundarios necesarios para alcanzar aquél, tales como la seguridad en la convivencia, el orden público, el bien común, que son

²⁴ BURGOA, Ignacio. *Ob. Cit.*, pp. 21 y s.

²⁵ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 24.

materia de la normatividad jurídica. Por esta razón, en tanto el derecho recibe como dato previo la existencia de la persona y sus características naturales, no debe modificarlas, sino por el contrario, debe respetar y promover, para cumplir con su propia finalidad de implantar la justicia en la convivencia humana.²⁶

“En toda comunidad bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables”.²⁷ El mismo sentido ha sido recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo artículo primero reza: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, en tanto que el artículo 6 del mismo ordenamiento consigna que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En las líneas anteriores hemos visto el papel del derecho para con la realidad ontológica denominada persona, sin embargo, no nos hemos acercado a un concepto. Para tales efectos, entre los civilistas se podría

²⁶ “El hombre y la vida social son la razón del Derecho, un *præius* respecto de este, pues sin hombres y sin vida social el Derecho no existiría. El Derecho, en esencia, no es más que una reglamentación organizadora de la comunidad humana, prescribiendo al efecto conductas e imponiendo sanciones, con el objeto de hacer realidad la justicia”. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1973, vol. 1, p. 59.

²⁷ “Principio fundamental del Derecho moderno es que todo *hombre es persona*. Esta condición de persona esencial e inseparable en el hombre, de acuerdo con su naturaleza y destino: por su *dignidad de ser racional*, y como tal libre y responsable para regular la propia actividad, proponerse objetivos y un límite en el obrar. De ahí que el Derecho civil deba limitarse a recoger y proteger esta entidad independiente que el *no crea*, que le viene dada, que ya existe en la realidad, dotándola de significación jurídica; pues la persona —como ya se dijo, siguiendo a nuestra mejor doctrina— es un *præius* para el Derecho, una categoría ontológica y moral, no meramente histórica o jurídica”. LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, p. 22.

²⁷ Encíclica *Pacem in terris* de Juan XXIII, cit. por LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, p. 23; y DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. 1, p. 59.

establecer un cierto consenso a la hora de definir la persona como el individuo o ser humano capaz de derechos y obligaciones, o si se quiere, como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica. Tómese nota, empero, que hay autores que difieren de tomar el anterior criterio, al estimar que dicha postura conlleva al absurdo de negar personalidad al que carezca de bienes y de admitir una personalidad que crece o disminuye según el número de derechos subjetivos que se tengan o se pierdan. Por otro lado, hay quienes sostienen que es persona todo destinatario de las normas jurídicas, postura criticada por los que argumentan que al jurista no le debe interesar tanto tener un punto de referencia de las normas, sino saber que éstas, al referirse a las personas, toman un sentido especial y han de ser interpretadas teniendo en cuenta esa previa realidad a que nos hemos venido refiriendo, consistente en la naturaleza del ser humano y su dignidad.²⁸

De lo anterior podemos concluir que persona es todo individuo humano (hombre o mujer) por su propia naturaleza y dignidad, al que el derecho se limita a reconocer su condición de tal, reconocimiento que se ha de efectuar sin consideración de edad, sexo, religión, profesión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.²⁹ En esta noción se basa el concepto de capacidad jurídica, es decir, se tiene capacidad jurídica, una e igual para todos y cada uno de los hombres, en cuanto se es persona, no se es persona porque se tenga capacidad jurídica. En

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. I, p. 59.

²⁹ Recuérdese lo preceptuado por el artículo 1o de nuestra Constitución: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

"El alcance personal o subjetivo de esta garantía específica de igualdad se extiende, como dice el artículo 1o constitucional, a todo individuo, es decir, a todo ser humano independientemente de su condición particular congénita (raza, sexo, etc.), o adquirida (estado jurídico o fáctico, proveniente de la realización de un hecho o acto previo: estado de arrendatario, casado, propietario, etc.). Así pues, de acuerdo con nuestra Ley Fundamental, toda persona tiene capacidad de goce y ejercicio (para emplear el lenguaje del Derecho Civil) de las diversas garantías individuales específicas que consagra la Constitución en sus respectivos artículos... Por otra parte, la titularidad de las garantías individuales se entiende extensiva jurídica, legal y jurisprudencialmente, a las *personas morales de orden privado*, y, en casos determinados a las *oficiales*...". BURGEOA, Ignacio. "*Las garantías...*", *Ob. Cit.*, p. 261.

consecuencia, estamos de acuerdo con la postura de que es persona el individuo o ser humano -así como las entidades jurídicas por ley reconocidas- capaz de derechos y obligaciones, en cuanto la entendamos como posibilidad, y no supeditada a su actualización. De esta configuración de la relación jurídica resulta que la persona es el sujeto de la misma y que no puede aparecer sino como sujeto de esta:³⁰ en vía de consecuencia debe rechazarse la hipótesis de que la persona pueda, bajo ningún concepto, ser considerado como un objeto de la relación jurídica,³¹ entendiéndose aquí como por objeto toda entidad material o inmaterial que concreta el interés implicado en la relación. A guisa de ejemplo, desde el punto de vista de la persona física, resulta que en los ordenamientos jurídicos actuales todo hombre o mujer es sujeto de derecho, a diferencia de cuanto ocurría en la mayoría de los ordenamientos primitivos en relación con los esclavos. Ciertamente es que tenían la condición de hombres, pero se les negaba que fueran personas por carecer de todo estado civil, circunstancia esta que los relegaba a la condición de mero objeto de una relación jurídica, y en este sentido tenían la condición de cosas propiedad de otro sujeto, hasta el punto de

³⁰ Evidentemente, los animales no pueden ser sino objetos -y no sujetos- de derechos; así se entiende de varios artículos del CCDF: el 753 que se refiere a los bienes muebles semovientes, el 854 y 855 -y siguientes- previsores de la apropiación de animales, el 888 que califica a la cría como un fruto civil, el 2158 y siguientes, relativos a los vicios ocultos en la venta de animales, por mencionar algunos. Cf. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil: Parte general. Personas. Casos. Negocio jurídico e invalidez", 2a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1990, p. 129.

Hubra que tomarse en cuenta que "La filosofía, en consideración de la sensibilidad y conciencia de que están dotados, prohíbe al hombre hacer sufrir a los animales, sin que esta idea haya permanecido en estado de mera especulación, puesto que la ley del 2 de julio de 1850, llamada *Ley Gratunotti*, por el nombre del ministro que la propuso, castiga con una multa de 5 a 15 francos los malos tratos ejercidos en contra de un animal doméstico, aun por su propietario; pero esta obligación impuesta a los hombres no implica la idea de un derecho para el animal: se funda en motivo de humanidad y en el deseo de dulcificar las costumbres, impidiendo las brutalidades inútiles. Paul Janet, después de haber reconocido este deber especial, dice, sin embargo, que los animales constituyen frente al hombre, aunque en un renglón inferior, *semipersonas*, provistas de *semiderechos*... No basta tener derechos para ser persona; es necesario ser capaz de obligaciones: ahora bien, es imposible imponer deberes al animal...". PLANIOL, Marcel y George Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981. Tomo I, pp. 178 y 179.

³¹ Consideración especial merecen a este respecto los denominados bienes o derechos de la personalidad. Estos -derecho a la vida propia, a la propia imagen, a la libertad, entre otros-, pueden ciertamente ser considerados como el objeto de una determinada relación jurídica; pero esto no implica convertir a la persona misma en objeto de aquella concreta relación, sino que en estos casos vendrá configurado por unas especiales prerrogativas inherentes a la persona, como se analizará en el Capítulo Segundo de la presente investigación.

hablarse de reivindicación de un esclavo, en el mismo sentido que actualmente damos a la acción reivindicatoria sobre un objeto corporal determinado. Suprimida actualmente la esclavitud, esta distinción entre hombre y mujer es superflua, por cuanto todo ser humano es persona y como tal puede tener la condición de sujeto de cualquier relación jurídica, con la consecuente posibilidad de poder ejercitar los derechos y facultades que forman el contenido de la relación, y que nunca son absolutos, sino que siempre están limitados por una trama de obligaciones y deberes, con el fin de hacer posible la coexistencia de los distintos sujetos de la relación.

Visto lo que entenderemos por persona, cabe ahora precisar que el actual concepto de dicho vocablo, es más amplio que el aceptado comúnmente por los derechos antiguos, ya que como consecuencia de haberse suprimido la distancia entre hombre y persona, que lleva al principio de atribuir a todo ser humano la condición de persona o de sujeto de la relación jurídica y como tal con capacidad de goce de derechos. Pero este concepto de persona ha experimentado todavía una mayor amplitud, por cuanto se hace extensivo no sólo al ser humano, sino también a ciertas organizaciones sociales, a las que el derecho reconoce o atribuye una personalidad jurídica e independiente a la de los miembros que la componen. Surge así la conocida distinción entre persona física -hombre o mujer- y personas jurídicas o morales.³²

A propósito de esta distinción entre persona física y persona jurídica cabe señalar que en relación con la primera la personalidad de la misma es un efecto o atribución de la naturaleza, y por ello no está en manos del legislador atribuir o no al hombre, o a determinadas categorías de hombres,

³² En estas líneas utilizaremos como sinónimos los términos "personas morales" o "personas jurídicas", sin entrar a analizar la ya añeja divergencia que existe entre los tratadistas respecto del vocablo correcto a utilizar, cuyas denominaciones propuestas sería prolijo mencionar.

personalidad jurídica. En cambio el reconocimiento de la misma a las personas morales es una concesión del ordenamiento jurídico, que igual podría haberseles negado sin vulnerar por ello ningún principio básico de justicia, pues aún cuando se admita que la persona moral no es una ficción, a ella se le aplica, empero, de un modo traslativo el concepto de persona, porque se trata de realidades sociales personificadas, ya sea para favorecer determinados intereses económicos, cuando no de clase.

Más adelante veremos los contornos generales que la normatividad jurídica impone respecto de las persona físicas, no sin antes advertir que tanto las normas jurídicas referentes a la persona física, como las que atañen a su estado, capacidad de goce y de ejercicio son en principio normas imperativas, por cuanto se refieren a unas materia que por obvias razones quedan fuera del ámbito de la autonomía privada. Así, se ha indicado que con arreglo a las ideas jurídicas actuales el legislador no puede negar el carácter de persona a ningún hombre o mujer que reúna los requisitos del artículo 337 del CCDF, pues la solución contraria se estimaría sin duda como una contravención a los más elementales y básicos principios de justicia. Por consiguiente, sería igualmente nulo cualquier negocio en virtud del cual las partes pretendieran ampliar o restringir el concepto de persona, que puede observarse admite nuestro ordenamiento legal.³³

Como habíamos ya mencionado, las personas físicas no son las únicas que existen como sujetos de derecho. Hay, además, las llamadas personas morales, que son entidades formadas para la realización de fines colectivos y permanentes de los hombres, a las que el derecho objetivo reconoce capacidad para tener derechos y obligaciones. En efecto, ciertos fines que el hombre se propone, no son realizables o lo serian en manera difícil, si

³³ Cf: PUIG BRITAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo 1, vol. I (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 7.

pretendiera alcanzarlos mediante su solo esfuerzo individual, por lo que ante ese supuesto, el hombre se asocia con los demás hombres y constituye agrupaciones para alcanzar tales fines, combinando sus esfuerzos y sus recursos con los de otros individuos, a fin de lograr aquellos propósitos que no puede por sí solo realizar. En ese evento, el Derecho ofrece instrumentos idóneos para dar unidad y coordinación a esas fuerzas, que de otra manera actuarían dispersas, y así atribuye la calidad de personas a esas colectividades que adquieren unidad o cohesión, a través de la personalidad (moral, jurídica o colectiva) permitiéndoles por medio de esa construcción técnica, adquirir individualidad a imagen y semejanza del ser humano, y actúan así en el escenario del Derecho, como sujetos de derechos y obligaciones.³⁴

La naturaleza jurídica de dichos entes, así como la terminología que debe asignárseles ha sido materia de discusión entre los tratadistas a lo largo ya de varios cientos de años.³⁵ No pretendemos analizar cada una de las teorías que se han formulado, ni siquiera hacer un resumen de las mismas, baste para nuestros propósitos mencionar que actualmente se han clasificado en sociedades naturales (el Estado o el municipio, derivados de la sociabilidad natural del hombre), en fenómenos de tipo asociativo (en donde se expresa la voluntad y deseo por parte de los socios de asociarse con el fin de conseguir un fin común), en fundaciones (donde lo único esencial es la existencia de un patrimonio y un fin) y en meras personas morales (aquellas que no necesitan de un patrimonio para existir, ni de socios, fin común, intención de asociarse, tan sólo cumplir con los requisitos formales que la ley les indica). Como se desprende, no se puede buscar estrictamente una

³⁴ Cfr. GALINDO GARTÍAS, Ignacio. *"Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia"*, 9a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989, pp. 305 y s.

³⁵ Consúltese sobre este tema la interesante monografía de CAPILLA RONCERO, Francisco. *"La persona jurídica: funciones y disfunciones"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984, 154 pp.

naturaleza común a todas las personas morales, ya que lo único que las une es que todas tienen alguna actuación jurídica similar, o que se parecen o recuerdan a la de las personas físicas.

"... Las personas jurídicas no tienen entre sí más que dos notas comunes que son las que las relacionan con la persona física y por lo que son análogas respecto de ella: todas ellas son constituidas mediata o inmediatamente por hombres, y todas ellas tienen la necesidad de actuar siempre a través y por medio de representantes que mediata o inmediatamente son hombres: todas ellas son personas necesariamente representadas.

"En todo lo demás, las personas jurídicas son distintas...

"... por tanto podemos concluir que el término persona, se predica sólo por analogía con las personas humanas, a los distintos entes que denominamos personas jurídicas y que entre sí esas personas jurídicas no participan de una naturaleza común, y es inútil tratar de encontrar más notas comunes a todas ellas que las dos que se han señalado anteriormente las cuales además indican el carácter accesorio de la persona jurídica, que sólo existe como instrumento de la persona humana, y necesita de ella para existir.

"Si por persona entendemos una substancia individual o sea, algo que existe en sí y no en otro, las personas jurídicas no son personas, pues para existir necesitan de la persona humana, y en el orden jurídico sólo el hombre es subsistente, pues no necesita de nadie más para poder existir".³⁶

5 La personalidad jurídica. - Dentro de la teoría jurídica, junto al concepto de persona encontramos el de personalidad, como básicos y centrales en el Derecho Civil, ya que como hemos señalado, son conceptos previos al mismo y de los que éste parte: estamos ante una categoría dada y no creada por las normas jurídicas.³⁷ De la persona ya nos hemos referido en el punto anterior, en

³⁶ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 51 y s.

³⁷ "Todo ser humano, por su naturaleza racional, tiene deberes y derechos y es una persona. Esto es una realidad incontestable que existe independientemente del ordenamiento jurídico. El Derecho no crea el sujeto titular de los derechos y las obligaciones, sino que simplemente reconoce que lo es el ser humano, la persona. Por eso no cabe hacer distinción entre persona humana (o individuo del género humano o simplemente ser humano) y persona jurídica como si fueran dos realidades diferentes. En cuanto a las personas, el Derecho lo que hace es reconocer el papel con el que pueden actuar en las diferentes relaciones jurídicas. A este papel o careta con el que se representan, como el de vendedor o

tanto que de la segunda es la "cualidad inherente a la persona como tal".³⁸ La personalidad guarda íntima relación con el concepto dado de persona, es, pues, la situación jurídica subjetiva, una cualidad o aptitud reconocida por el derecho al hombre y a ciertas organizaciones sociales.³⁹

"La personalidad se concibe, por tanto, como la confluencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza del nombre, entre los que se encuentra el de ser posible titular de derechos y obligaciones civiles. Un paso más y el hombre pasa a ser una suma de derechos naturales a convertirse en un centro de imputación de derechos otorgados o negados por el mismo ordenamiento, en un mero receptáculo abstracto, que en cuanto tiene la posibilidad de llenarse con toda clase de derechos, es igual, como potencia, a cualquier otra personalidad, en cuanto todo hombre es capaz de adquirir cualquier derecho, aunque actualmente carezca de él, ya que la personalidad por su parte es solo una manifestación especial de hecho de ser persona: un paso más y, como ocurre en la doctrina kelseniana, el concepto de personalidad pierde todo contenido ontológico y se convierte en una mera posibilidad lógica de ser punto o centro de imputación de derechos y obligaciones, ente abstracto que sirva de apoyo a las relaciones de derecho".⁴⁰

La persona es el centro necesario alrededor del cual se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales (Derecho Objetivo, Derecho Subjetivo, obligación, deber jurídico, por mencionar algunos). Uno de dichos

comprador, padre o hijo, tutor o juez, actor o demandado, puede denominarse personalidad jurídica. Bajo este punto de vista, que tomo de Alvaro O'Farré, corresponde al Derecho determinar las condiciones y formas en que las personas pueden representar los distintos papeles en la vida jurídica, es decir le corresponde reglamentar su personalidad jurídica, pero nunca definir su condición de personas". ADAME GODDARD, *Jorge. Ob. Cit.*, pp. 41 y 42.

³⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, Tomo I (Parte General), p. 173.

³⁹ Para De Cupis, la personalidad o capacidad jurídicas vienen definidas comúnmente como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas (de poderes y deberes jurídicos, según una fórmula más reciente). Ella no se identifica ni con los derechos ni con las obligaciones, y no supera la esencia de una mera cualidad jurídica, constituyéndose como una precondición, esto es, el fundamento y el presupuesto de toda relación jurídica de la que es titular un sujeto, sin el cual los mismos derechos y obligaciones no pueden subsistir. En efecto, para este autor, no se puede ser sujeto de derechos y obligaciones si no se está revestido de esa "actitud" (que conlleva o implica una "aptitud"), es decir, de la calidad de persona.

"Por cuanto atañe en modo particular a los derechos, ahí ha estado quien ha hecho recurso a la comparación del cascarón de un huevo -pero igualmente la comparación puede hacerse para las obligaciones-: la persona es un cascarón de un huevo, destinado a ser rellenado de derechos, así como los derechos son destinados a rellenar aquel cascarón de huevo". DE CUPIS, Adriano, "I Diritti della personalità", Tomo I, en "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" de Antonio Cicu y Francesco Mesineo, Dott A Giuffrè Editore, Milano, 1973, vol. IV, Tomo 1, pp. 9 y ss.

⁴⁰ COSSIO Y CORRAL, Alfonso De; Manuel De Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso. *Ob. Cit.*, Tomo I (Parte General, Obligaciones y Contratos), p. 177.

conceptos es el de personalidad ya que aún y cuando se encuentra íntimamente ligada al concepto de persona, no se confunde con éste, ya que aquella es la manifestación o proyección del ser en el mundo objetivo. En otras palabras, si la persona es el ser humano, sujeto de derecho, y la personalidad es la condición de persona, también puede entenderse por personalidad la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, sujeto de derecho, esto es, si se es persona se tiene personalidad.⁴¹ Con lo cual, algunos autores llegan a la siguiente conclusión: es coincidente el concepto de personalidad con el de capacidad de goce, aunque aquél es presupuesto de ésta.

En cambio, para Galindo Garfias,⁴² los conceptos de personalidad y de capacidad de goce no significan lo mismo, si bien se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, es decir, es la proyección del ser humano en el ámbito legal, es la mera posibilidad abstracta para actuar como sujeto activo o pasivo en la infinita gama de las relaciones jurídicas que eventualmente puedan presentarse. Por su parte, la capacidad alude a ciertas situaciones concretas, ya sea para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinada persona o para adquirir este o aquel bien. De tal manera que, sin menoscabo de su personalidad, una persona -por ejemplo- puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. La personalidad es, pues, única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta.

En un estudio distinto, el mismo autor comenta:

⁴¹ De lo que se infiere que los términos persona y personalidad son conceptos correspondientes uno del otro, esto es, interdependientes, razón por la que no es posible sostener la existencia de una "doble personalidad" que con respecto a algunas legislaciones ciertos autores se empeñan en argumentar para explicar el fenómeno de la aplicación de dos o más ordenamientos jurídicos con ámbito de validez distintos a un mismo sujeto. *Cfr.* VELA, Jaime A. "Apuntes de Derecho Musulmán", Editorial Kadmus, México, 1996, pp. 26-28.

⁴² GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil...". *Op. Cit.*, p. 307.

"Debemos admitir por otra parte, que existe una marcada diferencia entre personalidad y capacidad de goce si reservamos el concepto de personalidad para aplicarlo no a la aptitud para ser titular de derecho (*sic*) y obligaciones, sino al contorno jurídico de esa aptitud que tiene una determinada persona individualizada y no otra. La capacidad de goce sería la aptitud *genérica* para ser titular de derechos y obligaciones que tiene la persona en general. La personalidad sería entonces el límite de ejercicio de aquella capacidad, que varía de una persona a otra".⁴³

En este sentido, Pacheco Escobedo⁴⁴ indica que la confusión en comento proviene del concepto mismo de persona, que entre los pandectistas y positivistas equivalía a capacidad jurídica, con lo cual se caía en un círculo vicioso. Dicha confusión -continúa- proviene de querer entender a la persona únicamente como categoría jurídica, ya que se estará viendo solamente un aspecto que es consecuencia de otro y se toman los efectos como la esencia misma. La personalidad y capacidad jurídica son cualidades específicas de la persona, consecuencias de su naturaleza social, no creaciones del orden jurídico. No es preciso afirmar que la persona para el derecho es el ser capaz de tener derechos y obligaciones, sino que se tienen derechos y obligaciones porque se es persona y ésta, en su aspecto social, al relacionarse con sus semejantes, establece relaciones jurídicas que le son debidas por ser persona. En este orden de ideas es un atributo de la persona pero no es una cualidad constitutiva de la misma, aunque sólo las persona la tengan. En esta acepción tan amplia de la capacidad, no hay lugar para la incapacidad, pues en sentido estricto, nadie sería incapaz, cuando todos los hombres por el simple hecho de existir son capaces.

⁴³ GALINDO GARTÍAS, Ignacio. "Estudios de Derecho Civil", 2a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, p. 635.

⁴⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. Cit.*, p. 136.

6 “Personalidad” en lugar de “persona”.- Durante los siglos XIX y XX, el concepto de persona acuñado por el Derecho Natural fue devaluándose, convirtiéndose en un mero instrumento técnico-jurídico, y aún cuando en este contexto nadie olvidaba que solamente los hombres, y todos los hombres, son capaces de derechos y obligaciones, como consecuencia de ser personas, el arduo redescubrimiento del hombre vino de la mano, no de la palabra persona, sino de la personalidad. Mientras que la palabra persona es herencia de los romanos, la personalidad es un neologismo de finales del siglo XVIII.⁴⁵ Nacida en el mundo de la ilustración, irrumpió pujante y pronto estuvo en boca de todos, de hecho, la personalidad fue entonces la fuerza con que los partidarios de la filosofía ilustrada sustituyeron la autoridad oficial: “Si el rey había de ser respetado, no lo era por sus antecedentes regios, sino porque se había ganado la consideración de monarca en mérito de su entrega personal, su espíritu y su capacidad”.⁴⁶ La razón de esta rápida evolución de la palabra personalidad no radicaba en el derecho, sino en la ética, lo que llevó a diferenciar claramente los vocablos de persona y personalidad: aquella era un concepto jurídico, en tanto que ésta, una cualidad ética, una capacitación para la libertad en la que debería desenvolverse el hombre.

“No puede ser sino lo que eleva al hombre (como parte integrante del mundo sensorial) por encima de sí mismo, lo que le vincula a un orden de las cosas que sólo el entendimiento alcanza a comprender y que, junto al mundo sensorial y con él, rige la existencia empíricamente determinable del hombre y del tiempo, y la totalidad de los fines. No es sino la personalidad..., la libertad e independencia con respecto a mecanismos de la naturaleza toda, pero considerada simultáneamente como patrimonio de una esencia por cuyas particulares leyes prácticas, conferidas por su propia razón, la persona, en tanto que integrante del mundo sensorial, está supeditada a su propia personalidad, pues ésta, paralelamente, pertenece al mundo inteligible”.⁴⁷

⁴⁵ HATTENHAVER, Hans, *Op. Cit.*, pp. 20 y 21.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁷ Razonamiento expresado por Kant en su “Crítica de la Razón Pura”. *Idem.*

Habrían de pasar décadas para que los estudiosos del derecho se decidieran a buscar un contenido jurídico para la categoría ética de personalidad, sin que consiguieran afianzar este apelativo como concepto jurídico.⁴⁸ George Carl Neuer, en su "*Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*" -Esencias y modalidades de relaciones de Derecho Privado-, equiparó persona y personalidad, basándose en la doctrina tradicional Kantiana: "Entre los derechos de la personalidad, entendemos que el derecho de la persona es una finalidad en sí mismo que hay que fortalecer y desarrollar".⁴⁹ A partir de entonces los juristas citaron el derecho de la personalidad como fundamento de la teoría del libre desarrollo de la personalidad. El propósito: que las teorías sobre la libertad jurídica del ciudadano, a la que los gobiernos del siglo XIX negaban en parte el rango constitucional, arraigaran a nivel de ley común. Sin embargo, los sustentantes del derecho de la personalidad no consiguieron nunca una clara construcción del concepto: las palabras persona, personalidad y derecho de la personalidad siguieron oscuramente mezcladas, y bien podían encontrarse todas con idéntico significado.

7 El "derecho general de la personalidad"- A mediados del presente siglo, la discusión jurídica del derecho de la personalidad continuaba sin lograr una nitidez conceptual. Edward Hölder, en su "*Natürliche und juristische Personen*" -Personas naturales y jurídicas-, editado en 1905, como indicación preliminar consideraba que los términos de persona y personalidad se usaban frecuentemente en un mismo sentido. Si bien la segunda designaba una cualidad, la primera identificaba una cosa que posee aquella cualidad y

⁴⁸ Véase en el punto anterior, las dificultades que aun hoy en día representa tratar de definir el concepto de personalidad, lo que no es sino fiel reflejo de lo aquí apuntado.

⁴⁹ cit. por HATTENHAVER, Hans. *Op. Cit.*, p. 22

ambas podían aplicarse en un mismo sentido porque no existe persona sin personalidad, ni personalidad sin persona que le corresponda.⁵⁰

Entre tanto, Otto von Gierke apostaba por el reconocimiento del derecho general de la personalidad, cuando en su "*Deutsches Privatrecht*" - Derecho Privado Alemán -, argumentaba:

"Llamamos *Derecho de la personalidad* aquel que garantiza a su sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de personalidad. Con tal nombre se designan "los derechos a la propia persona", y al destacar la especialidad de su objeto, se distinguen de todos los demás derechos... Los derechos de la personalidad son diferentes, como derechos privados especiales, del Derecho general de la personalidad, que consiste en una reivindicación general, garantizada por el ordenamiento jurídico, de contar como persona. *El Derecho de la personalidad es un derecho subjetivo que debe ser respetado por todos*".⁵¹

La noción de un derecho general de la personalidad, básico y unitario, como se desprende de la transcripción que antecede, y fundamento de todo derecho subjetivo especial -idea originada y mantenida primordialmente por juristas alemanes y suizos- después de su lanzamiento a finales del siglo pasado, con el tiempo fue poco a poco olvidada. Sin embargo a partir de la segunda mitad de la presente centuria, han surgido nuevas y renovadas formulaciones, en las que fundamentalmente el derecho general de la personalidad es el derecho a la conservación, invulnerabilidad, dignidad, designación reconocida y libre actuación de la personalidad en todas direcciones. Tradicionalmente, esta idea ha sido rechazada por la doctrina francesa y por una parte de la española, al preguntarse -sin respuesta- en que consiste exactamente ese derecho general de la personalidad si se le intenta diferenciar de los derechos particulares mediante los cuales se manifiesta, ya por no permitir fijar terminantemente, sino sólo de forma

⁵⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁵¹ *Ibid.*

incompleta y por aproximación, los derechos singulares que de aquel dependen. También se aduce, si se piensa que ha de reconocerse automáticamente como derechos subjetivos todas las pretensiones conexas a la idea de personalidad, la multiplicación de los derechos resultantes de tal principio -del derecho general de la personalidad- no se hallaría justificación real por las necesidades prácticas.⁵²

Aún y cuando las críticas a la teoría de un derecho general de la personalidad no deben ser hechas a un lado, recuérdense los argumentos de Gierke: "Los derechos de la personalidad se hallan en parte ya desarrollados y reconocidos; en parte, todavía por nacer. Los ya reconocidos constituyen los derechos especiales de la personalidad; los demás forman el derecho general, un poco vago e indefinido, de la personalidad. Los primeros, concretados en determinadas y estables figuras jurídicas, a veces sancionados también legislativamente, no agotan, por tanto, toda la materia, sino que dejan lagunas que deben llenarse cuando el conocimiento del derecho lo requiere; esto es, cuando se advierte la necesidad de hacer referencia a derecho general de la personalidad y de extraer de este fondo gris, de este confuso vivero, un nuevo derecho especial neto y preciso".⁵³ Empero, los tradicionalistas han argüido, con razón, que la protección solicitada para la persona en nombre del derecho general de la personalidad,

⁵² Cf. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, "Imagen (Derecho a la propia)" en "Nueva Enciclopedia Jurídica" (Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y Buenaventura Fellis Frats), Francisco Seix-Editor, Barcelona, 1979, Tomo XI, p. 310.

También en la doctrina alemana se han pronunciado destacados autores por negar la existencia de tal derecho. Así, ENNECCERUS ha sostenido que carece de fundamento un derecho general de la personalidad, y a tal efecto afirma: "... no hay necesidad alguna de reconocer un derecho general de la personalidad, pues los bienes indisolublemente unidos a la persona, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad corporal tienen una protección absoluta general igual que los derechos subjetivos... La inclusión de un derecho general de la personalidad entre los derechos subjetivos opondría graves entorpecimientos al desenvolvimiento de otras personalidades y obstaculizaría el progreso". El mismo autor señala que también se manifiestan en contra Windscheid-Kipp, Oertmann, Von Tuhr, Zitelmann y Wienszowski. Cf. ENNECCERUS, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff, *Tratado de Derecho Civil* (Revisada por Hans Carl Nipperdey y traducido por Blas Pérez González y José Alguer), 2a ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953, Tomo I (Parte general), vol. I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho, objeto del derecho), pp. 300, 301 y 412.

⁵³ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 310.

hacia tiempo había sido recogida por el derecho sin necesidad de tal doctrina. Normalmente los tribunales habían contrarrestado las violaciones jurídicas valiéndose de la reclamación civil de daños.

Pese a las críticas, hay quien considera que el derecho general de la personalidad es el derecho sobre el complejo de bienes personales, de las propias fuerzas físicas, intelectuales, entre otras, y que garantiza el uso y goce inatacable de estos bienes. Lo ven como un derecho único, pero que puede ser vigilado de diversos modos, por lo que la sociedad ha establecido otros tantos institutos de protección que sirven para su distinción e individualización, de lo que se desprendería que los conocidos derechos de la personalidad no serían sino particulares manifestaciones de aquél único derecho individual general, instituciones establecidas para la protección de éste, pero sin alcanzar la categoría de derechos subjetivos autónomos.⁵⁴

Lo cierto es que la doctrina del derecho general de la personalidad no ha trascendido ni a las leyes ni a la interpretación de los organismos jurisdiccionales del Poder Judicial. De hecho, nuestro CCDF no ha recogido la mencionada protección general de la personalidad sino en vía de consecuencia, esto es, cuando se produce un daño del denominado moral, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1916 del CCDF.⁵⁵

⁵⁴ Por el contrario, De Cupis, tras hacer una serie de razonamientos para negar la existencia de un derecho general de la personalidad, finaliza este punto agregando que "... la personalidad jurídica no puede, de presupuesto que es de la persona, transmitirse en objeto del derecho de la misma persona". DE CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.*, vol. IV, Tomo 1, p. 22.

⁵⁵ *Cfr. infra* numeral 5 del Capítulo Segundo.

8 La personalidad como cualidad.- De acuerdo con las líneas trazadas en los puntos anteriores, y visto el tratamiento que el CCDF le da a la personalidad -aún y cuando dicho ordenamiento se refiere a “capacidad jurídica”, hemos visto que lo correcto es hablar de personalidad-, queda destacado el tratamiento que dicho concepto le da a la persona humana dentro del prisma jurídico. Esto es, la consideración de la persona en el mundo jurídico viene determinada por la noción de personalidad.

Foedemos decir entonces que la personalidad es la cualidad que permite a la persona ser considerada como sujeto de derechos y, por consiguiente, ser titular de derechos y deberes de carácter jurídico. Por lo tanto, siendo persona, como no hay personalidad sin persona, aquélla no es más que la consideración de persona en la esfera jurídica.

Es por ello que el concepto de personalidad civil tiene un doble sentido: *a)* Absoluto o global, que significa que el reconocimiento como sujeto se realiza por el derecho tanto a la persona física, el hombre, como a las personas morales; y *b)* Uniforme, al excluir posibles matices explicables de un sujeto, es decir, que es idéntica para todos y general.⁸⁶

9 Comienzo y fin de la personalidad.- Conforme al artículo 22 del CCDF la personalidad jurídica de las personas físicas comienza con su nacimiento y acaba con su muerte. Sin embargo, también desde tiempos antiguos las leyes han

⁸⁶ Cf: MALUQUER DE MOTES, Carlos. “Derecho de la persona y negocio jurídico”, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1993, pp. 1 y s.

concedido derechos específicos al concebido no nacido.⁵⁷ Al respecto el mismo ordenamiento antes señalado, en su artículo 337, indica que "sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil",⁵⁸ lo que no quiere decir de ninguna manera que antes de que se presenten las condiciones señaladas del concebido, o el ya nacido que incumple con alguno de los requisitos de viabilidad recién referidos, no sea, biológicamente, persona, sino que la norma se refiere únicamente al principio formal de la persona humana, es decir, la personalidad propiamente dicha, y no a su principio natural, ya que el derecho no puede prejuzgar sobre el inicio de la vida porque no es de su competencia el establecerlo. Se constriñe en consecuencia a indicar los requisitos para que el ser humano pueda adquirir en definitiva los derechos y obligaciones que ya antes del propio derecho le había atribuido, pero por motivos de seguridad jurídica y orden público, estaban sujetos al imponderable de la condición de su nacimiento vivo y viable, de lo que se infiere que las bases para el establecimiento de la relación jurídica ya existen y sólo se está esperando el acontecimiento futuro e incierto para

⁵⁷ Así, el no nacido puede heredar, la viuda encinta crea una situación de suspensión en la sucesión hereditaria de su marido hasta conocer si el producto del embarazo nace vivo y viable y se le llega a nombrar inclusive en algunas situaciones un tutor para proteger los posibles derechos del no nacido. Puede asimismo recibir donaciones, de lo que se desprende que el no nacido pero ya concebido irrumpe en el campo del derecho, pues nacen para él derechos y obligaciones, aunque sean únicamente los que la ley expresamente le reconoce, como lo indica el artículo 27 del CCDF.

⁵⁸ Respecto del tiempo que el nacido debe vivir para que se le considere legalmente persona, los redactores del Código Civil de 1870, respecto del artículo 327 de dicho ordenamiento, expusieron: "...En este capítulo -Paternidad y Filiación- se decide quien debe ser considerado como nacido para los efectos legales; y aunque en las primeras condiciones no hay dificultad -se refieren a que el feto haya sido desprendido enteramente del seno materno y nacido con figura humana-, en la última varían notablemente los códigos y los expositores; declarando unos que basta un momento de vida y exigiendo otros más o menos tiempo, que se ha exajerado hasta el de diez días. Si la cuestión se examina bajo el punto de vista maternal, no hay duda en que basta un instante de vida; puesto que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento. Pero como es tan difícil señalar ese instante; y como muy frecuentemente la muerte de los niños acabados de nacer depende de la dificultad del parto, es muy probable que concentrada la atención de la familia en el peligro de la madre, no pueda fijarse debidamente el momento que vivió el niño. Y como en estos casos se atraviesan cuestiones entre los colaterales y extraños, son muy fáciles el abuso, el cohecho y aun otros delitos. Pareció, pues, á la comisión muy prudente el término señalado en las leyes de Toro; porque durante veinticuatro horas disminuyen extraordinariamente los peligros indicados. Y deseando limitar más el término y fijar una base enteramente auténtica, añadí, que si dentro de veinticuatro horas, el niño es presentado vivo al registro civil, se tendrá por nacido para los efectos legales." *Exposición de motivos de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la Comisión*

darlas en definitiva por nacidas o por no nacidas. En cambio, nunca pueden establecerse, ni sujetar a condición, relaciones jurídicas con un no concebido, puesto que éste sería cuando mucho un ente imaginario o de razón que de ninguna manera puede ser sujeto de derechos y obligaciones.⁵⁹

Se puede concluir en consecuencia que la viabilidad a que se refiere el artículo 337 del CCDF antes anotado es únicamente para efectos jurídicos, esto es, para reconocerle personalidad a un individuo, con lo que tal principio es con meros objetivos formales, y no el comienzo real o biológico de una persona.

La extinción de la persona física se produce con la muerte y de ninguna otra forma se puede perder la personalidad.⁶⁰ Sin embargo, la idea

al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión, Imprenta de E. Ancona y M. Peniche, México, 1871, pp. 19 y s.

⁵⁹ Existen hoy en día autores que sostienen que el concebido no nacido no puede considerarse persona. Lete del Río sostiene lo anterior al exponer la naturaleza jurídica de la protección del concebido: "Para un sector de la doctrina es la concepción y no el nacimiento lo que determina la personalidad. Los derechos serán adquiridos desde la concepción, estando sometidos a una condición resolutoria para el caso de que el concebido no llegase a nacer con los requisitos legales. Para otros autores, si bien reconocer que el concebido no es persona, en cuanto adquiere derechos, es que ostenta una personalidad que -a su juicio- tiene un carácter condicional o provisional. Estas posturas no convencen, pues el concebido no es persona y, por lo tanto, no tiene capacidad; y tampoco es correcto hablar de una atribución anticipada o provisional, ya que los efectos jurídicos son únicamente los favorables, y, además, se encuentra sometido a la *avulsió iuris* del nacimiento con los requisitos legales.

"Otra tesis es la que parte de la premisa de que entre la concepción y el nacimiento hay o puede haber unos determinados bienes o derechos que al ser atribuidos al concebido (como todavía no es persona) carecen de momento de sujeto, son derechos sin sujeto, y como esta manera de argumentar parece contradictoria, se defiende que esa masa de bienes o derechos destinados al concebido constituye un patrimonio destinado a un fin, el cual se convierte en persona jurídica. Sin embargo, esta postura resulta contraria a la reglamentación legal de la persona jurídica (cfr. art. 35 C. C.), pues - como dicen DIEZ-PICAZO y GULLÓN - "la atribución de personalidad jurídica se realiza siempre en favor de entidades estables y duraderas y para la consecución de unos fines que son de naturaleza mas bien permanente, por lo cual la idea de personalidad jurídica rima mal con una situación que posee un marcado carácter de interinidad".

"Es claro que el concebido no es persona y, por lo tanto, no tiene capacidad. La situación del concebido implica una situación de interinidad, en la que la masa de bienes o derechos que se le destinan y puede llegar a adquirir *si vive* se encuentra en una situación de dependencia; la cual no siempre se resolverá en favor del concebido, solamente si llega a nacer y retroactivamente al nacimiento con los requisitos legales; o sea, es cierto que el concebido, si llega a nacer con los requisitos legales, será titular de dichos bienes o derechos, pero también lo es que pueden serlo aquellas personas a las que correspondieran los bienes si aquél no llega a nacer. Precisamente esta interinidad es la que justifica que se puedan tomar una serie de medidas precautorias...". LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, pp. 45 y s.

⁶⁰ "La llamada *muerte civil*, que existió en otras épocas y en otras legislaciones, no era en realidad terminación de la persona, sin sólo pérdida mas o menos amplia de derechos, pues siempre el muerto civil seguía siendo persona y conservaba al menos sus derechos naturales que ninguna legislación le podía

de que sólo la muerte natural pone fin a la personalidad es relativamente moderna. En efecto, históricamente se distinguía entre la muerte natural y la muerte civil. Esta última se suponía una incapacitación más o menos amplia, se aplicaba en los casos de esclavitud, a los religiosos profesos y a los condenados a ciertas penas, y se mantiene hasta en el mismo Código de Napoleón, del que fue suprimida por una ley de 31 de mayo de 1854.⁶¹ Esta institución de la muerte civil, si bien desaparece de los ordenamientos jurídicos modernos; en algunos de sus supuestos, concretamente el de ciertos delitos, sobrevivió, siendo considerada como una causa de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar hasta fecha muy reciente.⁶²

Al igual que el nacimiento viable o la concepción misma, siempre que se acrediten los requisitos de viabilidad del artículo 337 del CCDF, da origen a la personalidad jurídica, otro hecho biológico -la muerte- la extingue, por lo que el derecho debe tomar de las ciencias biológicas el dato de la muerte. Con indudable acierto, el CCDF se abstiene de intentar establecer con carácter general los requisitos y el momento de la muerte, de ahí que tradicionalmente la muerte se haya determinado en función del correspondiente dictamen pericial médico, el cual se basaba en el hecho de tener el corazón parado y la circulación y respiración detenidas, es decir, en la desaparición de todos y cada uno de los signos vitales. En cambio, hoy en día, en virtud de los avances de la ciencia médica, para determinar la muerte

arrebatar, aunque injustamente no se le permitiera el ejercicio de algunos de ellos". PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 38.

⁶¹ "Se ha sostenido que la esclavitud y la muerte civil fueron causas extintivas de la personalidad, de tal manera que el esclavo se reputaba cosa y el declarado civilmente muerto, perdía todos sus derechos, cesando ipso jure su personalidad. La verdad es que, ni la esclavitud ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de una persona, aun cuando si extinguieron sus derechos". ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, 23a ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, tomo I, p. 158.

⁶² Las disposiciones relativas a la muerte civil en el Código de Napoleón pueden consultarse en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *"Derecho Civil..."*, *Ob. Cit.*, pp. 127 y s.

⁶³ En España, por ejemplo, "... hasta la reciente reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983 que modificó el artículo 32, suprimiéndola; aunque la interdicción civil, como pena accesoria, había sido previamente suprimida por la Ley orgánica de 25 de julio de 1983, de reforma urgente y parcial del Código penal". LETE DEL RIO, José M. *Ob. Cit.*, p. 31.

se atiende al funcionamiento del cerebro y del sistema nervioso. Así pues, la Ley General de Salud, en su artículo 317, señala que para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse la existencia de los siguientes signos de muerte: *a)* La ausencia completa y permanente de conciencia; *b)* La ausencia permanente de respiración espontánea; *c)* La falta de percepción y respuesta de estímulos externos; *d)* La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares; *e)* La atonía de todos los músculos; *f)* El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal; *g)* El paro cardíaco irreversible; y *h)* Las demás que establezca el reglamento correspondiente.⁶³

Pero como también sucede en el nacimiento, en algunos casos serán consideraciones de índole público y seguridad jurídica las que obliguen a tomar ciertas precauciones o hacer valer ciertas presunciones para declarar muerta a una persona física con independencia de su muerte biológica. No es, empero, una discrepancia irracional o arbitraria, sino que sólo se recurrirá a dichas fórmulas legales cuando exista incertidumbre de la muerte biológica, puesto que el derecho no puede contradecir la realidad para pretender declarar la muerte de una persona cuya vida consta fehacientemente.⁶⁴

Con la muerte de la persona física todas sus relaciones personales (matrimonio, patria potestad, etc.), las de duración vitalicia (usufructo, uso o

⁶³ La posibilidad de realizar trasplantes de órganos vitales de personas que se encuentran en estado vegetativo, para destinarlos a aquellos sujetos que por una razón u otra requieren del órgano de que se trate, ha dado motivos para que algunos hablen de un nuevo concepto de muerte distinto del imperante en la biología y el derecho. Así, se habla de "muerte cerebral", "muerte intermedia", "muerte aparente", "muerte funcional" o "muerte anticipada", en contraposición de la noción de muerte tisular, biológica, definitiva o integral. Cf.: el interesante pasaje que muestra Jiménez Huerta al referirse a los trasplantes del corazón y su incidencia en el campo penal. JIMÉNEZ HUEKTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano", 7ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1986, Tomo II (La tutela penal de la vida e integridad humana), pp. 28 y ss. en extensa nota de pie de página.

⁶⁴ Por no relacionarse en forma directa con el tema principal que nos ocupa, no haremos referencia a la presunción de muerte, ni a los casos de premonición o comorbiencia.

habitación) o sus derechos personalísimos se extinguen, en tanto que las relaciones patrimoniales susceptibles de transmisión pasan a los herederos (legales o testamentarios) o legatarios, según sea el caso.⁶⁵ En su momento, estableceremos la situación del derecho a la propia imagen respecto de este tema.

⁶⁵ Cf. ASFRÓN FELAYO, Juan Manuel. *Sucesiones*, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A. de C. V., México, 1996, pp. 1 y s.

CAPITULO SEGUNDO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Sumario: 1. Consideraciones generales; 1.1 Los derechos humanos; 1.1.1 Naturaleza; 1.1.2 Clasificación; 1.2 Los derechos de la personalidad; 1.2.1 Naturaleza; 1.2.2 Características; 1.2.3 Clasificación; 1.2.4 Patrimonialidad; 1.3 Ubicación sistemática de los derechos humanos y de la personalidad dentro de las ramas jurídicas; 2. Concepto del derecho a la propia imagen; 2.1 Contenido; 2.2 Caracteres; 2.3 Sujeto titular; 2.4 Causahabencia; 3. Naturaleza jurídica y su relación con el derecho de autor; 4. La autorización para la obtención, reproducción y publicación de la propia imagen; 5. El daño moral.

I Consideraciones generales.- Se ha destacado que la persona humana es un presupuesto del orden normativo, que la misma es el centro de éste y que debe contar con los derechos que le sean necesarios para conseguir los fines que persiga, los cuales, desde una perspectiva iusnaturalista, le pertenecen por su mera condición de persona. Según la misma postura, estas prerrogativas no le son dadas por las leyes, ya que en cierto sentido también son un antecedente del orden jurídico y en consecuencia deben ser respetadas por el sencillo hecho de la superioridad ontológica de la persona frente a la norma jurídica.⁶⁶ Dicho sea en otras palabras, el Derecho al regular la vida del ser humano, debe respetar y proteger las características básicas naturales del hombre para de esta manera permitir que se realice como tal.

A mayor abundamiento, la naturaleza del hombre es anterior y superior a la misma persona, por lo que ésta no puede renunciar a aquélla ni a los derechos que de la misma se derivan, esto es, por el hecho de serlo tiene

⁶⁶ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 54.

derechos innatos que le son necesarios para realizar sus fines y desarrollarse como ser humano. “Es el campo de los llamados Derechos del Hombre y de los Derechos de la Personalidad”.⁶⁷

Si bien pudiera considerarse que los antecedentes propios de cada una de las figuras anotadas es distinto, ya que si unos tienen su origen en las declaraciones derivadas de las luchas tendientes a reivindicar el valor del hombre como tal frente al poder público, los otros se han derivado de construcciones realizadas dentro de lo que comúnmente se conoce como Derecho Privado, el contenido de los derechos del hombre o derechos humanos (aunque Pacheco Escobedo⁶⁸ los identifica con los derechos políticos) suele asimilarse con el de los derechos de la personalidad. Las líneas que siguen las dedicaremos para, de una manera general, dilucidar si los llamados derechos humanos se identifican con los derechos de la personalidad, ya que existen posturas distintas al respecto, pudiendo resumir tales en: *a)* Los que les niegan toda relación, aunque resultan complementarios al corresponder a formas de tutela distinta sobre intereses similares a proteger; y *b)* Los que consideran que los derechos de la personalidad son una especie del género derechos humanos, ya que guardan características similares y sólo varían en cuanto al sujeto obligado a respetar el bien jurídicamente protegido.

1.1 Los derechos humanos. Suele definirse a los derechos humanos como el “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.* En un sentido similar: BURCOA, Ignacio. “Las garantías...”, *Ob. Cit.*, pp. 55 y s.

mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente".⁶⁹

A efecto de determinar su contenido, y prescindiendo del aspecto histórico (puesto que el mismo es tratado con sobriedad en mejores exposiciones que la nuestra⁷⁰ y nada habríamos de agregar, si acaso un incompleto resumen), veamos si las distintas connotaciones con que se han llegado a identificar a los derechos humanos corresponden en realidad a éstos.⁷¹ Así, se suele llamarlos derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos individuales, derechos naturales del hombre o derechos fundamentales del hombre.

Hablar de los derechos humanos, del hombre o de la persona humana implica que eso que en plural se denominan derechos tiene un titular: el ser humano, el hombre o la persona humana, todos estos vocablos identificados en singular, toda vez que esos derechos son titularidad de aquél en razón o por causa de ser un individuo de la especie humana, y que por ello mismo todo hombre los titulariza, es decir, no uno solo, no unos pocos, no algunos, no muchos, sino todos y cada uno. Esta idea es probablemente el origen de uno de los sinónimos que se acostumbra usar: el de derechos individuales, de forma que el empleo del singular "hombre" apunta a la generalización universal o total de los derechos, y no a aludir a que sean de uno solo, o de un hombre en específico. Pero si tal sinónimo fue útil para particularizar la pertenencia individual de los derechos en cada hombre y en todo hombre

⁶⁹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Voz "Derechos Humanos" en "Diccionario Jurídico Mexicano", 4ª ed., Editorial Porrúa, S. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 1063.

⁷⁰ En apretada síntesis, puede observarse el devenir histórico -desde su aspecto legal que sobre la materia ha regido- en PECCES-BARRIA, Gregorio, et. al. "Derecho Positivo de los Derechos Humanos", Editorial Debate, Madrid, 1987, 430 pp.

⁷¹ Seguimos para tales efectos a BIDART CAMPOS, Germán J. "Teoría General de los Derechos Humanos", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pp. 2 y ss.

como parte de la especie humana, pierde altura axiológica, ya que sin extraviar su individualidad, sin dejar de ser individuo, sin dejar de compartir la individuación que es propia de cada unidad de una especie, el ser humano es una persona,⁷² a diferencia de cada individuo existente en el resto del mundo animal. Por esto otros de los sinónimos anotados gozan de mejor fortuna: derechos de la persona humana, o derechos del hombre, cuya individualidad tiene carácter personal. Finalmente, por lo que respecta a los sinónimos restantes (derechos naturales del hombre y derechos fundamentales del hombre), los adjetivos acusan un sentido trascendente, ya que indican, como mínimo, que tales derechos le son inherentes al hombre que tiene esencia de tal, o en cuanto cada hombre y todo hombre participa de una naturaleza que es común a toda la especie humana como distinta o independiente de las demás especies.⁷³

Ahora bien, conviene apuntar que estos derechos o prerrogativas son oponibles tanto a los órganos de gobierno, como a los particulares. Lo anterior, empero, no siempre se ha entendido así de forma clara.

“... como imperativos de carácter moral y filosófico, los derechos humanos asumen positividad en virtud de dicho reconocimiento. Esta asunción les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos subjetivos públicos que son un

⁷² *Cf.* el comentario de Adame Goddard en la nota de pie de página 17, ubicada en el numeral 2 del Capítulo Primero.

⁷³ “Una de las críticas que se suele imputar al adjetivo “humanos” radica en la innecesariedad del calificativo, que vendría redundante por suponer que solamente el hombre puede ser sujeto de derechos, con lo que hablar de derechos humanos o derechos del hombre implicaría una añadidura sin rigor filosófico, que llevaría a la confusión de pensar o imaginar que pudiera haber en otro sector de derechos que no fueran del hombre.

“Si para nosotros es totalmente exacto que fuera del hombre y de la vida humana no hay derecho (en singular) ni derechos (en plural), no por eso pierde consistencia la locución que comentamos. Y no la pierde porque tanto la filosofía jurídica cuanto la filosofía política justifican con creces la estimativa axiológica que rodea al vocabulario, y al concepto que este mienta. Con las expresiones cuya sinonimia hemos propuesto se aspira, noblemente, a realzar la dignidad y la autonomía de la persona humana, para insertarla decorosamente en el marco de la convivencia social y del régimen político: “hay” derechos “humanos” porque el hombre -cada hombre y todo hombre- tiene una naturaleza en virtud de la cual “hay” exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese otro ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico-político”. BIDART CAMPOS, Germán. “*Teoría General...*”, *Op. Cit.*, p. 4.

elemento esencial integrante de las garantías individuales o del gobernado. Por consiguiente, merced a tal conversión adquieren coercitividad que se proyecta sobre la actuación de los órganos del Estado y la cual, por esta razón, se torna coercible. De estas afirmaciones se infiere la relación que existe entre los *derechos humanos*, los *derechos subjetivos públicos* y las *ciudades garantías*. Los primeros, por su imperatividad ética, condicionan la previsión constitucional de los segundos que a su vez se implican en las garantías del gobernado...

"En México, desde 1857 al menos, los derechos humanos se encuentran sustantivamente reconocidos y protegidos por el orden constitucional frente a todos los actos de autoridad en que se ejerce el poder público del Estado. Su protección, además, se reiteró mediante la creación de la *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, establecida por Decreto presidencial de 6 de junio de 1990 y en cuya exposición de motivos se alude a la citada relación al afirmarse que "es obligación del Estado mexicano preservar el orden, la paz y la estabilidad social de país, salvaguardando el pleno ejercicio de las garantías individuales y la vigencia del principio (sic) de legalidad en la ejecución de las atribuciones de los órganos de gobierno", agregando que "la definición de políticas en materia de derechos humanos se encuentra históricamente contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como garantías individuales y garantías sociales"..."⁷⁴

Empero, estimamos que dicha visión se debe a que históricamente los hoy llamados derechos humanos fueron inicialmente concebidos por el constitucionalismo clásico como derechos del hombre, esto es, la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo se trababa entre hombre y Estado, Poder Público o gobernantes, como reacción del liberalismo en contra del absolutismo político.

⁷⁴ BURGOA, Ignacio. "*Las garantías...*", *Ob. Cit.*, pp. 55 y s., cuya postura, si bien no desconoce las construcciones iusfilosóficas, tiende más bien a un positivismo.

La citada Comisión fue elevada a rango constitucional por reforma que se hizo al artículo 102 de dicho ordenamiento, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 28 de enero de 1992. En el actual apartado "B" que se adicionó se puede leer: "El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

"Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. "El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados". La legislación secundaria a que alude el precepto constitucional es la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de junio de 1992.

A medida que el entorno social, las valoraciones colectivas y la experiencia fueron mostrando el riesgo de otras violaciones posibles emergentes de hombres y grupos situados fuera del perímetro del poder estatal, vino a resultar exigua la afirmación de que los derechos humanos fueren oponibles únicamente frente al Estado, y se hizo necesario imaginar su proyección, además, frente a los particulares. "Y allí aparece, entonces, la concepción que se denomina "ambivalencia" de los derechos: los derechos personales son ambivalentes porque "valen" (o son oponibles) frente a un doble sujeto pasivo: 1) el Estado, y 2) los particulares (o los otros hombres)".⁷⁵

Esto es, los derechos humanos, en cuanto integran una relación jurídica que une a dos o más sujetos, implican la existencia de deberes correlativos. No sólo el Estado, porque sobre él recae la obligación primaria de garantizar los derechos humanos, posee deberes específicos en relación con cada uno de los derechos de los individuos humanos, sino que otras personas, en cuanto son sujetos pasivos de la relación jurídica, son titulares de los deberes correlativos de esos derechos. De tal modo, todo hombre titular de derechos, que implican deberes de otros seres humanos, está obligado a su vez, por deberes que corresponden a derechos de otros hombres.⁷⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo instrumento de

⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. "Teoría General...", *Ob. Cit.*, p. 13.

⁷⁶ "Pero si todo esto es cierto, es necesario no caer en el error, en el que han incurrido tantas teorías y tantas políticas arbitrarias y antidemocráticas, de que el cumplimiento y el respeto de los deberes hacia la comunidad o hacia otros seres humanos es condición para la existencia, el goce o el ejercicio de los derechos humanos de esas personas. La exigencia de esta condición llevaría a una relativización de los derechos humanos que, en el fondo, supondría su negación". GROS ESPIELL, Héctor. "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, p. 133.

adhesión por parte de nuestro país se recibió en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas y una reserva, dispone:

"CAPÍTULO V. DEBERES DE LAS PERSONAS

"Artículo 32. *Correlación entre Deberes y Derechos*

- "1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
- "2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

En consecuencia, si bien debemos tener presente que no todo derecho personal (de los catalogados como integrantes de los derechos humanos) cuenta con la ambivalencia que hemos anotado,⁷⁷ en general, no pueden ser únicamente derechos frente al Estado, sino frente a todos, *erga omnes*, incluidos los otros hombres. Cosa distinta es ya, en la diferenciación entre derechos y garantías, considerar que estas últimas, en cuanto a seguridades o medidas de protección, se dan solamente frente al Estado y sus órganos.

1.1.1 Naturaleza. Aun y cuando el fundamento de los derechos humanos -según lo indica Burgoa Orihuela, en sus palabras transcritas líneas arriba- se encuentra dentro de los imperativos éticos y filosóficos de considerar al hombre como un fin en sí mismo, al ser recogidos por el

⁷⁷ "... dificultades surgieron, y subsisten, cuando la obligación del sujeto pasivo no es de omisión, o no es solamente de omisión, sino que consiste positivamente en dar o hacer algo a favor del titular del derecho. No en todo derecho personal aparece la ambivalencia y la oponibilidad frente a los particulares, cuando la prestación es de dar o de hacer, no obstante lo cual una generalización amplia permite, fundadamente, aseverar que en la actualidad, los derechos del hombre son bifrontes o ambivalentes porque, al menos en cuanto a la obligación del sujeto pasivo de respetarlos y no lesionarlos, esa misma obligación grava a dos sujetos pasivos a la vez: al Estado, tal como lo fue primitivamente, y a todos los demás hombres (individualmente o en grupo)". BIDART CAMPOS, Germán J. "Teoría General...", *Ob. Cit.*, p. 13.

ordenamiento positivo, se convierten, desde nuestro punto de vista, en auténticos derechos subjetivos.⁷⁸

Desde luego que estamos conscientes de la dificultad que conlleva la afirmación anterior, habida cuenta de la multiplicada serie de definiciones que sobre el particular existen, entre las cuales algunas colocan como elemento de esencia del derecho subjetivo, a la facultad o potestad del titular del derecho para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado a efecto de que, mediante la coacción, proporcione al mismo titular el cumplimiento del débito por parte del sujeto pasivo obligado.⁷⁹

Bidart Campos⁸⁰ opta por considerar que cuando se erige al hombre como sujeto activo o titular de cada uno de los derechos humanos, se esta subjetivizando, personalizando o individualizando la titularidad del derecho, es decir, si los derechos son del hombre por el mero hecho de serlo, y si el hombre es su sujeto titular o activo, nada impide considerar a los derechos humanos como derechos subjetivos, toda vez que se subjetivizan en la persona humana. De lo anterior, el autor en cuestión infiere que debe

⁷⁸ Para un desarrollo amplio de la problemática que representa la fundamentación de los derechos humanos, Cfr. SQUELLA, Agustín. "Asitivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos", Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1985, pp. 73 y ss.

⁷⁹ "La existencia de una norma por la cual se confiere a x el derecho de \emptyset , hace que x tenga un fundamento jurídico para \emptyset ; asimismo, se convierte en una razón para que los demás se abstengan de interferir. Pero, además de estas consecuencias... el derecho de x incluye la facultad de exigir que los demás realicen la conducta correspondiente. Supongamos que una persona impide a x el ejercicio de su derecho. En tal situación x puede dirigirse a esta *exigendole* que no interfiera; x puede hacerlo porque dispone de un fundamento jurídico para ello, a saber, su derecho subjetivo o si se quiere, la norma que lo confiere). ¿Que alcance tiene la exigencia o reclamación de x ? Es claro que x no considera su reclamación (ni tampoco el agresor) como si esta fuera una suplica o cualquiera otra razón para agregar a las consideraciones por las cuales este determinará qué hacer. Más que petición es una advertencia: x pretende que el transgresor considere la reclamación como una razón para actuar, con independencia de cualesquiera otras razones en contra que pudiere tener. Al hacerlo x ejerce una específica facultad: la *facultas exigendi*...

"...
" x ejercita la *facultas exigendi* para hacer que el destinatario actúe, "activando razones existentes", a saber, la representación de una maquinaria judicial y órganos aplicadores de sanciones. Consecuentemente, la *facultas exigendi* es, también, una señal jurídica: un *ultimatum* para el transgresor del derecho". TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Voz "Derecho Subjetivo" en "Diccionario Jurídico Mexicano", *Ob. Cit.*, pp. 1044 y s.

⁸⁰ BIDART CAMPOS, German J. "Teoría General...", *Ob. Cit.*, pp. 17 y ss.

entenderse por derecho subjetivo como “algo” propio del hombre, o en otras palabras, son subjetivos en el sentido de que son del hombre.

“... omitiendo de nuevo la pulcritud iusfilosófica que demandaría razonamientos extensos... damos por cierto, en nuestra opinión, que para rodear a los derechos humanos de la naturaleza de derechos subjetivos descartamos que resulte esencial la disponibilidad de acceso de su titular a una vía coactiva en el aparato jurisdiccional del Estado. Que tal vía hace falta para la efectividad, la reposición, la tutela de cada derecho, es otra cosa; es “garantía” o seguridad. Pero que sea de esencia, de modo que si no hay posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional coactiva haya que decir que no hay derecho subjetivo, nos negamos a aceptarlo. La coacción no es, a nuestro criterio, elemento esencial de la juridicidad; en otras palabras, no lo es en el derecho objetivo ni en el derecho subjetivo”.⁸¹

Bajo esta línea de pensamiento, no se puede considerar a esta clase de derechos como subjetivos bajo la perspectiva de que sean tales en virtud de ser derivados de una norma objetiva y positiva, ya que, estrictamente, no derivan de ninguna norma positiva, sino del Derecho Natural, que como norma no escrita existe en virtud de la naturaleza humana y otorga a todos los sujetos que participen de esa naturaleza esas prerrogativas o facultades, concepción que no es reconocida por las filosofías que niegan la naturaleza humana o consideran al hombre compuesto solamente por materia, así como por los partidarios del positivismo jurídico que únicamente admiten al Derecho como aquellas normas expedidas por el legislador⁸²

Así, para Pacheco Escobedo,⁸³ los derechos humanos serían derechos subjetivos, si entendemos por éstos cualquier facultad, prerrogativa o poder que tiene el individuo humano para exigir lo que le pertenece conforme al

⁸¹ *Ibid.*, pp. 18 y s.

⁸² Se suele criticar que bajo la óptica de quienes esto sostienen, los derechos humanos no serían más que graciosas concesiones que el legislador ha hecho a los gobernados, prerrogativas que consiguientemente se circunscribirían al contenido que el propio legislador marque, pudiendo este asimismo modificarlos o quitarlos cuando así lo considere conveniente.

⁸³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. Cit.*, p. 70. Si bien este autor denota su razonamiento dentro del campo de los derechos de la personalidad, bajo las premisas con que venimos trabajando, estimamos perfectamente aplicables sus fundamentos al supuesto en comento.

Derecho objetivo, que en el caso es la norma objetiva natural impresa en la naturaleza humana. De igual manera, hay ocasiones, sobre todo cuando es el propio sujeto el obligado a respetar su prerrogativa, que el derecho natural (humano) en cuestión presenta características peculiares, propias, lo que rompe también con el concepto tradicional de derecho subjetivo, ya que no se presenta el carácter de renunciabilidad.⁸⁴ Adicional a los sujetos pasivos que líneas arriba habíamos apuntado, en ocasiones se presenta la peculiar situación del titular como obligado a respetarse a sí mismo, no bien como obligación en sentido jurídico, sino más bien como aspecto del valor trascendente de la propia vida humana, que ni siquiera íntegramente le pertenece al propio titular.⁸⁵

Desde nuestra óptica, no dudamos que las condiciones esenciales para el desarrollo de una persona deban ser el eje fundamental y decisivo de todo ordenamiento jurídico, pues ningún sentido tendría la atribución y regulación de particulares derechos subjetivos si estuviera descuidada la persona, soporte cardinal de todo derecho. En consecuencia, el derecho (positivo) debe mostrar su respeto y consideración al hombre, mediante la protección que otorga tanto a los bienes materiales (que no es sino tutelar los intereses del propietario de tales bienes), como a la persona misma, en forma directa, a su integridad física y moral, esto es, a todo lo que hace a la esencia del individuo. En tal sentido, como bien afirma Burgoa, la atribución al hombre de ciertos derechos esenciales constituye un imperativo ético, de indudable repercusión e influencia jurídica, aunque sea discutible su vigencia como tal en el plano suprajurídico. No por nada se ha afirmado que la verdadera garantía de los derechos del hombre se encuentra, más que en

⁸⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Ob. Cit.*, pp. 1044 y s.

⁸⁵ Una vez más los límites del presente trabajo nos impedirán dilucidar sobre esta cuestión, por lo que recomendamos la lectura de BOREL MACÍÀ, Antonio. "La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. *Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, pp. 32 y ss.

el mecanismo jurídico positivo, en la conciencia moral de los individuos de la sociedad, es decir, la directriz a seguir no es jurídica sino ética.⁸⁶ Siguiendo una distinción entre lo existencial y lo normativo, poco o nada significaría sostener y defender que los derechos humanos se encuentran natural e indefectiblemente unidos al hombre y que el derecho positivo no pudiese dejar de reconocerlos, vía previsión en el ordenamiento legal correspondiente. En efecto, aun y cuando la corriente de pensamiento universal, protectora del individuo y de los derechos que le son propios e innatos, nos oriente a pensar esto, la realidad de las cosas nos impide hacerlo. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, los derechos humanos (y los derechos de la personalidad) son tan eventuales como los llamados patrimoniales, ya que su goce y exigencia jurisdiccional depende de su otorgamiento y salvagarda por el derecho positivo.⁸⁷ Lo anterior, empero, no es impedimento para que en forma por demás correcta, los ordenamientos, incluido el mexicano, hagan su eje del principio de dignidad de la persona, e imputen al hombre formas de tutela específica desde su nacimiento e, incluso, desde su concepción en algunos casos, para proteger sus aspectos más esenciales, aunque las normas que las contengan no sean siempre las más afortunadas. En resumen, y parafraseando a Burgoa, los derechos humanos, en sí, se constituyen como imperativos ético-filosóficos, en tanto que una vez recogidos en la norma positiva, se convierten en auténticos derechos subjetivos.⁸⁸

⁸⁶ Postura de Alfredo Orzaz, *Cit.* por ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. "Derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 31.

⁸⁷ Extraordinariamente se han presentado situaciones que parecen contrariar tal postura. Así, en la sentencia del 6 de mayo de 1974, un juez resolvió sobre la violación del derecho a la identidad personal, el cual no se encontraba regulado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es de advertir que, para fundar su sentencia, el juez tuvo que sustentar su decisión en una "cláusula general" de rango constitucional. De ahí que se diga que dicho derecho constituye "la más reciente creación de la jurisprudencia italiana". *Cfr.* FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Derecho a la identidad personal", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, pp. 53 y ss.

⁸⁸ *Cfr.* *infra* numeral 1.2 de este Capítulo, en la nota de pie de página al final de dicho numeral.

1.1.2 Clasificación.- Sabido es que el tema de las clasificaciones es una preocupación con marcados tintes teóricos, con base en una elaboración doctrinal. Posiblemente toda clasificación tiene un interés preponderantemente didáctico, esto es, su cometido es para un mejor entender y explicar el contenido de determinada materia. Tal es nuestro propósito. Debemos partir asimismo de una premisa fundamental: una clasificación no implica necesariamente una ordenación jerárquica de los derechos, pues todos ellos tienen una naturaleza final igual, y su conjunto debe respetarse como un conjunto integral. Para el real cumplimiento de los derechos humanos se requiere de su interacción, derivada de su interdependencia.

García Laguardia⁴⁹ acoge la clasificación que estima más "instrumental y que hace relación a su orden de aparición y reconocimiento": a) Derechos de la primera generación: Entre estos se encuentran los derechos civiles, que reconocen determinados ámbitos de acción a la autonomía de las personas, garantizando una esfera de iniciativa e independencia frente a los demás miembros de la comunidad y frente al Estado, los que tienen un contenido negativo; se encuentran también los llamados derechos políticos⁵⁰ o de participación política, que garantizan la facultad de los ciudadanos de participar en la vida pública; b) Derechos de

⁴⁹ GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. "Elecciones, derechos políticos y transición a la democracia" en *"Resistencia contemporánea del Derecho Electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral"*, Cámara de Diputados (LV Legislatura), Instituto Federal Electoral, Tribunal Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pp. 49 y s. En el mismo sentido, RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. *Op. Cit.*, p. 1065.

⁵⁰ Sobre las diferencias que presentan los derechos civiles con respecto de los políticos (y en especial sobre los de índole electoral) y si deben ser considerados como derechos humanos originarios Cf: ROJAS, Isidro y Francisco Pascual García. *"El amparo y sus reformas"*, Tipografía de la Compañía Editorial Católica, México, 1907, pp. 349 y ss; MOCTEZUMA BARRAGAN, Javier. *"José María Iglesias y la justicia electoral"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pp. 233 y ss.; TERRAZAS SALGADO, Rodolfo. "Naturaleza jurídica de los derechos políticos" en *"75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*, *Op. Cit.*, pp. 501 y ss; y TERRAZAS SALGADO, Rodolfo. "El juicio de amparo y los derechos político-electorales" en *"Justicia Electoral"*, Revista del Tribunal Federal Electoral, vol. V, No. 8, 1996, México: El Tribunal, 1996, pp. 101 y ss.

la segunda generación: también llamados derechos económicos, sociales y culturales, que constituyen pretensiones que los individuos y los grupos pueden hacer valer frente al Estado y que implican el poder de exigir determinadas pretensiones; y c) Derechos de la tercera generación: también conocidos como derechos de solidaridad, es decir, aquellos con vocación comunitaria, como lo son el derecho al desarrollo y al medio ambiente, entre otros.

Si bien es cierto que la mayoría de las constituciones de los países occidentales reconocen los derechos humanos bajo la forma de un catálogo o una declaración de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, agrupándolos bajo rubros que detentan distintas denominaciones, como lo son “Declaración de Derechos”, “Garantías Individuales”, “Derechos Fundamentales”, “Derechos del Pueblo”, “Derechos Individuales”, entre otras, no debemos asimilar el concepto de derechos humanos con la protección del particular en contra de actos o resoluciones provenientes del órgano estatal. La clasificación propuesta por Bidart Campos⁹¹ así lo pone de manifiesto, quien a su vez considera que algunos derechos tienen contenidos diversos que permitirían ubicarlos en más de una categoría. Así pues, la clasificación que este autor propone es la siguiente:

- a) Derecho a la personalidad jurídica.
- b) Derecho a la vida.
- c) Derecho a la integridad física y psíquica.
- d) Derecho a la dignidad personal.

⁹¹ BIDART CAMPOS, Germán J. “*Teoría General...*”, *Ob. Cit.*, pp. 167 y 168.

e) Derecho al nombre.

f) Derecho a una nacionalidad.

g) Derecho a la identidad sexual.

h) Derecho al honor.

i) Derecho a la identidad personal, que a su vez se desglosa en: i) a la libertad corporal y de locomoción; ii) a la libertad de intimidad o privacidad; y iii) a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones privadas, de los papeles privados, de la sexualidad, de la moral autorreferente.

j) Derecho a la libre expresión por cualquier medio apto, que involucra: i) Libertad de dar y recibir información; ii) Libertad de crónica; iii) Libertad de comunicación; y iv) Derecho de rectificación y respuesta o de réplica.

k) Derecho a la libertad religiosa, de conciencia y de culto.

l) Derecho a la libertad de enseñanza, que puede desglosarse en: i) a la libertad de enseñar y de aprender; ii) a la libertad de educar a los hijos; y iii) a la libertad de cátedra.

m) Derecho de trabajar, que abarca: i) el aspecto remuneratorio; ii) lo referente a las condiciones dignas de trabajo; y iii) el aspecto relativo a la duración del trabajo incluyéndose los descansos, estabilidad, etcétera).

n) Derecho a la libre asociación.

o) Derecho de reunión.

p) Derecho a contraer matrimonio.

- q) Derecho de petición.
- r) Derecho de contratar (incluye la contratación colectiva).
- s) Derecho de huelga.
- t) Derecho de propiedad (subsume al Derecho Sucesorio).
- u) Derecho a ejercer comercio, industria y actividades lícitas.
- v) Derecho a la seguridad social.
- w) Derecho a la jurisdicción, que involucra el acceso a ella, el debido proceso y la sentencia justa y eficaz.
- x) Derecho a la libertad política y de participación.

y) Los derechos implícitos, que involucran en ellos a los que, comprendidos dentro de los llamados derechos de la tercera generación, tienen entidad ontológica para enmarcarse en la categoría de los derechos humanos.

1.2 Los derechos de la personalidad.- Toca ahora hablar de los llamados derechos de la personalidad, cuestión, como señala Domínguez Martínez,⁹² “de considerable complejidad, pero al mismo tiempo de un interés extraordinario”. De toda la individualidad de relaciones jurídicas que afectan a la persona individual, esto es, de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, familiar o personal, importa aquí considerar éstas últimas, en cuanto atañen a los valores del hombre como persona, destacando un subgrupo de las mismas, constituido por los denominados derechos de la personalidad, que son los más importantes para el individuo por la

⁹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. “Derecho Civil...”, *Ob. Cit.*, p. 263.

protección que dispensan a la personalidad.⁹³ En efecto, bajo la denominación de "derechos de la personalidad"⁹⁴ se viene designando en la doctrina civilista a una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y del espíritu o, dicho de otro modo, que aseguran al individuo el respeto y el desenvolvimiento de su personalidad física y moral.⁹⁵

A pesar de que el Derecho Civil se caracteriza por contemplar a la persona en su más amplia manifestación y que el mismo pueda considerarse como el derecho inherente a la personalidad, la materia comprendida en los

⁹³ FUIG BRITAU, José y Luis Fuig Ferrol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. I (Sujeto y Objeto del Derecho) p. 59.

⁹⁴ Tomaremos para los efectos de este trabajo la denominación "derechos de la personalidad", toda vez que, conforme lo señala Castán Tobeñas, "es la que va prevaleciendo hoy y se basa en que tales derechos están ligados indisolublemente a la personalidad del hombre", sin que tales derechos lleguen a confundirse con la personalidad misma. CASTÁN TOBEÑAS, José. "*Los derechos de la personalidad*", publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Julio-Agosto de 1952, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A., Madrid, 1952, p. 15. Sin embargo, deberá de observarse que los mismos derechos han recibido una amplia diversidad de denominaciones, tales como: derechos a la personalidad, derechos esenciales o fundamentales de la persona, derechos sobre la misma persona, derechos individuales, derechos personales, derechos de estado, derechos personalísimos, derechos innatos u originarios, derechos subjetivos esenciales, entre los más representativos. Empero, todas estas expresiones manifiestan, quizás, algunos de los derechos de la personalidad sin incluirlos todos.

⁹⁵ "Todos los derechos, en cuanto están destinados a darle contenido a la personalidad, podrían llamarse derechos de la personalidad. Sin embargo, en el lenguaje común jurídico tal denominación está reservada a aquellos derechos subjetivos, cuya función, con respecto a la personalidad, se especializa, constituyendo el *minimum* necesario e imprescindible de su contenido". DE CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.*, vol. IV, Tomo 1, p. 13. Fese a las acotaciones, a la fecha sigue siendo criticada la denominación aludida.

"... no nos parece acertada la denominación: derechos de la personalidad jurídica, porque las mismas palabras: personalidad, derechos y jurídica, son muy discutibles. Indudablemente, la persona física jurídica desde que nace hasta que muere, es un sujeto de derechos y obligaciones. ¿Qué ocurre cuando a esa persona física se le califica diciendo que tiene una personalidad jurídica, y además otros derechos que no son los atributos tradicionales, sino derechos que le corresponden por ser persona, pero que se les califica como de la personalidad? Todo esto es una tautología, es una expresión pleonástica, porque decir derechos de la personalidad jurídica, es lo mismo que referirse a los derechos de la persona jurídica, usando la terminología tradicional; o de acuerdo con lo que hemos sostenido: derechos de la persona física jurídica". GUITRÓN FUENTEVILLA, Julian. "Los derechos humanos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica" en "*Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 6346.

"No ha faltado sin embargo quien objeta la terminología de Derechos de la Personalidad basándose en que realmente todos los derechos son atribuibles a una personalidad en el sentido de que todo derecho debe tener un sujeto y ese sujeto debe estar dotado de personalidad para poder ser titular de ese derecho. Se observa que, como derechos subjetivos que son, necesariamente deben de atribuirse a un sujeto que es su titular y siendo justos, todos los derechos son en alguna forma contenido de la personalidad de su titular. No obstante estas o parecidas objeciones, no deja de ser aceptable la denominación Derechos de la Personalidad para designar a los que son objeto de nuestro estudio, teniendo siempre presente que solo se está refiriendo al núcleo fundamental de la personalidad, a sus atributos y bienes esenciales y por tanto no a todos los demás derechos que son atribuibles a una persona, pero que no son técnicamente Derechos de la Personalidad". FACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 57 y 58.

⁹⁵ *Cfr.* DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. 1, p. 119.

llamados derechos de la personalidad no ha sido objeto de tratamiento y regulación hasta época muy reciente.⁹⁶ Tal situación ha producido que a la fecha no se puedan contar con posturas ideológicas que puedan acercarse a una definitividad, o cuando menos, a una tendencia mayoritaria en los puntos controvertidos por parte de los doctrinarios que se han dedicado a estudiarlos.⁹⁷

Consideramos que el primer planteamiento a desarrollar es el tendiente a diferenciar a los derechos de la personalidad de los llamados derechos humanos, a los cuales nos referimos anteriormente. Tal es el sistema que sigue Ghersi,⁹⁸ quien dentro de los derechos de la persona contempla a los derechos individuales, los derechos sociales y a los derechos de la personalidad (él los denomina personalísimos, como una parte considerable de los juristas argentinos). Y distingue a éstos últimos de los primeros en los siguientes términos:

"... Los derechos personalísimos al igual que los individuales son los que tienen como eje a la dignidad de la persona humana, relacionados con el contexto histórico, social, económico y cultural de un país en un momento determinado.

"Puede verse que no hay diferencia con la definición que usamos al hablar con los derechos individuales. Sostiene Cifuentes que ambos derechos tienen materia afines, pero "los derechos personalísimos atienden al aspecto particular de la protección de la persona humana y los derechos individuales se refieren a la protección de la persona por el avance del Estado y los poderes públicos".

"Nosotros pensamos que, desde el punto de vista de la agresión, ésta puede venir, indistintamente, tanto del Estado como de los particulares en cualquiera de los dos tipos de derechos. Lo que tradicionalmente se ha relacionado más con el Estado y sus garantías es lo que con habitualidad se ha dado en llamar derechos individuales o humanos, pero en esta

⁹⁶ *Cfr.* MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Op. Cit.*, p. 29.

⁹⁷ "No debemos olvidar que ésta es una materia nueva y que todavía hay mucho por investigar y escribir sobre ella". GUITRON FUENTEVILLA, Julian. *Op. Cit.*, p. 636.

⁹⁸ GHERSI, Carlos Alberto. *"Derecho Civil. Parte General"* (Colaboradores: Mariana Di Prospero y Leandro Verjara), Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1993, pp. 188 y ss.

instancia finisecular, entendemos que el papel del Estado, en materia de garantía de derechos personalísimos, debe ser protagónico, ya sea por vía reglamentaria de derechos enunciados en la Constitución o en tratados internacionales o garantizando el acceso a la justicia de manera igualitaria a todos los habitantes.

"En suma vemos que la agresión a los derechos personalísimos, sea por acción u omisión, todavía ubica al Estado en una papel en el cual sigue siendo el actor".

A mayor abundamiento, debemos mencionar que en ciertas épocas de la historia contemporánea se han confundido a los derechos públicos del hombre y a los derechos de la personalidad, no obstante, una considerable corriente los conceptúa como distintos.⁹⁹ Su razonamiento radica, principalmente, en afirmar que los derechos de la personalidad son una construcción fundamentalmente perteneciente al Derecho Privado, agregando que los derechos públicos del hombre (entiéndase "derechos humanos") son los derechos que tiene el hombre o el ciudadano frente al poder público, frente al Estado, el cual debe respetar dichos derechos en su dimensión política con el objeto de preservar el orden público y buscar el bien común. En tanto -sostienen- los derechos de la personalidad son aquellos que pretenden la protección de determinados bienes, cualidades o atribuciones innatas y esenciales, físicas o morales, de la persona humana frente a los demás particulares. Con motivo de lo anterior, los denominados derechos públicos del hombre y del ciudadano, identificados también como garantías individuales en nuestro derecho positivo vigente, encuentran su reglamentación en el Derecho Público (sobre todo dentro de la parte denominada dogmática de las constituciones modernas), en tanto que los

⁹⁹ Entre otros: DOMÍNGUEZ GARCÍA VILALOBOS, Jorge Alfredo. "Algunos aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos", Editorial Porrúa, S. A., México, 1993, pp. 34 y ss.; PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 59 y ss.; y CASTAN TOBEÑAS, José. *Ob. Cit.*, pp. 12 y ss.

derechos de la personalidad lo están en el Derecho Privado, específicamente en el Derecho Civil.¹⁰⁰

“La principal causa por la que se ha confundido a los derechos públicos del hombre y a los derechos de la personalidad radica, según nos explica PACHECO ESCOBEDO, en que en varias ocasiones ambos tipos de derechos tienen un contenido análogo pues tratan de proteger bienes similares, por ejemplo, tenemos que la libertad es protegida por una garantía individual y además es un derecho innato de la persona, que como tal, es preexistente a su regulación por parte del Derecho. Su diferencia radica, como ya ha quedado establecido, en que como garantía individual va a ser opoñible a la autoridad pública y como derecho de la personalidad trata de establecer la situación de justicia frente al propio titular, es decir, frente a la propia persona y sus posibilidades de disposición de los bienes protegidos, y frente a terceros, en su carácter de particulares”¹⁰¹

Sobre el particular debemos anotar que, como dejamos constatado en los numerales que preceden al presente, la antigua idea de que los derechos humanos tienen como objeto primordial proteger la esfera del individuo en contra de los actos de autoridad que eventualmente pudieran afectarlo, ha sido rebasada por las necesidades de la realidad en la que nos desenvolvemos, siendo actualmente aceptada en forma generalizada la idea de que los derechos mencionados deben de tutelar los bienes esenciales del individuo humano en contra de actos que los vulneren, ya provengan de un órgano público, ya de un particular. El error deviene en confundir a los derechos humanos con nuestras garantías individuales, ya que, como hemos visto, son cosa distinta. Bajo este espectro, como primer acercamiento y sin pretender ser la última palabra en esta cuestión, tanto las garantías individuales como los derechos de la personalidad son reconocimiento a prerrogativas derivadas de la calidad propia del ser humano, es decir, de esos imperativos ético-morales que son los derechos humanos, por lo que

¹⁰⁰ Sin que hasta la fecha exista un consenso en los doctrinarios sobre la parte específica del Derecho Civil en la que se deben ubicar. Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. “Derecho Civil...”, *Ob. Cit.*, pp. 263 y ss.

¹⁰¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. *Ob. Cit.*, p. 35. Las cursivas son nuestras.

comparten la misma naturaleza, y solo difieren en cuanto a que son formas de tutela jurídica distinta de las que dispone la persona humana para defenderse o atacar la violación a dichas prerrogativas. De esta suerte, las que conocemos como garantías individuales son reconocimiento de los derechos humanos o derechos del hombre, hecho normalmente por el Constituyente originario, con el objeto de proteger las posibles transgresiones del aparato estatal en la esfera individual de todo y cualquier gobernado. En tanto, los derechos de la personalidad se refieren a la protección dentro del campo del Derecho Civil con que cuentan los particulares, para defenderse de eventuales violaciones sobre sus bienes, atributos o cualidades esenciales. En estos casos, la violación provendrá, mayoritariamente, de otro particular, aunque aun por lejana no debe descartarse la posibilidad de que el Estado igualmente atente y el gobernado afectado intente la protección por esta vía.¹⁰² La diferencia estriba, pues, en que son vías distintas para la protección de los mismos bienes, o cuando menos, de diferentes aspectos de los mismos.

Repetimos que la confusión radica principalmente, desde nuestra óptica, en erróneamente considerar que los derechos humanos o derechos del hombre coinciden con el concepto jurídico-constitucional de garantías individuales.¹⁰³ En efecto, pese a que los autores que advierten la diferencia entre derechos humanos o públicos de la persona y los derechos de la personalidad en los términos que hemos expresado, coinciden en señalar que:

¹⁰² Supuesto, por cierto, previsto en la parte final del segundo párrafo del artículo 1916 del CCDF.

¹⁰³ Entendamos por garantía individual, el concepto que nos ofrece Burgoa al afirmar que es la relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos), en virtud del derecho subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado, y de la que también se desprende la obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo. BURGOA, Ignacio. "Las garantías...", *Ob. Cit.*, p. 187.

"Con frecuencia se verá... que los Derechos del Hombre y los Derechos de la Personalidad tienen un contenido análogo pues tratan de proteger bienes similares...

"No son por tanto posiciones antagónicas, sino más bien complementarias las que se establecen entre los Derechos del Hombre y los Derechos de la Personalidad".¹⁰⁴

Tanta similitud presentan, que ha llevado a autores de la talla de Díez-Picazo y Gullón¹⁰⁵ a afirmar: "También cabe destacar el reconocimiento y consagración de los bienes de la personalidad en las constituciones o leyes fundamentales con terminología variada: derechos humanos (la más frecuente), derechos del hombre, derechos innatos, derechos fundamentales, etc.".

Habrá que tomar en cuenta que, con agudeza, los Mazeaud¹⁰⁶ observan que algunos derechos pecuniarios (que por supuesto no constituyen derechos de la personalidad), como el derecho de propiedad, se consideran como esenciales para el hombre, en tanto que si la mayoría de los derechos de la personalidad son derechos del hombre en virtud del vínculo íntimo que guardan con el titular, algunos no tienen un carácter primordial, por lo que no guardan la naturaleza de derecho del hombre. Estos autores terminan, en esencia, por afirmar lo dicho apenas unas líneas arriba:

"Sobre todo hace falta comprender que, cuando se estudian los derechos del hombre, se trata esencialmente de relaciones de derecho público: se quieren proteger los derechos esenciales del individuo contra la arbitrariedad del Estado; se les llama con frecuencia "derechos públicos". Cuando se examinan los derechos de la personalidad, se está sin duda, por lo general, frente a los mismos derechos, pero desde el ángulo del derecho privado; es decir, de las relaciones entre los particulares; se trata de defender esos derechos, no ya contra la usurpación por la autoridad, sino contra los ataques de los particulares".¹⁰⁷

¹⁰⁴ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Op. Cit.*, pp. 59 y ss.

¹⁰⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Op. Cit.*, vol. I, p. 119.

¹⁰⁶ MAZEAUD, Henri; Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. "Lecciones de Derecho Civil" (Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), p. 268.

¹⁰⁷ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

A las observaciones de los Mazeaud, tendríamos que agregar que, si bien la mayoría de los autores consideran a los derechos de la personalidad como derechos innatos, originarios y esenciales, toda vez que existen con la persona -advierte Pacheco Escobedo-,¹⁰⁸ no todos los derechos que actualmente conocemos como tales pueden y deben considerarse como derechos primarios, pues algunos de ellos son secundarios, o derivados de los primarios.¹⁰⁹

¹⁰⁸ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 63.

¹⁰⁹ Para De Cupis, cada ambiente social tiene una verdadera y particular sensibilidad respecto de la "esencialidad" de los derechos: cambiando la conciencia moral, cambiando el modo de reconocer la posición del individuo en el seno de la sociedad, cambia correlativamente el ámbito de los derechos que vienen concebidos como esenciales para la personalidad. Según el modo en el cual esta concepción se manifiesta sobre el ordenamiento jurídico, adquieren una determinada figura positiva los derechos de la personalidad. Se entiende que sólo entonces el atributo de la esencialidad asume un valor jurídico-positivo integral, cuando los derechos que de ello se precian no solo toman el verdadero puesto en el sistema del orden positivo, sino cuando vengan además provistos de una disciplina adecuada con la que se asegure la preeminencia respecto a todos los otros derechos en las confrontaciones de la persona a la cual pertenecen. "... En consecuencia, no puede darse a los derechos de la personalidad la denominación de "derechos innatos", entendidos en el sentido de derechos pertenecientes a la persona por su naturaleza", noción ésta que más bien tiene su origen histórico en la respuesta del individuo al ataque y avasallamiento de éste por parte de los poderes públicos (*Ob. Cit.*, vol. IV, Tomo 1, p. 13).

"No puede hablarse hoy de derechos innatos, como derechos pertenecientes racionalmente al hombre por su simple calidad humana: ellos, considerados desde el ángulo visual del derecho positivo, no pueden constituir otra cosa que simples exigencias de orden ético; pero la evolución del Estado moderno ha dado fuerza jurídica-positiva a aquellos derechos que en un tiempo se concebían como pre-existentes al estado social. Y en verdad el ordenamiento jurídico-positivo atribuye a los individuos, por el simple hecho de estar provistos de personalidad, determinados derechos subjetivos, los cuales, en tan sentido, pueden verdaderamente decirse innatos" (*Ibid.*, p. 13).

Pero el hecho de que los derechos de la personalidad no puedan considerarse "innatos" en el sentido tradicional del término, no implica que no puedan ser considerados como esenciales, pues De Cupis rechaza aquellas posturas que desaprueban el carácter esencial de estos derechos al considerar que quienes esto sostienen descuidan completamente su función humana, cuando desde la perspectiva del autor en comentario el rigor dogmático puede muy bien unirse a la consideración de los valores y a la finalidad a la cual corresponden las categorías jurídicas: siendo la personalidad un valor prejurídico en el individuo humano, independientemente de su introducción en un orden de relaciones jurídicas (pues la personalidad como cualidad jurídica es atribuida por el ordenamiento legal), no presupone algún ordenamiento positivo ("Es ciertamente inexacto decir que el hombre es persona de derecho independientemente del ordenamiento jurídico; pero es exacto decir que se es persona independientemente de tal ordenamiento), pues es la persona el ser dirigido a un fin verdadero y autónomo, lo que le confiere al ser una dignidad, un valor en el cual consiste verdaderamente su personalidad, constituyéndolo en un valor indudablemente natural, independiente de la vida social y del correlativo orden jurídico. La traducción en términos jurídicos de dicho valor, mediante la atribución de una posición jurídica congruente respecto del mismo, es por virtud de la cual el ser humano puede introducirse como principio activo en las relaciones de orden jurídico ("En esta posición jurídica, que es posición del hombre frente a otros hombre, se refleja la natural dignidad del hombre mismo").

Sin embargo, la transferencia de la personalidad en la esfera jurídica no sería suficiente a fin de un adecuado y concreto reconocimiento jurídico del valor constituido de la misma personalidad, por lo que se torna indispensable la atribución de algunos derechos, que no son sino desarrollo concreto de la ya mencionada "actitud" (aptitud), que tienen por objeto bienes, los más elevados de entre aquellos susceptibles de dominio jurídico. *Ibid.*, pp. 22 y ss.

1.2.1 Naturaleza.- En obvio de repeticiones,¹¹⁰ agregaremos en este apartado que la tendencia doctrinal respecto de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad parece inclinarse por considerar que se trata de derechos subjetivos. A este respecto, la discusión se ha centrado fundamentalmente en la aparentemente imposible separación del objeto respecto del sujeto, ya que, al no ser externo al sujeto, vendría a confundirse con éste, cuando el objeto debe presentarse siempre desligado del sujeto. Sin embargo, tal idea refleja una visión netamente patrimonialista del derecho subjetivo, pues aunque es cierto que en los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales, tales como la vida o el honor, la idea de bien hay que conectarla no con que éste sea material o inmaterial y se encuentre dentro o fuera de la persona, sino con el interés que el bien representa para el sujeto. De hecho, el bien es merecedor de protección en cuanto representa un interés, lo que se produce con completa independencia de que aquél se encuentre dentro o fuera de la persona. A todas luces salta a la vista que los bienes inmateriales objeto de la tutela de los derechos de la personalidad representan para la persona humana un interés supremo.¹¹¹

Cifuentes¹¹² resume:

“Entre los autores que negaron que sean derechos subjetivos (Ortiz, Ravá), se sostuvo que se confundía facultades con derechos, y que no toda facultad es un derecho. Sin embargo, así como pintar una puerta, levantar una pared, permitir el alojamiento de una persona, son facultades del derecho de propiedad, también pasear por las calles, entrar y salir de la ciudad,

¹¹⁰ Véase *supra* numeral 1.1.1 del presente Capítulo.

¹¹¹ Sobre esta cuestión Beltrán Heredia opina: “...el interés que de los mismos se tiene, es un tener que intelectivamente no puede ofrecer diferencia respecto del tener interés en la propiedad de un objeto. No son las cosas, ni los objetos en general lo que el Derecho aprecia, sino la relación necesidad-bien-interés que en torno de los mismos existe. Y ésta, querase o no, es la misma en este caso que en los demás. En cuanto ese interés es tutelado, por reputarse digno de protección y ésta efectivamente se concede, estaremos en la presencia de auténticos derechos subjetivos”. *Cit.* por LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, p. 190.

¹¹² CIFUENTES, Santos. “*Elementos de Derecho Civil. Parte general*”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, p. 48.

hacer sonetos, comer, beber y trabajar, son facultades del derecho de libertad y en algún caso del derecho de intimidad. De modo que no se confunde la *facultas agendi* general, con el derecho subjetivo, el cual implica una facultad combinada con una pretensión de obligación frente a las otras personas, ya que deben respetarlo y se impide que se interfiera o ataque esa libertad.

"Contrariamente a lo que se expuso en nuestro medio (Orgaz), la *facultad como posibilidad que depende del arbitrio del sujeto* existe, pues la persona da conformidad o no al tratamiento médico sobre su cuerpo; con la exhibición de su imagen; con el transplante de un órgano; puede o no reaccionar para defenderse de una calumnia. El orden jurídico tiene normas que contemplan y reconocen esas facultades y defensas jurídicas. Hay deber, desde el lado opuesto, para que esas posibilidades de goce y reacción las respeten las demás personas. Finalmente, no es verdad que el derecho aparezca después de la lesión con el resarcimiento de los daños, ya que de no poder reponerse en especie el derecho lesionado, ese resarcimiento no hace más que reemplazarlo o sustituirlo, como un sucedáneo del ataque a un derecho anterior (Borda, Llambias, Rivera, Cifuentes)".

Finalmente, hemos de mencionar una postura más que considera que deben ser catalogados únicamente como bienes de la personalidad y no como derechos de carácter subjetivo. Quienes esto apoyan, centran sus argumentos, principalmente, en hacer notar la falta de legitimación para disponer sobre dichos bienes, ya que para crear, transmitir y renunciar relaciones jurídicas respecto de los mismos queda fuera del alcance de la propia arbitrariedad del individuo y se excluye cualquier facultad para moldearlos por parte de su titular.¹¹³

¹¹³ "En este sentido, manifiesta López Jacoiste que no se dispone de la voluntad individual, del grado de discrecionalidad suficiente para su configuración jurídica, que es lo que caracteriza fundamentalmente a los derechos subjetivos". MALLUQUER DE MOTES, Carlos. *Op. Cit.*, p. 30.

No debe confundirse esta posición con la que sostiene Gutiérrez y González, quien define a los derechos de la personalidad como "... 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 individualidades por el ordenamiento jurídico". Si bien el autor en cuestión los cataloga como bienes, ya que al considerarlos como auténticos derechos subjetivos, encuadran y les es aplicable el concepto de bienes y cosas que el propio autor proporcione. GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*El patrimonio...*", *Op. Cit.*, pp. 50 y ss y 781.

Galindo Gariñas rechaza que los derechos de la personalidad se constituyan como derechos subjetivos, invocando que su naturaleza no es de carácter individual, sino social, en virtud de que se trata de una serie de deberes impuestos a todos los miembros del grupo social en sus relaciones con los otros integrantes. Cfr. GALINDO GARIÑAS, Ignacio. "*Estudios...*", *Op. Cit.*, pp. 471 y ss.

1.2.2 Características.- La doctrina se ha esmerado por desarrollar el conjunto de caracteres distintivos de los derechos de la personalidad.¹¹⁴ De tal virtud, se suele afirmar que el conjunto de todos ellos revela que son inconfundibles y que los aparta de los demás derechos subjetivos, formando en consecuencia una institución con perfiles propios e independientes. Comúnmente, tales caracteres son los siguientes: a) Innatos: Porque son connaturales o nacidos con el sujeto mismo, es decir, por el solo hecho de comenzar a ser persona, se tienen esos derechos personalísimos, sin necesidad de que haya otra entidad captable que deba verse unida a ese comienzo;¹¹⁵ b) Vitalicios: Porque siguen a la persona humana durante su vida, esto es, no pueden faltar en ningún instante de la vida y terminan con la muerte del portador de ellos;¹¹⁶ c) Necesarios: "Es un carácter que se une como corolario lógico de ser innatos y vitalicios. No pueden faltar durante la

¹¹⁴ En este aspecto, la influencia de la doctrina ha permeado la voluntad de los integrantes de los cuerpos legislativos. Así, el Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en el Periódico Oficial "El Estado de Jalisco" el día 23 de febrero de 1995, contempla en su artículo 26 que "Los derechos de la personalidad son:

"I. Esenciales, en cuanto que garantizan el desarrollo individual y social, así como la existencia digna y reconocida del ser humano;

"II. Personalísimos, en cuanto que por ellos alcanza su plena individualidad la persona humana;

"III. Originarios, ya que se dan por el solo nacimiento de la persona, sin importar el estatuto jurídico que después pueda corresponder a la misma;

"IV. Innatos, ya que su existencia no requiere de reconocimiento jurídico alguno;

"V. Sin contenido patrimonial, en cuanto no son sujetos de valorización pecuniaria;

"VI. Absolutos, porque no es admisible bajo ningún concepto su disminución ni su confrontación y valen frente a todas las personas;

"VII. Inalienables, porque no pueden ser sujetos de enajenación;

"VIII. Intransmisibles, porque son exclusivos de su titular y se extinguen con la muerte;

"IX. Imprescriptibles, porque no se pierden por el transcurso del tiempo; e

"X. Irrenunciables, porque ni siquiera la voluntad de su titular basta para privar su eficacia".

¹¹⁵ "Estos derechos esenciales se reconocen por el mero hecho de ser persona, son coetáneos con la personalidad jurídica que el Derecho concede (sic) en la actualidad a todos ser humano por el hecho del nacimiento. Esta connotación de corresponder a todo ser humano les caracteriza también como derechos *innatos*. Pero hay que observar que esta connotación, ordinariamente admitida de los derechos de la personalidad, va más allá de la tradicional doctrina de los derechos innatos en las escuelas filosóficas, pues hace referencia específica a la protección efectiva que el ordenamiento jurídico concede a determinados derechos en favor de cualquier persona, sin ulteriores exigencias.

"Sin embargo, esta coincidencia de derechos innatos, así entendidos, con los derechos esenciales de la persona, no es absoluta, pues existen algunos derechos esenciales a la persona que no surgen por el sólo hecho de la personalidad humana, pues requieren algún otro hecho concurrente, por lo que, sin dejar de ser derechos esenciales, no tienen el carácter de *innatos*. Esto es lo que ocurre precisamente con el derecho moral de autor, que, no obstante ser esencial, no se predica de cualquier persona, pues no todos son autores, sino tan sólo aquellos que lo sean". ESPIN CANOVAS, Diego. "Las facultades del derecho moral de los autores y artistas", Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991, pp. 30 y s. En el mismo sentido: DE CUÏTS, Adriano. *Ob. Cit.*, vol. IV, tomo 1, p. 10.

Respecto de esta característica, véanse nuestros comentarios *supra* numeral 1.1.1 de este Capítulo.

vida, aunque en ciertos momentos pueda limitarse su ejercicio, sea por sanción de la autoridad pública, o por algún acto transitorio y limitado";¹¹⁷

d) Esenciales: Dado que son el mínimo indispensable para el contenido de la existencia de la persona, los derechos de la personalidad son esenciales y no eventuales; e) De objeto interior: Al ser manifestaciones idealmente captadas en la unidad compuesta del hombre, no están separados ni son exteriores al propio sujeto, ni pueden tener por objeto una parte exterior del mundo circundante; f) Inherentes: Porque son intransmisibles en virtud de su inescindible unión con la persona; g) Extrapatrimoniales: Toda vez que no pueden ser estimables o calculables pecuniariamente;¹¹⁸ h) Relativamente indisponibles: Significa que no es posible cambiar el destino del derecho en forma total y permanente, aunque sí es posible hacer algún tipo de alteración parcial y transitoria. De esta característica se desprende que son inenajenables, inembargables, intransferibles, inejecutables por el acreedor, inexpropiables por el Estado, imprescriptibles por el correr del tiempo e irrenunciables por el titular;¹¹⁹ i) Absolutos: Los derechos de la personalidad se oponen a todos los demás particulares, reconociéndose en consecuencia una obligación pasiva universal al respecto;¹²⁰ j) Privados: En virtud de que se ubican en el ámbito de actuación de los particulares;¹²¹ y k) Autónomos:

¹¹⁶ Véase *infra* numeral 2.4 del presente Capítulo para mayores comentarios en este tema.

¹¹⁷ CIFUENTES, Santos. "Elementos..." *Op. Cit.*, p. 50.

¹¹⁸ Véase *infra* numeral 1.2.4 de este Capítulo.

¹¹⁹ "Por estar unidos a la persona, están fuera del comercio, son intransmisibles e inembargables. Sin embargo, por excepción, pueden ser objeto de ciertas convenciones; sucede así cuando el atentado es de tal naturaleza que puede procurarle un beneficio al individuo: su curación, por ejemplo. Por el contrario, la regla según la cual los derechos de la personalidad están fuera del comercio se aplica con mucho rigor cuando las convenciones infligen a la integridad un ataque que, en definitiva, será perjudicial para el cesionario de tal derecho. Esta prohibido disponer del propio cuerpo: la eutanasia, la mutilación, la esterilización son crímenes o delitos, aunque la misma víctima consienta en ellos". MAZZAIA, D., Henri, Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Op. Cit.*, Marie Frimera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), p. 261.

¹²⁰ "Son derechos absolutos o de exclusión, en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*. No son, en cambio, absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común". CASTAN TOBEÑAS, José. *Op. Cit.*, p. 23.

¹²¹ "Se trata de unos derechos en principio privados, como resulta de la progresiva privatización de los mismos... y de que su finalidad sea principalmente la de asegurar el goce del propio ser físico o espiritual; todo ello sin perjuicio de que en ciertos aspectos tales derechos de la personalidad puedan también ser clasificados de públicos, dada la carga publicista de los derechos de libertad civil y otros... tal vez fuera más conveniente poner de relieve la influencia del derecho público o del sistema político imperante en cada

Característica que surge de la combinación de todos los caracteres antes mencionados.

1.2.3 Clasificación.- Tan múltiple y variadas se presentan las clasificaciones respecto de los derechos de la personalidad, que incluso podría afirmarse que por cada autor que ha desarrollado el tema, existe una.¹²² Como la única intención del presente numeral es visualizar como es considerado el derecho a la propia imagen dentro del espectro de los derechos de la personalidad, tomaremos el resumen de diversos criterios que nos presenta Domínguez García Villalobos:¹²³

De Cupis presenta el siguiente cuadro:

- a) Derechos a la vida y a la integridad física.
 - i) Derecho a la vida.
 - ii) Derecho a la integridad física.
 - iii) Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver
- b) Derecho a la libertad.
- c) Derecho a la identidad personal.
 - i) Derecho al honor.

momento en orden a la extensión y límites de los derechos de la personalidad...". PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. I (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 70.

¹²² *Cfr.* GALINDO GARIAS, Ignacio. "Los derechos de la personalidad" en *"Estudios..."*, *Ob. Cit.*, pp. 474 y ss.; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *"Derecho Civil..."*, *Ob. Cit.*, pp. 270 y ss.; CIFUENTES, Santos. *"Elementos..."*, *Ob. Cit.*, pp. 59 y ss.; GHERSI, Carlos Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 200 y ss.; MALUQUE DE MOTES, Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 32 y ss.; GUITRON FUENTEVEILLA, Julian. *Ob. Cit.*, pp. 663 y ss.; LETE DEL RIO, José M. *Ob. Cit.*, pp. 193 y ss.; MAZZAUDI, Henri. León Mazzaud y Jean Mazzaud; *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), pp. 269 y ss.; CUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *"El Patrimonio..."*, *Ob. Cit.*, p. 762; DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. I, pp. 121 y ss.; PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. I (Sujeto y Objeto del Derecho), pp. 72 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José. *Ob. Cit.*, pp. 24 y ss.; LIMONGI FRANCA, Rubens. *Voz "Derechos de la Personalidad"* (Traducción de Jorge Luis Maiorano) en *"Enciclopedia Jurídica Omeba"*; Bibliográfica Omeba, Driskill, S. A., s/c, Apéndice, Tomo VI, pp. 142 y ss.; LAGUNES PÉREZ, Ivan. *Voz "Derechos de la Personalidad"* en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, *Ob. Cit.*, pp. 1056 y s.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *"Compendio..."*, *Ob. Cit.*, pp. 186 y ss.; BORDA, Guillermo A. *"Tratado de Derecho Civil"*, 10a ed., Editorial Ferrot, Buenos Aires, 1980, Tomo I (Parte General), pp. 310 y ss.; CARBONNIER, Jean. *"Derecho Civil"* (Traducción de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz y prólogo de Antonio Hernández Gil), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, Tomo I, vol. I (Disciplina General) y Derecho de las personas), pp. 313 y ss.; y PACHICO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 58 y s.

¹²³ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. *Ob. Cit.*, pp. 41-44.

- ii) Derecho a la reserva (que comprende al derecho a la imagen, entre otros).*
- iii) Derecho al secreto.*
- d) Derecho a la identidad personal.*
 - i) Derecho al nombre.*
 - ii) Derecho al título.*
 - iii) Derecho al signo figurativo.*
- e) Derecho moral del autor y del inventor.*

En tanto, Gangi los clasifica así:

- a) Derecho a la vida.*
- b) Derecho a la integridad física o corporal.*
- c) Derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver.*
- d) Derecho al libre desarrollo de la propia actividad o derecho de libertad.*
 - i) Derecho a la libertad de locomoción, de residencia y de domicilio.*
 - ii) Derecho a la libertad matrimonial.*
 - iii) Derecho a la libertad contractual y comercial.*
 - iv) Derecho a la libertad de trabajo.*
- e) Derecho al honor.*
- f) Derecho a la imagen.*
- g) Derecho moral de autor.*
- h) Derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.*

Messineo propone su clasificación en los siguientes términos:

- a) Derechos a la individualidad.*
 - i) Nombre.*
 - ii) Domicilio.*
 - iii) Estado civil y raza.*
 - iv) Patrimonio.*
 - v) Profesión.*
- b) Derechos relativos a la existencia física.*

- i) Vida.*
- ii) Integridad física.*
- iii) Disposición del propio cuerpo.*
- c) Derechos morales.**
 - i) Imagen.*
 - ii) Secreto.*
 - iii) Honor.*
 - iv) Derechos de autor.*
 - v) Derechos de familia (en sus meras relaciones personales).*
 - vi) Recuerdos familiares y sepulcros.*
 - vii) Libertades públicas.*

Federico de Castro y Bravo atiende a la siguiente:

- a) Bienes esenciales de la persona.**
 - i) La vida.*
 - ii) La integridad corporal.*
 - iii) La libertad.*
- b) Bienes sociales e individuales.**
 - i) La intimidad personal.*
 - ii) La reproducción de la imagen.*
 - iii) La intimidad personal.*
 - iv) La condición de autor.*
- c) Bienes corporales y psíquicos secundarios, entre los cuales enumera la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social.**
- d) El nombre.**

Gutiérrez y González los comprende en tres grandes grupos, en los siguientes términos:

- a) Parte social pública.**
 - i) Derecho al honor o reputación.*
 - ii) Derecho al título profesional.*

iii) Derecho al secreto o a la reserva (entre los que se encuentran el epistolario, el domiciliario, el telefónico, el profesional, el testamentario y el de la imagen).

iv) Derecho al nombre.

v) Derecho a la presencia estética.

vi) Derechos de convivencia.

b) Parte afectiva. Comprende los derechos de afección, que a su vez subsume a las relaciones familiares y de amistad.

c) Parte físico somática.

i) Derecho a la vida.

ii) Derecho a la libertad.

iii) Derecho a la integridad física.

iv) Derechos relacionados con el cuerpo humano.

1) Disposición total del cuerpo.

2) Disposición de partes del cuerpo.

3) Disposición de accesiones del cuerpo.

v) Derechos sobre el cadáver.

1) El cadáver en sí.

2) Partes separadas del cadáver.

Finalmente, Pacheco Escobedo los estudia de la siguiente forma:

a). Derecho a la vida.

b) Derecho sobre el cuerpo humano.

i) Derecho sobre el mismo cuerpo.

ii) Derecho sobre el cuerpo ajeno.

c) Derechos sobre el cadáver.

d) Derecho a la libertad personal.

e) Derecho a la individualidad.

i) Derecho al nombre.

ii) Derechos de autor.

iii) Derechos patrimoniales.

iv) Derechos extrapatrimoniales.

- i) Derecho a la consideración.
- ii) Derecho al honor y a la fama.
- iii) Derecho a la identidad personal.
- iiii) Derecho a la propia imagen.

Como puede observarse, las clasificaciones muestran claramente la diversidad de criterios en cuanto a los supuestos que pueden abarcar la protección de los derechos de la personalidad. Respecto del derecho a la propia imagen, debemos agregar que existe una marcada tendencia por relacionarlo, cuando no incluirlo, dentro del derecho al honor o a la intimidad. Sin embargo, como lo veremos más adelante, dentro del plano doctrinal, la moderna concepción del mismo ha logrado otorgarle plena autonomía respecto de dichos derechos.

1.2.4 Patrimonialidad.- Hemos visto que los derechos de la personalidad se constituyen como auténticos derechos subjetivos, y que como tales son identificables como bienes de la persona. Ahora bien, cabe preguntarnos si el carácter de tales bienes es o no susceptible de ser valuado pecuniariamente y, en consecuencia, de ser incorporados los mismos al patrimonio de la persona.

La expresión patrimonio procede del latín *patrimonium*¹²⁴ que pasó a las lenguas románticas, todavía utilizada en el lenguaje común y técnico moderno, denota etimológicamente, la tenencia al *pater* quien en el antiguo Derecho Romano era el único sujeto de derecho, por tanto, se puede inferir que el patrimonio es todo aquello que pertenece al *pater* o que deriva del *pater*. Al respecto, Magallón Ibarra¹²⁵ sostiene que “si la palabra

¹²⁴ BIELSA, Rafael. “*Los conceptos jurídicos y su terminología*”, 3a ed., Ediciones Defalma, Buenos Aires. 1993, p. 58.

¹²⁵ “En términos generales, los tratadistas coinciden en aceptar que el patrimonio es un conjunto de bienes que una persona ha recibido de sus padres o ascendientes”. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.

matrimonio proviene del latín: *matrimonium*, *matris*: madre y *monium*: cargas; traduciéndose como las *cargas de la madre*, no vemos como *patrimonium* no tenga igual desglose: *patris*: padre y *monium*: cargas. De ello tenemos que concluir que patrimonio son las cargas del padre. Esta acepción es congruente con la función que se le asignaba al varón en las sociedades primitivas, para aportar al hogar los animales que cazaba o pescaba; infiriendo que esa era la responsabilidad que a él le correspondía”.

Gramaticalmente, la voz patrimonio tiene un sentido más amplio que desde la perspectiva jurídica, pues desde ésta resulta una construcción de derecho y, en consecuencia, limitada a su campo. El Diccionario de la Real Academia Española define al patrimonio como “Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes... Bienes propios adquiridos por cualquier título... Bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenamiento, como título para su ordenación”.¹²⁶

Para el estudio de este tema, se ha dicho,¹²⁷ que toda vez que los derechos reales y los derechos de crédito son los elementos de los cuales se compone la fortuna privada, el análisis del patrimonio consiste en averiguar cuales son estos derechos, como se establecen y como terminan, quedando después por examinar como un patrimonio todo entero puede pasar en masa a otra persona. De ahí, se distinguen tres partes en el estudio de las cosas o del patrimonio: los derechos reales, los derechos de crédito u obligaciones y los modos de transmisión del patrimonio o modos de adquirir *per univesitatem*. Sin embargo, no entraremos a tal detalle, ni haremos referencia a las diversas teorías que han tratado de explicar el patrimonio,

¹²⁶ “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, Tomo II (Atributos de la personalidad), pp. 201 y s.

¹²⁶ Diccionario de la Lengua Española, 21a ed., Real Academia Española, Madrid, 1993, p. 1099.

¹²⁷ PETIT, Eugène. *Ch. Cit.*, p. 172.

habida cuenta de que acerca del tema existe una confusión doctrinal extraordinaria, sin que a la fecha pueda llegar a admitirse totalmente ninguna de las teorías que han tratado de explicarlo.¹²⁸

Bajo este orden de ideas, diremos en primer lugar que el patrimonio es un concepto que no se encuentra definido en el CCDF, sino que su estructura y alcances como abstracción lógica se encuentran desarrollados por la doctrina, con miras a poder entender determinadas relaciones, en específico para “beneficio del acreedor quirografario, a fin de evitar que sean burlados sus derechos en el caso de transmisiones a título universal del patrimonio...”.¹²⁹ Así, la tendencia mayoritaria de la doctrina ha afirmado -palabras más, palabras menos- que el patrimonio es el “conjunto de los derechos y compromisos de una persona, *apreciables en dinero*”.¹³⁰ Dicho sea en otras palabras, el patrimonio se constituye como la suma de elementos activos, gravada con elementos pasivos, todos los cuales poseen dos cualidades comunes: ser de indole pecuniario y la pertenencia a un mismo titular o sujeto.

De lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que el conjunto de esos bienes que conforman el patrimonio constituido por la satisfacción de las necesidades de toda persona física o moral, la cual está facultada para hacerlo, rehacerlo y disponer del mismo durante su vida y para después de su muerte (o de su extinción, tratándose de las personas morales) en el entendido de que a su fallecimiento (o su extinción) los bienes que le

¹²⁸ Criterio expresado por DE PINA, Rafael. “Elementos de Derecho Civil Mexicano” (Revisión y actualización por Rafael De Pina Vara), 16ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989, vol. I (Introducción-Personas-Familia), p. 216. Para un análisis de las distintas teorías que sobre la materia se han formulado, pueden consultarse DE IBARROLA, Antonio. “Cosas y sucesiones”, 7ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, pp. 44 y ss., así como GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “El patrimonio...”, *Op. Cit.*, pp. 34 y ss.

¹²⁹ AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. “Segundo curso de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones”, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1960, pp. 31 y s.

¹³⁰ DE IBARROLA, Antonio. *Op. Cit.*, p. 41.

pertenezcan se transmitirán para formar parte del patrimonio del adquirente, siempre con la obligación de pagar las obligaciones pendientes. Por tanto, los bienes que constituyen el patrimonio cumplen los fines de su destinación común y garantizan el pago de los deberes jurídicos que pesen sobre su titular. Dentro del concepto de patrimonio -según la doctrina preponderante- no deben ser considerados los bienes que no son susceptibles de apropiación o valorizables en dinero; los primeros porque están fuera del comercio y los segundos porque no representan un valor económico aprovechable para satisfacer las necesidades materiales de su titular. Bajo tales premisas, no quedan incluidos los derechos políticos, los derechos de familia ni, por supuesto, los derechos de la personalidad.¹³¹

"No forman parte del patrimonio todos los derechos ni todas las obligaciones. En primer lugar, no entran en él los que no tienen un valor económico (por ejemplo, los derechos políticos) y en segundo no entran los que son personalísimos como por ejemplo, la fama (son extrapatrimoniales). Sin embargo hay ciertos derechos o situaciones que no entran en el patrimonio pero que pueden tener consecuencias patrimoniales. Por ejemplo, el carácter de Presidente de la República que tiene asignados honorarios, la patria potestad, que da derecho a percibir parte del usufructo de los menores (art. 430 del Código Civil); el parentesco que da derecho a recibir alimentos (art. 303). Estas consecuencias sí entran dentro del patrimonio. Ciertos derechos patrimoniales sí entran pero se extinguen por la muerte (sueldos por trabajos, usufructo, uso y habitación) y por tanto no se transmiten por herencia.

"Con estas consideraciones, podemos decir que forman parte del patrimonio estos derechos: 1o Los relativos a la apropiación o derecho sobre cosas (derechos reales); 2o Los que permiten exigir servicios a otro (derechos de crédito u obligaciones); y 3o Los provenientes de la posesión".¹³²

Ante la postura tradicional, ciertos autores aducen que existen derechos extrapatrimoniales que garantizan a la persona posiciones o estados no susceptibles, en general, de estimación pecuniaria, como es el

¹³¹ Seguimos el esquema planteado por ARAUJO VALDIVIA, Luis. *"Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones"*, 2ª ed., Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, 1972, pp. 25 y s.

¹³² ARCE Y CERVANTES, José. *"De los bienes"*, Editorial Fortuna, S. A., México, 1990, p. 26.

caso de los derechos de la personalidad. De esta idea, se desprende que cabe pensar en la posibilidad de integrar todos los derechos de la personalidad, aun todos los claramente extrapatrimoniales, en la idea de un patrimonio moral de la persona, entidad en cierto modo afín al patrimonio económico tradicional.¹³³

Con las ideas anteriores a cuestas, De Pina¹³⁴ considera que el contenido del patrimonio, como atributo de la persona, no es exclusivamente pecuniario, lo que realmente permitiría suponer que toda persona es sujeto de un patrimonio.¹³⁵ Agrega que la concepción del patrimonio como un conjunto de relaciones jurídicas de carácter pecuniario, excluyendo otras relaciones, olvida que toda relación jurídica tiene o puede tener una repercusión económica, “aparte de que no se puede negar la existencia de un patrimonio moral, que el hombre estima tanto como el puramente material o económico y que el derecho no deja de tomar en cuenta para tutelarlos”.¹³⁶

¹³³ “Si éste último viene a constituir la base de sustento material de la persona en el seno de la sociedad en la que vive, la representación económica de la persona en el medio social, el patrimonio moral agrupará en un sólo conjunto sus derechos y obligaciones de naturaleza que merezca tal calificativo.

“Es evidente que esta doctrina se halla en perfecta congruencia con la teoría clásica o subjetiva acerca de la naturaleza del patrimonio, en cuanto que lo considera como emanación o prolongación de la personalidad humana; en cuanto llega a afirmar –por alguno de sus cultores– que el patrimonio es la misma personalidad individual en sus relaciones con el mundo exterior que le rodea. Si el patrimonio es una noción abstracta pero implicativa de una íntima relación entre aquél y la personalidad, lógico es concluir que los atributos más estrecha y significativamente vinculados a la personalidad, los que constituyen la más íntima emanación de ésta, los por antonomasia llamados derechos de la personalidad, pueden y han de incluirse en la noción omnicompreensiva del patrimonio”. GUTRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 329.

¹³⁴ DE PINA, Rafael. *Ob. Cit.*, vol. I (Introducción-Personas-Familia), p. 216.

¹³⁵ Se refiere a la crítica que se le ha formulado a la postura de considerar al patrimonio como una cualidad sustantiva o propia de la personalidad, ya que si se ha de entender el patrimonio no como un conjunto de bienes o derechos de contenido económico que pertenecen a una persona, sino simplemente como una aptitud para adquirir tales bienes o derechos, en este sentido de lo que realmente estaríamos hablando es de la capacidad de goce, y no al patrimonio mismo, puesto que hay personas carentes de bienes o derechos valuables en dinero sin que por ello sufra mengua alguna su personalidad. En este sentido: GALINDO CARTIÁS, Ignacio. *“Derecho Civil...”*, *Ob. Cit.*, p. 318.

¹³⁶ DE PINA, Rafael. *Ob. Cit.*, vol. I (Introducción-Personas-Familia), p. 216.

Por su parte, los Mazcaud¹³⁷ aceptan que si bien existe una diferencia entre los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales, la misma debe ser matizada, ya que lo único verdadero consiste en que ciertos derechos tienen sobre todo un valor pecuniario y otros sobre todo un valor moral, pero la mayoría cuenta con uno y con otro. Para los autores en comento, tal comprobación bastaría, por sí sola, para condenar la teoría clásica del patrimonio, afirmando al efecto que el patrimonio es el continente de todos los derechos pecuniarios o no pecuniarios, que van a fundirse en él, pues su influencia recíproca es demasiado grande como para que puedan disociarse algunos de sus elementos.¹³⁸

Gutiérrez y González,¹³⁹ que sin duda es quien en nuestro medio más ha pugnado por el reconocimiento legal de los derechos de la personalidad, así como de la incorporación de éstos dentro del llamado patrimonio moral,¹⁴⁰ estructura su teoría de la siguiente forma: a) Fundándose en las definiciones de patrimonio ofrecidas por los diccionarios de la Real

¹³⁷ MAZCAUD, Henri, León Mazcaud y Jean Mazcaud; *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), pp. 263 y 264. Para una exposición más pormenorizada de su razonamiento, la misma puede consultarse en *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. I (Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho objetivo. Derechos subjetivos), pp. 264 y ss.

¹³⁸ "El derecho francés repara el daño moral, y esa reparación, en casi todos los casos, se dispone en dinero; ¿cómo se concebiría que fuera introducido así un valor pecuniario, a título de reparación, en el patrimonio, si no fuera a reemplazar en el otro valor, pecuniario o moral, que ha desaparecido?". MAZCAUD, Henri, León Mazcaud y Jean Mazcaud; *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), p. 264.

¹³⁹ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El patrimonio...", *Ob. Cit.*, pp. 26 y ss.

¹⁴⁰ Su influencia se ha manifestado en diversas disposiciones legales de las entidades federativas que han incluido dentro de sus códigos civiles reglamentación respecto de los derechos de la personalidad. En este orden de ideas, el Código Civil del Estado de Puebla indica en su artículo 944 que "El patrimonio moral está constituido por los derechos y deberes no valorables en dinero"; el artículo 600 del Código Civil del Estado de Quintana Roo prevé: "Patrimonio moral es el conjunto de los derechos de la personalidad"; en tanto, en el segundo párrafo del artículo 1402 del Código de la materia del Estado de Tlaxcala se lee: "Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma"; finalmente, el Código Civil del Estado de Jalisco dispone en su artículo 43: "El patrimonio moral se constituye por los derechos y deberes no valorables en dinero y que se integran por los derechos de la personalidad" (Con lo cual el ordenamiento en cuestión es contradictorio con otra de sus disposiciones, pues como dejamos anotado en su oportunidad, la fracción V del artículo 26 del código en comento, cataloga a los derechos de la personalidad como "Sin contenido patrimonial, en cuanto no son sujetos de valorización pecuniaria"); Sin ser tan precisos, los códigos civiles de Puebla y Quintana Roo contienen disposiciones similares a la referida, en sus artículos 74 y 666, respectivamente.

Academia y el Enciclopédico Abreviado, arriba a la conclusión de que tal concepto denota riqueza, término que a su vez da la idea de utilidad en su sentido más amplio; *b)* No existe unanimidad en cuanto al concepto jurídico de patrimonio, toda vez que éste -según sostiene- es eminentemente político, por lo que cambia periódicamente;¹⁴¹ *c)* Ante las presiones sociales, los políticos que detentan el poder se vieron precisados a darle protección jurídica a nuevos valores tutelables, aunque éstos no tengan ya carácter pecuniario; *d)* Como el patrimonio está formado por bienes, y los derechos de la personalidad son bienes, luego entonces forman parte del patrimonio; y *e)* Como consecuencia -concluye-, debe reconocerse que el patrimonio abarca a dos grandes grupos, el económico o pecuniario, y el moral, no económico o de afección, también denominable como derechos de la personalidad.

Aunque reconozcamos la solidez del criterio sustentado por el tratadista aludido, así como los anteriormente apuntados, disintimos de la conclusión a la que arriban. Estamos con la idea de que el -como le llaman- patrimonio moral se traduce en un conjunto de derechos que por sus características, se incluyen en la personalidad misma del sujeto, pero independientes de su patrimonio.¹⁴² A mayor abundamiento, hacemos nuestra la siguiente observación formulada por Pacheco Escobedo, quien a su vez se apoya en De Castro y Bravo:¹⁴³

¹⁴¹ Desechamos su ejemplo para justificar que el contenido del patrimonio se reduce o incrementa por la mera voluntad del legislador, ya que si bien es cierto que el CCDF ya no contempla la anticresis y los censos, instituciones que pueden o no estar reguladas en las entidades federativas, el que el ordenamiento indicado regule más o menos figuras por virtud de las cuales una persona esté en posibilidades de adquirir derechos de índole pecuniario, no incide en lo que propiamente es el contenido del patrimonio. *Tales -y otras- figuras son únicamente medias y no el contenido mismo.* Criterio similar parece sostener DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil...". *Ob. Cit.*, p. 267; así como CILIENTES, Santos. "Derechos personalísimos", 2ª ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1935, p. 184 (en nota de pie de página).

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 71 y s.

"Es claro que los derechos de la personalidad *no son patrimoniales*. Los bienes que protegen, los atributos de la persona que forman su contenido, repugnan a la idea de ser valorados en dinero. Por lo mismo, en principio tampoco son enajenables ni participan de las demás características de los derechos subjetivos patrimoniales.

"Sin embargo, la violación de los derechos de la personalidad produce normalmente efectos patrimoniales.

"Cualquiera que sea el concepto de patrimonio que se tenga, hablar de *patrimonio moral*, o expresiones semejantes para poder incluir dentro de los patrimoniales a los derechos de la personalidad es una extensión indebida, que sólo se presta a confusiones y a equivocar términos que la doctrina y la ley han consagrado en un sentido bien definido, ya que se admite universalmente que "la primera nota de lo patrimonial, es la posible valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido. Quedan extraños al patrimonio los demás bienes; así los bienes de la personalidad, y lo concerniente al estado civil de la persona. Sólo cuando el daño o perjuicio material o moral, sufrido en un bien no patrimonial, origina una indemnización pecuniaria, ésta ingresará automáticamente en el patrimonio".

En efecto, aun cuando el significado estrictamente gramatical de un vocablo permita una acepción determinada, nunca debemos perder de vista que, usualmente, como bien lo manifestamos desde el principio del presente numeral, la connotación jurídica de diversos términos discrepa de la que vulgarmente se le otorga o adjudica. Por tal motivo, por más que un interpretación gramatical conceda la posibilidad de incorporar derechos subjetivos no pecuniarios dentro del patrimonio, tal cuestión desvirtuaría, sin lugar a dudas, la noción o concepto tradicional de lo que se ha dado por considerar patrimonio. De hecho, el Diccionario de la Real Academia ha reconocido que en sentido jurídico el patrimonio se reduce a bienes valorizables en dinero.¹⁴⁴ Tan se desvirtuaría el concepto del vocablo aludido, que los que sostienen la existencia de un patrimonio moral coinciden en precisar la necesidad de desligar los derechos pecuniarios de

¹⁴⁴ "Del. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica". "Diccionario de Lengua Española", Ob. Cit., p. 1099.

los que no lo son, ya que si bien -afirman- forman parte integrante de un continente (patrimonio), guardan características generalmente opuestas.¹⁴⁵ De hecho, como hemos señalado, la elaboración de una teoría del patrimonio fue con miras a satisfacer necesidades de índole económico,¹⁴⁶ y no político, que las exigencias de la sociedad apremiaban, a saber, que los acreedores que carecieran de privilegios sobre bienes determinados de un individuo tuvieran la certeza de que sus deudas serían cubiertas con el valor obtenible de la venta de la totalidad de los bienes (no sujetos a garantía de una deuda preferente) del deudor. Sostener o pretender afirmar que lo mismo puede acontecer con los derechos de la personalidad es a todas luces inaceptable, vistas las características que éstos guardan.

Conformar una teoría de un patrimonio moral podríamos encontrarla, a lo más, como un desplante de erudita originalidad, aunque de escaso valor práctico, ya que para tutelar los derechos subjetivos de la personalidad no es necesario incorporarlos dentro de la noción del patrimonio, o dentro de un "patrimonio especial".¹⁴⁷ Repetiremos sobre estas cuestiones cuando

¹⁴⁵ Así lo indican los siguientes textos: "... el régimen aplicable a ese patrimonio moral de la persona no puede ser el mismo aplicable a los bienes o derechos patrimoniales; esto es, a los pecuniariamente estimables, a los que aseguran al hombre el medio económico para su subsistencia. Incluso diríamos que los principios rectores, respectivamente, son en ocasiones antagónicos. Los elementos del patrimonio moral, a fuerza de íntimamente vinculados a la personalidad y al contrario de lo que acontece en orden a los derechos tradicionalmente llamados patrimoniales, han de ser por lo general, intransmisibles, imprescriptibles, inactuables por medio de la subrogación, etc. Más aún: el patrimonio que llamaríamos económico exigirá, por razón del destino, el desenvolvimiento de su contenido en el medio social, la comunicación exterior; mientras que el patrimonio moral rechaza más bien esta comunicación y propende al pudor". CIFRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 329.

¹⁴⁶ "Si forman parte del patrimonio, como todos los derechos del individuo, los derechos de la personalidad tienen, sin embargo, a causa de sus estrechas relaciones con su titular, caracteres muy particulares". MAZEAUD, Henry, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud; *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas), p. 264.

¹⁴⁷ A tales efectos, consideramos que la argumentación que realiza Duguit para demostrar la necesidad económica que se pretende proteger con el derecho real de propiedad (el derecho real por excelencia, que si no el único, definitivamente el más importante de los derechos subjetivos que normalmente integran un patrimonio), es, en cierta medida, aplicable al patrimonio. *Cfr.* DUGUIT, León. "Las transformaciones del Derecho (Bienes y Personas)" (Traducción del francés por Adolfo G. Posada y Ramon Jaen y Carlos G. Posada), Editorial Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, 1975, pp. 233 y ss.

¹⁴⁸ Desde luego, no estamos desconociendo, como bien señala De Cupis, las "interesantes" relaciones de los derechos de la personalidad con el derecho patrimonial, vínculos que comprenden el nexo instrumental existente entre los bienes de la persona y los bienes patrimoniales, en donde aquéllos pueden bien ser el medio para la obtención de éstos. *Cfr.* DE CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.*, vol. IV, tomo 1, p. 6.

hablemos de la naturaleza del derecho a la propia imagen, sobre el cual se han presentado circunstancias peculiares, mismas que han dado lugar a que ciertos autores sostengan su naturaleza propia e independiente, muy similar a la que guarda la de los derechos de autor.

1.3 Ubicación sistemática de los derechos humanos y de la personalidad dentro de las ramas jurídicas.- Desde el momento en que los derechos humanos pasan a formar parte del derecho positivo vigente en un país, surge la pregunta acerca de cual es la rama jurídica dentro de la que tienen cabida y a la que corresponde estudiarlos. Históricamente, ellos nacieron a la vida jurídica dentro del campo del Derecho Público, toda vez que fueron acogidos en las constituciones políticas en forma progresiva, de tal forma que comúnmente se encuentran en lo que se ha dado llamar la parte dogmática de las leyes fundamentales. Dentro del contexto de internacionalización de la dignidad del ser humano ante las teorías organicistas que hasta antes de la Segunda Guerra Mundial predominaban, los derechos humanos fueron incorporados a diversas declaraciones y convenciones, tales como la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre muchas otras.¹⁴⁸

Sin embargo, dentro del Derecho Privado se han hecho esfuerzos por incorporar a los derechos humanos a categorías propias de esa rama jurídica y algunas legislaciones han acogido a algunos de tales derechos humanos.

¹⁴⁸ Daniel O'Donnell señala que el número de los instrumentos internacionales relacionados con la materia rebasa, por mucho, el medio centenar (El análisis de muchos de ellos puede ser consultado en su obra), O'DONNELL, Daniel. "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1988, p. 15.

En efecto, se extiende entre los civilistas la tendencia a admitir como área que corresponde a su competencia la de los derechos de la personalidad.

"Algunos juristas consideran que la protección de los derechos del ser humano contra las amenazas en su contra que provengan del estado (sic), entendiéndolo por tal, para este efecto, a los poderes públicos o a las autoridades que en él se integran, corresponde al campo del derecho público. En cambio, si se trata de la necesidad de ampararlos contra abusos de particulares, debe entenderse que está en la esfera del derecho privado y que ha de hablarse de derechos de la personalidad".¹⁴⁹

También, dentro del campo del Derecho Público, la participación del Derecho Penal se deja ver en la protección de gran parte de los derechos humanos, aunque tal situación -como bien lo indica Novoa Monreal-¹⁵⁰ no lleva a sostener que tales derechos deban quedar situados sistemáticamente dentro del Derecho Penal, ya que la sanción que ofrece es con el objeto de dar protección a los bienes jurídicos creados, introducidos o aceptados por la rama del derecho que le dé el correspondiente acoplamiento dentro del derecho positivo, la cual es -para algunos autores-, el Derecho Constitucional.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el punto de partida adecuado para la regulación de los derechos humanos es mediante su incorporación en el texto fundamental. Sin embargo, la tutela de los bienes que de los mismos se desprende requiere una reglamentación en las leyes secundarias, mediante la previsión y protección de los derechos de la personalidad, en el ámbito civil, así como mediante la provisión de los tipos penales que el legislador considere adecuados, cuando la importancia del

¹⁴⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. "Derecho a la vida privada y libertad de información", 4a ed., Siglo XXI Editores, S. A. de C. V., México, 1989, pp. 20 y s.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 22.

bien jurídico¹⁵¹ a tutelar merezca la más enérgica reacción que conoce el derecho.

Recalcamos nuevamente que la elaboración doctrinal de la teoría de los derechos de la personalidad es aún imperfecta y priva una gran disparidad de opiniones en cuanto a sus caracteres, contenido y admisión misma de esta clase de derechos, cuestión motivada, probablemente, por la general imprecisión de sus contornos, vaguedad de contenido de la figura y hasta en una cierta carencia de pretensiones de exactitud técnica, del todo ajenas a la rama del Derecho Civil, que únicamente pretende responder a necesidades que la realidad social le presenta.

2 Concepto del derecho a la propia imagen.- A efecto de acotar la noción de "imagen" que tendremos presente para efectos de este estudio, a continuación vertiremos algunas ideas que al respecto se han manifestado. La palabra proviene del latín *imago-inis*, que significa figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa.¹⁵² Según el Diccionario de la Real Academia, las acepciones de la palabra en cuestión son "figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa... Estatua, efigie o pintura de una divinidad o personaje sagrado... Reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz".¹⁵³ Con base en estas definiciones Cabanellas¹⁵⁴ resalta las principales manifestaciones que en los albores de la cultura se adoptaron en relación al vocablo, con notorios alcances religiosos:

¹⁵¹ En su obra de "Manual de Derecho Penal Mexicano", Pavón Vasconcelos recoge las opiniones de Mayer y Jiménez de Asúa para afirmar que el bien jurídico se identifica con "los intereses superiores dignos de ser tutelados". En dicho sentido lo utilizamos. *Cfr.* por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil...", *Ob. Cit.*, p. 268.

¹⁵² CHIANG SANTOS, Ricardo. "El Derecho a la Imagen", Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, México, 1961, p. 30.

¹⁵³ "Diccionario de la Lengua Española", *Cfr. Cit.*, p. 806.

¹⁵⁴ CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", 2^a ed., Editorial Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, 1989, Tomo IV, p. 339.

"IMAGEN. Figura o apariencia exterior de una persona o cosa. // Su representación por cualquier medio: pintura, escultura, fotografía. // Estatua, cuadro o cualquiera otra representación, más o menos real o simbólica de Jesucristo, la Virgen y los santos...

"Prohibidas expresamente las imágenes en el Antiguo Testamento, tanto en el Éxodo (XX, 5) y el Levítico (XXVI, 1) como en el Deuteronomio (V, 8), fueron adoptadas, por tradición apostólica, luego de la muerte de Cristo, por no haberse renovado la prohibición, como medio eficaz de propaganda y superada ya la propensión idolatra de los antiguos, cuyo culto terminaba en el objeto, con olvido del simbolismo. Para la Iglesia, las imágenes, respetables siempre que no se proponga fin contrario al dogma, una vez benditas, se transforman en *causas sagradas*..."

De igual manera, apoyándose en la definición dada por el Diccionario de la Real Academia, Ochoa Restrepo¹⁵⁵ concluye que la imagen se encuentra constituida por toda expresión que haga sensible un objeto que en sí mismo carece de facultad para manifestarse. De las consideraciones anteriores, podemos acoger la acepción física de la imagen como reproducción de la figura de un objeto, y para nuestro caso específico, de una persona humana. Por tanto, no nos interesarán los aspectos retóricos, estéticos o psicológicos que derivan del vocablo y de su nexa semántico con la palabra "imaginación".¹⁵⁶

¹⁵⁵ OCHOA RESTREPO, Guillermo. "Derecho a la imagen" en "Estudios de Derecho", Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Año XXV, Segunda Época, Marzo 1964, vol. XXIII, núm. 65, p. 73. Este ensayo también se puede consultar en la voz "imagen" en "Diccionario Jurídico Colombiano", Ochoa, Cía., Tomo XIV (Hijo-Imp), pp. 967 y ss.

¹⁵⁶ "... la imagen es la representación gráfica de la figura humana; no tiene este sentido jurídico -a ella no se refiere el derecho a la imagen- la que se acepta también en sentido vulgar consistente en la opinión que se tiene de una persona ("tiene una buena imagen", "ha lanzado patrañas contra su imagen", son frases comúnmente aceptadas).
"En este error caen numerosísimas demandas que piden protección jurisdiccional para el derecho al honor y la imagen, entendiéndose ésta no en el sentido gráfico, sino en el de "buena imagen" frente a los demás, que no es sino el aspecto externo o social del derecho al honor: un buen ejemplo es la que se formuló y dio lugar a la sentencia (desestimatoria) del T. S. de 12 de marzo 1990 en que el actor, Magistrado, en su demanda alegó un atentado al honor y a la propia imagen por razón de unos hechos que le atribuyeron en una sentencia penal referida a otras personas (solo postula un atentado al honor e impropriadamente a la propia imagen), dice esta sentencia, fundamento 1º-1). Lo mismo ocurría en el caso de la sentencia de 13 de noviembre 1989, cuya demanda entendió que un artículo periodístico suponía grave daño para su "imagen". Pero en este mismo error ha caído alguna vez la jurisprudencia: así, la sentencia de 16 de marzo 1990 dice, en su fundamento 4º: "... las expresiones utilizadas no aludían al honor: ni a la intimidad, ni empujaban la imagen de bien profanar del recurrente; evidentemente, está refiriéndose a imagen en este concepto equivocado, no a representación gráfica del ser humano. Igualmente, cae en el mismo error la S.

Dado que el objeto de la presente tesis será la imagen de la persona física, como bien lo indica Gitrama González,¹⁵⁷ sería un error restringir la reproducción de la misma a la fotografía o en general a la duplicación de los rasgos faciales, del rostro de una persona, ya que si bien es cierto que la máxima representación externa del ser humano viene dada por su *facies*, en un sentido amplio puede entenderse por imagen personal la total representación exterior o sensible de la persona individualizada o de sus caracteres fundamentales, de ahí que debamos atenernos, por imagen de la persona, a la *fijación, representación o reproducción* de la figura de un individuo cuando se hace de un modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trate, incluso aunque la semejanza no sea perfecta o idéntica.¹⁵⁸ En este sentido, no entenderemos a la imagen como el mismo

de 7 de septiembre 1990, aunque no como error de fondo, sino incidentalmente". O CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *"Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 115 y s. Dentro de nuestro medio, cabría citarse la demanda que interpuso el bisnieto del general Porfirio Díaz, Porfirio Díaz Pizarro, el 15 de noviembre de 1995, en contra de Televisa, Productora de Videos, Productora de Teleprogramas, Editorial Clio, Libros y Videos, Sanborns Hermanos, Enrique Krauze, Fausto Zerón, Carlos Sotomayor y Ernesto Alonso, por la realización, producción, emisión y venta en videocassetes y en revistas de la telenovela *El vuelo del águila*, alegando que "se *deforma y mutila la imagen* y se menzuga el honor, reputación y prestigio de mis antepasados... inclusive en la telenovela se proyecta la imagen del joven Porfirio Díaz Mori bañándose desnudo en el río con mujeres, como si su conducta fuera de libertinaje...". A efectos de los agravios que expresaban en la demanda, invocaban la protección contenida en el segundo párrafo del entonces artículo 16 de la Ley Federal de Derechos de Autor. El abogado del demandante, Licenciado Vicente de Haro, según refiere la nota, consideraba que el ordenamiento invocado debería ser correctamente interpretado, por lo que su representado, al ser descendiente directo del expresante mexicano, tenía todo el derecho de ser protegido legalmente. Con las reservas del caso, debido a nuestro desconocimiento del contenido de los autos que integran el expediente, vemos claramente la confusión que los promoventes tienen respecto del correcto contenido del derecho a la propia imagen, pues confunden los rasgos fisonómicos de un individuo, con la idea generalizada que un grupo social tiene respecto de una persona determinada, amen de que igualmente se involucran los derechos al honor y a la intimidad, cuestión que frecuentemente se actualiza, conforme veremos más adelante. *Cfr.* "EL BISNIETO DE PORFIRIO DÍAZ DEMANDA A TELEVISIÓN Y A LOS HISTORIADORES KRAUZE Y ZERÓN POR LAS DEFORMACIONES DE "EL VUELO DEL ÁGUILA"" en "Proceso. Semanario de información y análisis", núm. 1000, 1º de enero de 1996, p. 63.

¹⁵⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, Guillermo. *Op. Cit.* p. 204.

¹⁵⁸ Los supuestos normales que contemplan las legislaciones que regulan la materia son mediante cámara fotográfica, de video o cinematográfica. También se ha establecido como regla general que la reproducción de la imagen de una persona cuando no es reconocible no incurre quien la realiza en responsabilidad. Se señala asimismo que tradicionalmente suele considerarse por imagen no reconocible aquella en la que la cara u otros rasgos claramente distintivos del sujeto no aparecen visibles. Algunas resoluciones judiciales norteamericanas han sido en este sentido, esto es, no hay responsabilidad por publicar la fotografía de la mano, pierna o pie de alguna persona. En cambio, el Tribunal Federal Alemán ha sostenido que existe vulneración del *derecho general de la personalidad* (sobre este punto *Cfr.* el numeral 7 del Capítulo

objeto en sí y no como un derecho autónomo a la propia figura - que probablemente encuadre dentro de otros derechos de la personalidad que han sido desarrollados por los tratadistas-, sino como prerrogativa a las reproducciones de la misma, que no son esas meras sensaciones ópticas momentáneas propias de la visión directa, sino a las fijaciones más duraderas.

A pesar de que se ha negado la existencia de un derecho a la imagen anterior al desarrollo de los mecanismos adecuados para fijar ésta en materiales duraderos,¹⁵⁹ hay quienes sostienen la existencia de antecedentes de la figura desde el Derecho Romano.¹⁶⁰ Así, se habla que en Roma existió la prohibición de reproducir la imagen de Jesucristo. Ya en la Roma Republicana se tiene noticia de la existencia de un *ius imaginis* como privilegio concedido a determinados nobles, consistente en la facultad de conservar en el *atrium* y exponer en ceremonias solemnes los retratos de los antepasados que desempeñaron magistraturas curules. En cuanto se

Primero) aunque no quepa identificación. Sin embargo la generalidad de las resoluciones presentadas en el campo del Derecho Comparado parecen tender a afirmar que lo que se protege es la identidad personal, la cual puede ser manifestada de diferente maneras, siendo la representación facial tan solo una de ellas, ya que deben tomarse en cuenta otros detalles y características de la apariencia exterior de una persona como el corte de cabello, estatura, poses y posturas determinadas del cuerpo, prendas de vestir especiales, etcétera. Se exige, empero, la identificación de la imagen por parte de un tercero. Sobre quienes y cuantos deben reconocer la imagen no existe una regla general, ya que dependerá de las circunstancias del individuo mismo, así como de la utilización que se haga de la imagen, pues la reconocibilidad del sujeto no es tan importante frente a una utilización comercial de la imagen como cuando se está ante un supuesto de intromisión simple. Los tribunales alemanes, en una interpretación exagerada del derecho a la propia imagen -según lo anota Igarúa Arregui-, no exigen la identificabilidad por otra persona, pues entienden que existe infracción del derecho de autodeterminación del sujeto en decidir cuando y como debe usar su imagen, no importando que solo la propia persona pueda reconocerse. Cfr. IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre apocaus*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991, p. 22 y ss., así como GIBRANA GONZALEZ, Guillermo. *Ob. Cit.*, pp. 344 y s.

¹⁵⁹ En este sentido se pronuncia Margadant, quien afirma: "El derecho romano no se ha ocupado del 'derecho a la propia imagen' y niega la existencia de un derecho sobre el propio cuerpo. (D. 14. 2. 2; D. 9. 2. 13 pr.), tema tan discutido en la actualidad". MARGADANT S., Guillermo Floris. *Ob. Cit.*, pp. 135 y 186.

¹⁶⁰ Al respecto seguimos las ideas e información proporcionadas por CHANG SANTOS, Ricardo. *Ob. Cit.*, pp. 81 y s.; OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, pp. 73 y s.; y DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. *Voz "Derecho a la propia imagen"* en "Diccionario de Derecho Privado. Derecho Civil, Común y Foral, Derecho Mercantil, Derecho Notarial y Registral, Derecho Canónico" (Dirigido por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Affaro), 2a reimpresión a la 1a ed., Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1961, Tomo I (A-D), p. 1483.

relaciona con la imagen representada en estatuas, es de todos conocido que en ellas se erigían a los príncipes y a los grandes hombres, inculcándose a ellos -vía la estatua- una cierta veneración y profundo respeto. A estas estatuas otorgaron los romanos ciertos privilegios especiales, tales como conceder el derecho de asilo a aquellos individuos que se acogían a las estatuas de los príncipes.

Durante la Edad Media, así como en las épocas que le siguieron, indudablemente se hicieron progresos en la pintura y escultura, pero la índole de estas obras no permitía otros retratos que los verificados por comisión y, por ello, la idea de que se presentaran reproducciones subrepticias era poco menos que probable. A mayor abundamiento, y de ello podemos ver una clara semejanza con la situación que guardaron el reconocimiento y protección de los derechos de autor,¹⁶¹ no existían los procesos mecánicos de hoy para multiplicar las copias de un cuadro o busto, sino que la obtención de éstas exigía que se recurriera a una nueva pintura o modelado, lo cual, a su vez, reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causahabientes, por lo que cabe pensar que únicamente podía presentarse el caso cuando las obras se encontraran en poder de un extraño o cuando habían sido sustraídas en forma fraudulenta. A pesar de lo anterior, la ofensa perdía gravedad y significado como peligro social, dado el escaso alcance difusivo

¹⁶¹ Pues propiamente no se habla de la existencia de los derechos de autor, tal y como los conocemos hoy en día, sino hasta el momento en que es factible reproducir mecánicamente los manuscritos, esto es, cuando es inventada la imprenta y se otorgan ciertos privilegios a los editores para editar ciertas obras en exclusividad. *Cfr.* ORTEGA SERRALDE, Eulalio M. "Proyecto de Legislación sobre Propiedad Artística Musical y su fundamentación", tesis profesional, México, 1938, pp. 13 y ss.; OBÓN LEÓN, J. Ramon. "Los derechos de autor en México" (Premio Broadcast Music Inc. en el Certamen para juristas jóvenes de Latinoamérica, organizado por el Consejo Panamericano de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores -CISAC-) (Prologo del Dr. Carlos Mouchet), Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Buenos Aires, 1974, pp. 16 y ss.; LOREDO HILL, Adolfo. "Derecho Autoral Mexicano", 2a ed., Editorial Jus, S. A. de C. V., México, 1990, pp. 16 y ss.; y, respecto de sus antecedentes en nuestro país, RANGEL MELJINA, David. "Los derechos de autor: su naturaleza jurídica y comentarios acerca de su privación legal en México". Universidad Nacional de México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Escuela de Jurisprudencia, tesis profesional, México, 1944, pp. 28 y ss.

del retrato por las pocas reproducciones ilegítimas que podían hacerse. Aún prescindiendo del aspecto cuantitativo, la indiscreción de que fuera objeto la obra carecía también prácticamente de importancia, porque las reproducciones solían presentar al titular de la imagen con la seriedad propia de una obra que debía reservarle el afecto y veneración de sus descendientes o de la corporación a la que perteneciera, no siendo factible sorprenderle en escenas íntimas.

Lo cierto es que, hasta en tanto no surgieron la fotografía, la cinematografía y demás medios rápidos y mecánicos de reproducción y difusión de las imágenes, no se suscitaron estas cuestiones y problemas alrededor de este derecho. En contrasentido, la difusión de la revista periódica, la tendencia en ella de enfocar las luces de la publicidad sobre los actos individuales y colectivos, así como la propaganda industrial y comercial desmedidas que parecen caracterizar nuestros tiempos, hicieron necesario establecer los límites que deben imponerse por el derecho a la reproducción de la imagen de los seres humanos, a fin de que por ella no sean conculcados los derechos de la personalidad.

Planteada la necesidad de centrar la atención de las normas sobre este punto, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en la aceptación del derecho a la propia imagen, sobre todo durante la etapa de concepción y desarrollo de dicho derecho, toda vez que hoy en día la tendencia es prácticamente generalizada en consentir su incorporación dentro del orden normativo.

Aquellos que niegan la existencia de un derecho sobre la propia imagen, van desde los que lo hacen invocando que no hay derechos sin título, sin fundamentos jurídicos; los que consideran que como no es posible prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, tampoco es

posible negarse a la exteriorización de la misma;¹⁶² los que ven en su regulación un atentado mortal en contra del arte; y hasta los que estiman que va en contra del principio de sociabilidad, en virtud del cual no puede negarse al consorcio humano que vea y conozca las facciones de una persona, al igual que tiene derecho a conocer y juzgar su conducta.¹⁶³

Por el contrario, Campogrande indica que aunque no sea declarado por las leyes, el derecho a la propia imagen esta implícitamente reconocido y tutelado en sus diversas manifestaciones, por lo que concluye que la falta de un expreso reconocimiento sobre la imagen no suministra razón idónea para excluir su admisibilidad.¹⁶⁴ Así, dentro de las posturas que admiten la existencia de un derecho a la propia imagen, es frecuente encontrar los que lo niegan como un derecho independiente, considerándolo mas bien como uno de los aspectos del derecho al honor.¹⁶⁵ Otros lo consideran como una extensión del derecho a la intimidad personal,¹⁶⁶ como claro reflejo de lo

¹⁶² CABANELLAS, Guillermo. *Ob. Cit.*, Tomo III, p. 103

¹⁶³ DE LA OLIVA DE CASTRO, Andres. *Ob. Cit.*, p. 1483.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1484

¹⁶⁵ *Ibid.*

En el mismo sentido se pronuncia Castán Tobeñas, quien entiende que solamente se puede prohibir la publicación y difusión de la imagen cuando de una u otra forma deriva una injuria, una ofensa a la estima o a la reputación de la persona retratada, esto es, la tutela de la imagen se presenta como una de las manifestaciones más recientes del derecho al honor. CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Ob. Cit.*, pp. 57 y s. Ochoa Restrepo lo entiende de la misma forma. *Cfr.* OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 75. En terminos más o menos similares se expresa Facheo Escobedo, para quien "No puede hablarse de un estricto derecho sobre la propia imagen, sino solamente en aquellos casos en que esta, por cualquier motivo, ha llegado a tener valor comercial, o pretende ser utilizada con fines mercantiles". Este autor, al parecer influenciado por alguna de las teorías que niegan la existencia del derecho que nos ocupa, afirma posteriormente que "Cuando se reproduce la imagen de una persona sin su consentimiento y sin animo de lucro, si esta no resulta deshonrosa o denigrante para el sujeto, no da derecho a prohibir su publicación o utilización ni a la destrucción de los objetos que la reproduzcan ya que dicha situación, no puede considerarse como violatoria del derecho a la propia imagen, y realmente sería solo un capricho del sujeto. Y es que la imagen de una persona, no le pertenece completamente él, sino solo en tanto que es reflejo de su personalidad, trae su recuerdo, y cuando dicha reproducción no va contra su honor o fama, en principio, si no se trata de fines comerciales, no puede prohibirse la reproducción de la misma". Desde luego se observa que el distinguido notario en cuestión confunde o asimila el derecho a la propia imagen con el cuerpo mismo, cuando hemos visto los contornos o límites sobre los cuales debe entenderse dicho derecho. Además, como se precisará más adelante, omite mencionar que la regla contenida en la mayoría de las legislaciones que regulan la materia, no distingue si el uso de la imagen será o no con fines comerciales, a fin de otorgarle la tutela jurídica. FACHEO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, pp. 182 y s.

¹⁶⁶ *Cfr.* OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta. "Estudio sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen", Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica,

impreciso que ha sido fijar límites exactos al concepto de éste.¹⁶⁷ Más aún, se le llega a ver como manifestaciones concretas de normas que protegen tanto al honor como a la intimidad de las personas.¹⁶⁸ Por tales motivos,¹⁶⁹

Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, p. 25.; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Compendio...", *Ob. Cit.*, Tomo I (Parte General), p. 191.

En el mismo sentido se pronuncia Borda, quien considera evidente el derecho de no servir como medio de propaganda de producto comerciales en contra de la voluntad del interesado y el no ser exhibido en retratos que afecten el decoro personal, por ejemplo, si se trata de instantáneas que han sorprendido un gesto o una pose ridícula. BORDA, Guillermo A. *Ob. Cit.*, Tomo I (Parte General), p. 326. En tanto, GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ ubica -al igual que lo hace De Cupis- al derecho a la imagen como una especie de los "Derechos al secreto, a la intimidad o a la reserva". GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. "El patrimonio...", *Ob. Cit.*, pp. 825 y 828. Siguiendo a este autor, Flores Flores considera este derecho como "el privilegio que confiere el Estado a una persona física, con relación al bien jurídico constituido por una de las proyecciones físico-psíquicas de aquella, 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". FLORES FLORES, Armando. "Implicaciones jurídicas de la imagen como proyección de las personas físicas", Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, 1989, p. 112. Carmona Salgado afirma al respecto que "El derecho a la propia imagen forma para algunos parte del honor, mientras para otros constituye un elemento más de la intimidad. Sin embargo, una tercera opinión considera que un planteamiento de este derecho de acuerdo con los presupuestos jurídicos que se generan a partir de la consolidación de las nuevas y diversificadas técnicas de reproducción de la imagen física, obliga a su consideración específica, a un tratamiento singularizado, ocasionándose su violación a veces como consecuencia de una infracción del ámbito de la persona, bien entendido de que se trata de la imagen física, y no de aquella otra que pretende definir el concepto que de un individuo se tiene en el círculo social, económico o político que la rodea... Solo recurriendo a una noción del derecho que lo entienda como una forma más de tutela de la vida privada o personal, o incluso como un derecho sobre el propio cuerpo, puede aceptarse su singularidad como derecho exigible". CARMONA SALGADO, Concepción. "Libertad de expresión e intimidad y sus límites", Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Urecho Reunidas, S. A., Madrid, 1991, pp. 225 y s. Los también juristas españoles Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón lo consideran como una derivación del bien jurídico de la intimidad. DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. I, p. 125. En tanto, Maluquer de Motes, apoyándose en Bercovitz, entiende que el derecho a la propia imagen más que un propio bien constituye una manifestación del derecho a la intimidad. MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 88.

¹⁶⁷ Moreno Hernández señala que el problema de la intimidad debe verse de cultura en cultura y de época en época, ya que su contenido es cambiante, habiendo necesidad de agregar que cada autor, sea en el ámbito del Derecho Civil o del Derecho Penal, le asigna a la intimidad diversos contenidos y valoraciones, lo que, a su vez, será diferente según el tipo de Estado de que se trate (liberal, individualista, socialista, etcétera). MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "El deber del profesional frente a la intimidad de su cliente. Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y culpa" en "Revista de la Facultad de Derecho", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XLII, Núms. 187 y 188, Enero-Abril 1993, p. 99.

¹⁶⁸ Vidal Martínez entiende que la raíz última del derecho a la propia imagen enlaza básicamente con la protección de la intimidad, aunque admite que en ocasiones el bien jurídico protegido específico presenta connotaciones que distanciarlo del derecho a la intimidad le acercan al derecho al honor. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. "El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 3-5-1982", Editorial Monecorvo, S. A., Madrid, 1984, p. 24. Tan confusa se presenta la cuestión, que lete del Río se muestra contradictorio en este tema. Refiriéndose a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen el autor en cuestión argumenta: "No obstante, conviene advertir que se trata de tres derechos distintos, ya que la protección de la intimidad se lleva a cabo con independencia del bien nombre; es decir, no tiene su fundamento en la defensa del honor; y por lo que se refiere a la propia imagen, puede producirse su violación aunque no se vulnere el honor ni la intimidad". Sin embargo, párrafos más adelante advierte que "El derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho a la intimidad y consiste en poder disponer y usar de la misma e impedir su reproducción o divulgación por cualquier medio sin nuestro consentimiento y autorización...". LETE DEL RÍO, José M. *Ob. Cit.*, pp. 205 y s.

¹⁶⁹ Así lo entiende GHERSI, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 294.

es importante distinguir cuál es el derecho afectado, pues la imagen puede tener un mero carácter instrumental, ya que en determinadas ocasiones la difusión ilícita de una fotografía puede en realidad lesionar el derecho a la identidad personal, o puede usarse para dañar el honor o para entrometarse en la vida privada sin derecho.¹⁷⁰

"Ya hemos visto que hay doctrinas que confunden la imagen con el honor o la intimidad, es decir, que la consideran una parte de estos otros derechos personalísimos o que subordinan su protección a la necesidad de que alguno de ellos haya sido lesionado.

"Acerca del honor, se corre el riesgo de considerar legítima toda captación de la imagen ajena y su publicidad cuando con ello no se infiere una ofensa a la reputación o respetabilidad propias. Esto restringiría completamente el derecho a la imagen y sería un modo de negar su existencia independiente. La ley 11.723 (arts. 31 y ss.), que se ocupa de la tutela de la imagen, lo hace con completa independencia, admitiendo el derecho sin que a la vez se lesione el honor.

"Respecto de la intimidad, porque se considera que toda difusión de la imagen importa violar la vida privada, o sea que viene a ser para esta teoría un medio de ataque a la

¹⁷⁰ Incluso, las imprecisas barreras entre estos derechos se manifiestan frecuentemente en las noticias que de los "famosos" dan a conocer los medios informativos. Así, en algunas ocasiones se muestra de forma clara que lo violado es la intimidad, como cuando "El director Román (sic) Polanski y su esposa, la actriz Emmanuelle Seigner, plantearon juicio al semanario París Match por el contenido y las fotos de un servicio dedicado a ellos y publicado en el número del 15 de diciembre de la revista... Polanski, 61 años, y Seigner, 28, consideran que "se les provocó un daño a su vida privada, agravado en cuanto la presentación del artículo da a entender que todo fue publicado con su aprobación". "Litigio. Román (sic) Polanski demandó al semanario París Match por un artículo dedicado a él y a su esposa sin el consentimiento de ambos" en "El Universal", Sección de Espectáculos, México, miércoles 21 de diciembre de 1994, p. 1. Otro ejemplo, que plantea más dificultades, pues se encuentran poco menos definidas las razones que se expusieron: "Un tribunal de Hamburgo (noroeste de Alemania) ordenó al artista californiano de pop-art Mel Ramos y a la galería de Hamburgo en que este expone sus obras, que retiraran las pinturas que representaban a la bella maniquí desnuda entre los dos panes de un hot-dog, informó el abogado, Matthias Fritze... Los jueces, que ven en estas creaciones un grave ataque a la vida privada de la modelo, prohibieron también que se reproduzca la obra en el catálogo de la exposición, agregó el letrado. El no respeto de esta orden acarreará una multa de hasta 300,000 dólares. La galería Levy ha acatado la sentencia, y en lugar de los "cuadros salchicha" colgo en sus muros una declaración en la que Mel Ramos defiende que Claudia Schiffer era sólo una inspiración: "Lo que yo mostraba en mi obra era un rostro idealizado de nuestros tiempos, escribe el artista, de 61 años". "La Schiffer desnuda entre panes de hot dogs", Obligan a retirar sus cuadros" en "El Universal", Sección de Espectáculos, México, viernes 17 de mayo de 1996, p. 11. Pero también debemos reconocer que, en las menos de las veces, se tiene bien definido el derecho vulnerado: "García (Andrés), antes de partir a Miami, firmó un poder irrevocable autorizando al Colegio de Notarios de Lima para continuar con la demanda por 3 millones de dólares contra Laboratorios Hershil, fabricante del medicamento natural Uña de Gato... El actor demandó a la empresa peruana por daños y perjuicios por la utilización de su imagen sin consentimiento en comerciales de la Uña de Gato..." "Busca García talento en Perú. Hlalaga el actor el trabajo de Gabriel Koenig en "Con toda el Alma" en "Reforma, Corresponsal de México", Sección E, Gente, México, domingo 2 de junio de 1996, p. 3.

intimidad. Se ha considerado que, si bien en general, es verdad que la publicación de la imagen representa dar a conocer un aspecto de la vida reservada, en ciertas circunstancias ello no es así y en cambio, siempre está protegida la imagen como un derecho autónomo.

"Así, por ejemplo, el caso de una actriz que ha dado su fotografía para ciertos fines y tiene gran publicidad, pero la aprovecha otra empresa con fines distintos y la difunde para su propio provecho (p. ej., para propaganda). No podría sostenerse en tal caso que dicha imagen representaría un aspecto de la vida privada de la actriz, no obstante lo cual se ha violado el derecho a decidir por sí mismo el destino y la publicidad de la imagen.

"Sostener la autonomía del derecho... no importa desconocer que por medio de la imagen es posible violar el honor o la intimidad, pues sirve bien aquel bien como vehículo para estos otros ataques..."¹⁷¹

La jurisprudencia francesa, por su parte, ha reconocido la existencia de este derecho, pero no enfocándolo como manifestación del derecho de propiedad personal del individuo, sino como prolongación de su derecho de libertad y autodeterminación.¹⁷² Por el contrario a esta postura, en los primeros litigios que al respecto se presentaron, los tribunales alemanes quisieron aplicar al derecho a la propia imagen las normas que el código civil consagra para la protección del derecho al nombre, basándose para ello en que si la personalidad, por conferírsele jurídicamente un derecho al nombre, es objeto de un reconocimiento especial, con igual criterio debe ocurrir exactamente lo mismo respecto al derecho que se tiene a la imagen.¹⁷³

¹⁷¹ CIFUENTES, Santos. "Elementos...", *Ob. Cit.*, pp. 79 y s.

¹⁷² *Cfr.* DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; Manuel De Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso. *Ob. Cit.*, T. I (Parte General, Obligaciones y Contratos), p. 227; y CABANELLAS, Guillermo. *Cfr. Cit.*, Tomo III, p. 104.

"No hay una imposibilidad radical en orden a considerar que la protección reconocida al ser humano frente al empleo abusivo de su propia imagen, constituya un aspecto de la libertad...". CARBONNIER, Jean. *Cfr. Cit.*, Tomo I, vol. I (Disciplina General y Derecho de las personas) p. 324.

"No se trata aquí de un derecho de propiedad, sino de un derecho de la personalidad, prolongación del derecho a la libertad". MAZZAUD, Henri; Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Ob. Cit.*, Parte Primera, vol. II (Los sujetos de derechos. Las personas), p. 276.

¹⁷³ *Cfr.* OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 75.

Por nuestra parte, estimamos que es necesario considerar como independiente o autónomo el derecho a la propia imagen para una mayor eficacia en la protección de la persona respecto de esta faceta, cada vez más necesitada de protección ante los continuos avances de la técnica, que con gran facilidad permiten reproducir el aspecto físico de la persona contra o sin su voluntad. Desde luego que no desconocemos la íntima relación del derecho que nos ocupa con los derechos al honor y a la intimidad. En efecto, bien vulnerando el derecho a la propia imagen puede atacarse también el derecho al honor, aunque resulta claro que puede violarse aquél sin conculcarse éste, como puede afectarse al honor sin que en momento alguno se involucren los aspectos fisonómicos que individualizan o identifican a un ser humano. Por cuanto al derecho a la intimidad, se podría hablar de una lesión al mismo ya que para la identificación del individuo, la primera característica apreciable es la de sus rasgos físicos y al ser fijados y expuestos al público, se logra en cierto modo una presencia continuada ante los demás, durante el tiempo de la exhibición. Sin embargo, es de advertir que se produce un ataque al derecho a la propia imagen cuando se fijan y reproducen los rasgos físicos del sujeto en contra o sin su voluntad, aun cuando después el retrato, escultura o pintura no se expongan al público, en cuyo caso sí podría hablarse de un ataque a la intimidad privada. Es decir, conforme a la doctrina más reciente, por el mero hecho de la fijación y reproducción de la imagen se viola el derecho. Al igual que el honor, existen otros aspectos que implicarían una violación al derecho a la intimidad, sin que en ningún momento se reproduzca o difunda la imagen del agraviado. Como podemos observar, ninguno de los tres derechos (a la propia imagen, al honor y a la intimidad) se subsumen entre ellos o alguno con respecto de otro, sino que en ocasiones llegan a ser concomitantes.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Cf. PUIG BRULAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo 1, vol I (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 107, en nota de pie de página.

En tanto, Degni,¹⁷⁵ quien frente a las tendencias de admitir el derecho que nos ocupa en forma indirecta, propugna su admisibilidad directa e independiente, refutando además aquella teoría que niega su existencia al considerar que va en contra del principio de sociabilidad, afirmando que éste no encaja aquí del todo y puede servir sólo de límite del derecho a la propia imagen, pues se entiende que a la comunidad humana interesa conocer el estado civil de sus propios semejantes, la condición jurídica de sus bienes, pero no se comprende por que debe corresponderle también el derecho a conocer su efigie y, además, divulgarla. Definitivamente -agrega la curiosidad no puede elevarse a la categoría de interés social.

Aún y cuando la mayor parte de los casos que se presentan en la práctica se refieren a hipótesis de reproducción de la imagen en

"No obstante que la imagen es un bien autónomo, digno de tutela jurídica, ella, como sucede con todos los derechos de la persona, se encuentra, por lo demás, estrechamente vinculada con la identidad, con la intimidad de la vida privada, con el honor, el decoro y la reputación del sujeto. Y ello, porque la imagen, a pesar de reflejar el exterior físico del sujeto, tiene ulterior incidencia en aspectos internos y espirituales de la personalidad. A través de la imagen no sólo se conoce de modo inmediato a la persona, sino que mediante ella se perciben estados emocionales, actitudes, comportamientos del sujeto. Es así que, instrumentalizando la imagen, se lesionan también otros bienes de la persona, como es el caso de la identidad, la intimidad, el honor o la reputación". FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 140.

En términos similares se expresa Zavala de González, quien apunala su argumentación afirmando que aunque la tutela de la imagen constituya o no un verdadero derecho, la autonomía de la misma es justificada por la ley. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Op. Cit.*, p. 97.

Por su parte, Ferreira Rubio cataloga la independencia del derecho en comentario como "funcional". FERREIRA RUBIO, Delfa Matilde. *Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 115.

"Lo cierto es que, en lo que concierne a la cuestión de si existe un derecho a la imagen y un derecho al honor distinto (*sic*) del derecho a la intimidad, las cosas no están nada claras y, en verdad, no es extraño encontrar opiniones para todos los gustos. Mientras que, en el ámbito doctrinal, para el derecho al honor hay una mayor unanimidad sobre su idiosincrasia, no sucede lo propio con el derecho a la imagen...

"...

"... En resumidas cuentas, al final de toda la exposición y los diferentes estudios sobre el derecho a la imagen no hay una única respuesta, dado que hay quien lo considera como una manifestación de la intimidad y del honor, mientras que otros consideran con su respaldo legal se amplía el ámbito de protección, incluso, de estos dos tipos de derechos. En palabras de una estudiosa, "así su configuración como derecho fundamental al lado de la intimidad y el honor parece necesaria para un sector doctrinal, ya que aún tratándose en el fondo del derecho a la intimidad, su inclusión en él no resulta del todo clara de acuerdo con el derecho positivo...". MARTÍNEZ DE FIGÓN CAVERO, José. *"El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional"*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1993, pp. 92 y 93.

¹⁷⁵ *Cit.* por DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 1484.

circunstancias que implican ofensa al honor o a la intimidad, no es obstáculo para reconocer la existencia de un derecho a la imagen por sí mismo, con independencia de cualquier injuria.¹⁷⁶ Probablemente, como señala Oliveros Lapuerta,¹⁷⁷ el *quid* del asunto se centre en la autorización para la obtención o reproducción de la imagen, porque cuando se ha discutido ante los tribunales alguna cuestión sobre el derecho a la propia imagen, lo único que se ha pretendido hacer valer es el haber obtenido expresa o tácitamente su autorización para aquellos actos, por lo que la esencia del litigio se centra, primordialmente, en la existencia o inexistencia de la autorización para la obtención, difusión y/o reproducción de la imagen.

Contra lo que piensan algunos autores que observan que el derecho que venimos estudiando tutela la difusión de la imagen,¹⁷⁸ estamos con la idea de que protege no sólo la exhibición, sino también la fijación, reproducción u obtención de la imagen, exista o no designio o malevolencia.¹⁷⁹ Se dice incluso que la protección de la imagen de la persona reviste una considerable amplitud, abarcando incluso la imagen fotográfica, la literaria y la fonética (consistente en la voz),¹⁸⁰ cuestión con la que tampoco estamos de acuerdo, en vista de que extender el concepto de "imagen" a los supuestos indicados, desvirtuaría el concepto y límites que se

¹⁷⁶ "... consideramos que si hay un derecho a la imagen independiente al del honor, pues éste tutela la reputación, prestigio o consideración que tienen, del titular del derecho, las demás personas, mientras que el derecho a la imagen se ocupa de la libre disposición de la configuración externa del cuerpo humano, y además, como se puede observar, hay publicaciones que no necesariamente son injuriosas y que consecuentemente no atentan contra el derecho al honor, y que sin embargo, sí afectan o lesionan los intereses del titular del derecho a la imagen". LOPEZ OLIVERA SÁNCHEZ, César Netzahualcoyotl. "La infracción pecuniaria en la reparación del agravio del derecho a la imagen", Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales ACATLAN, tesis profesional, Acatlan, Méx., 1985, p. 13.

¹⁷⁷ OLIVEROS LAJUERTA, María Vicenta. *Ob. Cit.*, p. 22.

¹⁷⁸ DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 1485.

¹⁷⁹ Así se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, según lo sostiene CARBONNIER, Jean. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. I (Disciplina General y Derecho de las personas), p. 313; así como CARMONA SALGADO, Concepción. *Ob. Cit.*, p. 226.

¹⁸⁰ SANTAELLA, Manuel. "Introducción al Derecho de la Publicidad", Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982, p. 314.

han tomado como base. Coincidimos en que no hay razones para no aplicar por analogía, hasta donde la naturaleza de los signos somáticos en cuestión lo permitan, las reglas de la imagen a la voz,¹⁸¹ aunque se trataría de prerrogativas distintas.¹⁸² Por otro lado, hablar de una “imagen literaria” conlleva a confundir términos y derechos distintos. En efecto, una violación de la “imagen literaria” realmente nos llevaría a tratar una transgresión del derecho a la intimidad (cuando se hagan descripciones de la vida privada de un individuo, sin que haya mediado autorización de por medio) o del derecho al honor (cuando el “retrato” que se haga ataque la reputación de una persona).¹⁸³

Para Ochoa Restrepo¹⁸⁴ el derecho a la propia imagen debe considerarse como el señorío que se tiene sobre una parte de la esfera personal propia, sobre su propia representación.¹⁸⁵ Tal concepto lo debemos desechar en virtud de las consideraciones que líneas arriba manifestamos, en el sentido de que no debe considerársele como un derecho sobre nuestros propios rasgos fisonómicos, sino como la posibilidad de autorizar u oponernos, dentro de los límites que más adelante trataremos de consignar, su fijación y reproducción en los términos que hemos entendido. Sostener lo contrario implicaría aceptar un derecho sobre el propio cuerpo, del cual se derivaría el de la propia imagen.

¹⁸¹ En este sentido, DIEZ FICAZO Luis y Antonio Gullón, *Ob. Cit.*, vol I, p. 125. Tal parece que este ha sido el criterio que se ha seguido en los códigos civiles de Jalisco (artículo 31) y Perú (artículo 15), país este último en el que incluso se encuentran contemplados los derechos a la imagen y a la voz a nivel constitucional. *Cfr.* Art. 2.7 de dicho ordenamiento.

¹⁸² En *Muller v. Ford Motor Co.*, 349 F.2d 460, 463 (9th Cir. 1988) se sostuvo que “una voz es tan distintiva y personal como el rostro”, sin embargo, bajo lo que la doctrina estadounidense ha dado en llamar *right of publicity*, facultad en virtud de la cual se permite a las celebridades defenderse de los publicistas que imitan su apariencia, no siempre se ha extendido la misma protección respecto de la imitación de sus voces. *Cfr.* WOHL, Leonard A. “The right of publicity and vocal larceny: sounding off on sound-alikes” en *Texas Law Review*, vol. LVII, Num. 3, New York, Diciembre 1988, pp. 445 y ss.

¹⁸³ En el mismo sentido, CITRANA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 305.

¹⁸⁴ OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 73.

¹⁸⁵ En el mismo sentido CHIANG SANTOS, Ricardo. *Ob. Cit.*, p. 32.

Dentro de la definición o concepto a considerar del derecho a la propia imagen no debemos tener en cuenta únicamente el aspecto negativo al que normalmente suelen hacer referencia quienes sobre el tema escriben,¹⁸⁶ sino que debemos abarcar las dos facetas que subsume: la positiva, consistente en el derecho de reproducir, exponer, publicar y comerciar la propia imagen; y una negativa, consistente en la facultad de prohibir a tercero no autorizado obtener, reproducir, publicar, divulgar y comerciar la propia imagen.¹⁸⁷ Tales principios parecen estar contemplados por el derecho francés que, en materia de publicidad, establece: a) La imagen de la persona no puede ser difundida por ningún medio sin su consentimiento; y b) Siempre se requiere la autorización de la persona fotografiada.¹⁸⁸ Retomando los dos aspectos aludidos, tendríamos la siguiente definición propuesta por O'Callaghan:¹⁸⁹ derecho de reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtener, reproducir y publicar la misma. De tal suerte, el aspecto positivo lo ejerce la persona que posa para un pintor o para un fotógrafo (el cual no podrá exhibir o publicar el cuadro o la fotografía), como también lo ejercen - aunque sea profesionalmente- los modelos o artistas de los que se obtienen imágenes para publicidad, películas, videos, entre otros. En contrasentido, el aspecto negativo se constituye en la prohibición *erga omnes* de obtener, reproducir o publicar la propia imagen sin la autorización del titular para ello. El concepto, pues, no distingue finalidades o implicaciones personales o

¹⁸⁶ Así, IGARTUA ARREGUI, Fernando. *Ob. Cit.*, pp. 13 y 14, lo conceptúa como "aquel que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción y distribución de la imagen de la persona".

¹⁸⁷ *Cfr.* O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Compendio...", *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 191.

"... el derecho a la imagen es la facultad que tiene el individuo de guardar o proyectar su configuración externa o aspecto físico, y el derecho de oponerse o consentir la publicación, reproducción y exhibición de su figura". LÓPEZ OLIVERA SÁNCHEZ, César Netzahualeoyotl. *Ob. Cit.*, p. 5.

En contrasentido, Novoa Monreal estima que "existe un derecho a la imagen específico e independiente de otros derechos de la personalidad", las exigencias sociales lo han transformado "únicamente en un derecho negativo, consistente en la posibilidad de su titular de manifestar su rechazo expreso a que su imagen sea conservada por otro. A falta de ese rechazo, ha de entenderse que cualquiera puede captar imágenes ajenas en lugares públicos, sin otra restricción que las necesarias para el respeto de otros derechos del hombre". NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 71.

¹⁸⁸ *cit.* por SANTAELLA, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 295.

patrimoniales,¹⁹⁰ es por tanto de carácter eminentemente objetivo, y de ahí probablemente la gran diferencia entre éste derecho y los de la intimidad y al honor, con los cuales constantemente se le ha confundido o subsumido. Repetimos, junto con Cifuentes,¹⁹¹ que hoy en día no es concebible únicamente la protección por la difusión de la imagen por medio de la fotografía, sino también de cualquier exteriorización de los rasgos físicos caracterizadores de la persona, incluyéndose obviamente el retrato, la cinematografía, televisión, así como la representación escénica (según algunas resoluciones estadounidenses). En un concepto amplio, pues, se abarcaría la caricatura y cualquier otro dibujo que capture los rasgos fisonómicos de un individuo humano.¹⁹² Nuestra posición al respecto será manifestada más adelante.

A reserva de profundizar un poco más en cada uno de los apartados que siguen a continuación, hemos de mencionar en este momento que, curiosamente, no es el CCDF el ordenamiento que regula el derecho a la propia imagen, sino que en forma indebida son los artículos 86 y 87 de la nueva Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), los que se encargan de preverlo. El CCDF se limita a tutelar los derechos de la personalidad por vía de consecuencia, esto es, cuando la infracción sobre uno de estos se ha actualizado como resultado de la comisión de un hecho ilícito, produciéndose un daño moral. Las reglas generales previstas en los artículos 86 y 87 de la LFDA, independientemente de su dudosa constitucionalidad, son de carácter imperfecto, pues no contemplan sanciones en caso de su violación, ni la forma o procedimiento en la que se deba proceder (salvo la

¹⁸⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "La libertad de expresión..."; *Ob. Cit.*, p. 117.

¹⁹⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil..."; *Ob. Cit.*, p. 274, parece restringir la tutela exclusivamente a los usos comerciales.

¹⁹¹ CIFUENTES, Santos. "Elementos..."; *Ob. Cit.*, p. 79.

¹⁹² "Cabe incluir en el concepto de imagen cualquier reproducción que se realice de ésta. Así, dibujo, grabado, fotografía, pintura, etc., puesto que cualquiera de ellos reproduce la imagen usual, de manera que siempre es preciso el consentimiento expreso del titular..." MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 39.

infracción en materia de comercio a la que nos referimos en la parte final del numeral 5 del presente Capítulo) y en el entendido de que esta sólo se presenta cuando haya habido lucro, directo o indirecto, en la comisión del ilícito, por lo que su carácter de derecho subjetivo autónomo parece como mera limitación de algunas de las facultades derivadas del derecho de autor. Por otro lado, los supuestos del artículo 1916 del CCDF no dan para exigir una reparación del derecho que nos ocupa por daño moral, sino únicamente cuando al mismo tiempo se viole el honor o la intimidad (vida privada). Cuando en la violación del derecho a la imagen hayan mediado fines de lucro, la acción del agraviado derivará de un enriquecimiento sin causa (o ilegítimo, según la terminología de nuestro código) y no por la mera violación del aludido derecho.¹⁹³

2.1 Contenido.- De las líneas que anteceden, podemos desprender que el derecho a la propia imagen comprende:¹⁹⁴ a) La posibilidad de disponer de ella dentro de los confines impuestos por la naturaleza y la ley, ya que no es un derecho absoluto en el sentido de ilimitado; b) La facultad de impedir la reproducción de la propia imagen; y c) En gozar de los caracteres comunes a los derechos de la personalidad.

En efecto, es cierto que el contenido del derecho en estudio se centra fundamentalmente (porque así fue requerido dadas las circunstancias y necesidades que dieron origen a implementar su regulación) en un poder de exclusión, consistente en, encontrarse el individuo facultado para impedir la reproducción, exposición, publicación o puesta en comercio de su imagen,

¹⁹³ Los códigos civiles de Quintana Roo, Puebla y Jalisco sí prevén en forma expresa el derecho a la propia imagen, en sus artículos 674, 82 y 31, respectivamente. En tanto, el código de Tlaxcala sí bien prevé regulación general de los derechos de la personalidad, las conclusiones derivadas de su contenido serían prácticamente las mismas que las de nuestro CCDF.

¹⁹⁴ Tomamos como punto de referencia las conclusiones de Ruiz y Tomás, *Cfr.* por DF: LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 1485.

siempre que no se haya otorgado autorización para ello, o no se encuentre alguna de las conductas señaladas como causas de justificación normalmente aceptadas. Empero, de ninguna manera se puede inferir que el derecho a la propia imagen tenga estrictamente un contenido negativo, esto es, el poder oponerse a la difusión de la imagen, porque, precisamente al afirmar que nadie puede utilizar de cierta manera nuestra imagen sin nuestro consentimiento o sin ubicarse dentro de alguno de los supuestos de excepción, implícitamente afirmamos que se tiene el derecho exclusivo de utilizar nuestra imagen de aquel cierto modo,¹⁹⁵ siendo éste precisamente el contenido positivo del derecho en cuestión. En este orden de ideas, tenemos, en exclusiva, el derecho de poder reproducirla, exponerla, publicarla y de comerciar con ella, exactamente lo que nadie puede hacer sino en las condiciones establecidas. “Negar un contenido positivo al derecho a la propia imagen implicaría negárselo *ipso facto* al derecho de propiedad, al derecho de autor y a cualquier otro derecho absoluto”.¹⁹⁶

Por lo demás, se cuentan en este derecho los elementos de un sujeto activo y de un universo de sujetos pasivos, en relación con las esenciales prerrogativas de este derecho y en los términos que hicimos constar cuando hablamos de los derechos de la personalidad y de los derechos humanos.

2.2 Caracteres.- En cuanto derecho de la personalidad, como determinamos en páginas anteriores, el derecho a la propia imagen goza de los siguientes caracteres: *a)* Innato; *b)* Vitalicio; *c)* Necesario; *d)* Esencial; *e)* De objeto interior; *f)* Inherente; *g)* Extrapatrimonial; *h)* Absoluto; *i)* Privado; *j)* Autónomo; y *k)* Relativamente disponible. Nos remitimos para las precisiones correspondientes, a los lineamientos que, en relación a los

¹⁹⁵ CITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 338.
¹⁹⁶ *Ibidem*.

caracteres de los derechos de la personalidad, quedaron apuntados en su oportunidad. Sin embargo, no hemos de desconocer que, esporádicamente, han sido puestas de relieve ciertas diferencias apreciables entre el derecho a la propia imagen y los genéricos derechos de la personalidad, la mayor parte de las cuales han sido tratadas en las líneas que preceden, o bien, serán analizadas más adelante. Por el momento, nos referiremos sólo a precisiones que corresponden a la última de las características invocadas.

Así, en cuanto a la relativa indisponibilidad, debemos precisar que el derecho a la imagen no es disponible en sí mismo, es decir, de manera absoluta y radical, por lo que es inenajenable, inembargable, imprescriptible, etcétera. Sin embargo, la voluntad del titular puede tener eficacia para autorizar su uso o explotación económica. La idea de disposición relativa de este derecho por medio del consentimiento expreso, no impide la revocabilidad del consentimiento, por tratarse de uno de los derechos de la personalidad, sin perjuicio de que la revocación traiga aparejada la obligación de reparar daños y perjuicios.¹⁹⁷

“... el titular del derecho a la imagen no puede desprenderse plenamente de este derecho. Si comercia con su retrato o permite que otra persona realice tal comercio, sólo aparentemente habrá transmisión del derecho a la imagen. Aun vendiendo la propia fotografía a fines publicitarios, sólo aparentemente habrá enajenación del derecho a la imagen, porque no por ello se desposee de tal derecho a su titular, ni como tal es adquirido por otra persona. Lo que únicamente se dará será la cesión de alguna facultad -de aprovechamiento económico y, por tanto, de índole patrimonial, que nunca personal- de aquel a ésta. Estamos, como dijimos, en el plano del *ius fruendi*; no en el del *ius disponendi*. Dicho de otra manera, si resulta utópico hablar de disponibilidad del derecho a la propia imagen abstractamente considerado por cuanto ello implicaría abdicación de un atributo de la personalidad, puede hablarse, en cambio, de una cierta disponibilidad de ciertas manifestaciones concretas del mismo; justamente aquellas que subyacían cuando lo estimáramos como potencialmente patrimonial”.¹⁹⁸

¹⁹⁷ GHERSI, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 204.

¹⁹⁸ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 336.

Consecuencia de lo anterior, es la de ver dentro de que límites puede lícitamente una persona disponer o comercializar su imagen. Al tratar las características de los derechos de la personalidad en general se ha destacado que se trata de unos derechos extra-patrimoniales, y por ello indisponibles. No obstante, es cosa común en la sociedad actual que ciertas personas comercialicen con su imagen, especialmente con fines publicitarios y seguramente que este derecho acaba por imponerse sobre cualquier consideración teórica sobre las características de los derechos de la personalidad. En efecto, de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo, cabe señalar la validez inicial de los contratos, onerosos o gratuitos, sobre reproducción de la imagen de uno de los contratantes, que lógicamente impedirá después al efigiado alegar una lesión del derecho a la imagen, a menos que la reproducción de sus rasgos físicos se haya hecho en circunstancias distintas a las convenidas, y especialmente cuando la tergiversación de las cláusulas contractuales pueda irrogarle un perjuicio material o moral. Y en cuanto a la existencia de estos contratos, deberá tenerse como principio rector el que deben interpretarse y ejecutarse en la forma que pueda estimarse menos lesiva a la dignidad de la persona.¹⁹⁹

Ahora bien, si bien es cierto que el derecho que nos ocupa, como consecuencia de su naturaleza, es extrapatrimonial, por lo que no puede medirse económicamente, aunque su lesión puede producir consecuencias de índole patrimonial. Asimismo, derivado de la relativa disponibilidad, cuando un sujeto autoriza la reproducción y/o difusión de su imagen mediando remuneración, lo haga o no habitualmente, obvio es que la relación resultante de dicho consentimiento (policitación consistente en el ofrecimiento de pago por la reproducción y/o difusión; y aceptación de la

¹⁹⁹ PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 109.

oferta recibida mediante la autorización) será de carácter exclusivamente patrimonial. Consideramos que esta situación no es suficiente para desvirtuar el carácter extrapatrimonial del derecho a la imagen, dado que estamos frente a relaciones jurídicas de origen y carácter totalmente distintos. La tutela de la imagen deviene de la calidad misma del individuo, cuyo reconocimiento ha recogido el ordenamiento positivo vigente para responder a exigencias o condiciones sociales bien determinadas, en tanto que los efectos pecuniarios de la reproducción o difusión de los rasgos físicos del sujeto surgen con motivo de un acuerdo de voluntades, esto es, de un contrato.

2.3 Sujeto titular. - "... Siendo la imagen la reproducción de la figura de una persona física, el derecho a la reproducción es propio de la persona física concreta".²⁰⁰ En este orden ideas, naturalmente los sujetos titulares del derecho a la propia imagen serán todas y cada una de las personas físicas o naturales, y solamente éstas. Las personas morales o jurídicas que con ésta conviven en el ámbito normativo, al no gozar de existencia corporal, carecen de figura, de fisonomía, de naturales signos somáticos. En otras palabras, no actúan por sí, sino que requieren de la asistencia de sus órganos de representación, que como lo vimos en el Capítulo Primero, a final de cuentas serán necesariamente personas físicas, con todos los atributos de tales.²⁰¹

A mayor abundamiento, y aunque parezca obvio afirmarlo, es menester dejar apuntado que por la naturaleza misma del derecho a la propia imagen, es una prerrogativa de la que no pueden gozar las personas morales, ya que las mismas carecen de realidad o existencia ontológica y, en

²⁰⁰ MALLUQUER DE MOTES, Carlos. *Op. Cit.*, p. 38.

²⁰¹ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. *Op. Cit.*, p. 304.

consecuencia, de corporeidad, siendo imposible por lo mismo que tengan "imagen".

"Aunque la persona moral tenga un nombre muy "coqueto" o "sensual", no podría persona física verle la imagen y utilizarle para actividades ilícitas. Así podría llamarse la sociedad "Ven guapa", S. A., nombre muy coqueto sin duda, o llamarse "Las curvas provocativas", S. A., nombre al parecer muy "sensual", resulta evidente que no podrá verse afectada en su "imagen".²⁰²

Cuando mucho, podríamos hablar de "imagen corporativa" al aludir respecto de una empresa, y que sin duda resultaría interesante tratar de delinear sus rasgos y características que le son propias, así como las causas que eventualmente podrían implicar su deterioro y violación (persemos en lo que se ha dado en llamar transferencia de tecnología y competencia desleal). Sin embargo, de ninguna manera tal temática -resultante de la utilización metafórica de la palabra imagen- incide en nuestro estudio.

Adicionalmente al sujeto titular del derecho a la imagen, en la mayoría de los casos, las legislaciones que de éste se ocupan, contemplan la posibilidad de que, llegado el fallecimiento de la persona, sean ciertos y determinados parientes quienes otorguen las autorizaciones respecto a la utilización de la imagen del difunto, estando igualmente facultados para hacer valer lo que a su derecho convengan cuando consideren que el derecho en cuestión ha sido conculcado.²⁰³ Esta afirmación nos lleva a

²⁰² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El patrimonio...", *Ob. Cit.*, p. 885.

²⁰³ Con una redacción prácticamente ininteligible, el artículo 674 del Código Civil del Estado de Quintana Roo, parece prever la posibilidad de que sean varios los sujetos legitimados para intentar una acción judicial derivada de la violación del derecho a la propia imagen, independientemente si el titular "originario" se encuentre vivo o no. Así, la redacción de dicho precepto reza que: "Cuando la imagen de una persona o de su cónyuge, o persona que viva con ella como si fuera su cónyuge, sin serlo, sus ascendientes, descendientes y colaterales dentro del cuarto grado se reproduzca o exponga sin un fin lícito, la autoridad judicial ordenará suspender la reproducción o exhibición sin perjuicio de la responsabilidad del autor o autores de la reproducción o exhibición". Comentando sobre los preceptos correspondientes del Código Poblano, Gutiérrez y González dice que en este ordenamiento, "Por lo que hace al artículo 674 de Quintana Roo, se le dio (al artículo del código poblano) un texto más acorde con la experiencia, y se redujo a sus justos límites, pues en Quintana Roo se había extendido ese derecho a la imagen que es tan personalísimo, a su

plantear, así sea en forma muy general -debido a la extensión y objetivo de la presente investigación-, si es posible hablar de una transmisión de los derechos relacionados con la reproducción y difusión de la figura de un individuo, tema que trataremos a continuación.

2.4 Causahabencia.- Los derechos de la personalidad, por ser vitalicios, se extinguen con la muerte. Extinguida la personalidad,²⁰⁴ en efecto, admitir su supervivencia importaría tanto como colocarse en la inadmisibles actitud de reconocer, como lo han llamado algunos autores, "derechos sin titular".²⁰⁵ La cuestión, empero, ha sido objeto de discusión a propósito de algunos de esos derechos, como el de la intimidad, el honor, la inviolabilidad de los papeles privados y, por supuesto, del derecho a la propia imagen, habiéndose afirmado incluso que tales derechos merecen la protección legal aun después de la muerte, fundamentando su afirmación en la referencia a un genérico respeto que se debe a la memoria de los difuntos.

Sin embargo, los muertos carecen de imagen, intimidad u honor, pues la desaparición de la persona extingue igualmente los bienes jurídicos que le son substancialmente inherentes, siendo dichos valores inescendibles del hombre. "Hay, por tanto, una imposibilidad lógica de sostener su subsistencia después del fallecimiento".²⁰⁶

A mayor abundamiento, si el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, como efectivamente lo es, en consecuencia

ejercicio respecto de la imagen de otras personas, como si se tratara del vicio de la voluntad conocido como violencia o intimidación...". GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. "El patrimonio...", *Ob. Cit.*, p. 830.

²⁰⁴ *Cfr. supra* numeral 9 del Capítulo Primero.

²⁰⁵ TOBIAS, José W. "El fin de la existencia de las personas físicas", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1988, p. 84. En el mismo sentido se expresa Zavala de González, ya que los descendientes sólo tendrán a título personal un derecho subjetivo para que se respete el buen nombre del difunto, cuyo fundamento será el agravio personal que ellos sufran. *Cfr.* por GHERSI, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 206.

²⁰⁶ TOBIAS, José W. "El fin de la existencia...", *Ob. Cit.*, p. 85.

innato de la persona, parece claro que tal prerrogativa cesa con la muerte.²⁰⁷

Tal parece que este ha sido el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional español, el cual en la sentencia referida a la producción y difusión de una cinta de video de la agonía y fallecimiento de *Faquirri*, sostuvo en su tercer argumento jurídico: "Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad -según determina el artículo 32 del Cc- lógicamente desaparece también al (*sic*) objeto mismo de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente".²⁰⁸

No obstante, una conclusión a la que también se arriba en la sentencia indicada es que el derecho a la imagen se constituye en un derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, "derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales".²⁰⁹

Como puede observarse, el primer postulado recogido no puede afirmarse en forma contundente y, de hacerlo, habría que contemplarlo con

²⁰⁷ El nuevo Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos (11 de octubre de 1993) dispone en su artículo 934 que los derechos personales de contenido no patrimonial, que no supongan aptitudes o calidades exclusivas del autor de la herencia, serán objeto de transmisión hereditaria. Habría que preguntarnos al respecto, si los derechos de la personalidad, algunos de ellos o, cuando menos, ciertas de sus características sería susceptibles de comprenderse dentro del supuesto en cuestión. El precepto aludido contiene similar disposición tratándose de "obligaciones personales".

²⁰⁸ *Cf.* por MARTÍNEZ DE PISON CAVERO, José. *Ob. Cit.*, p. 98.

²⁰⁹ *Ibidem.*

los matices correspondientes. Así, hay casos en los que se presentan violaciones de los derechos en comento después de fallecido su titular. Para Oliveros Lapuerta,²¹⁰ no es que se trate de una transmisión del derecho por causa de muerte, sino que ciertas personas se encuentran puestas en condiciones de “defender el sentimiento de piedad que han de tener hacia el difunto, en grado superior al que toda persona civilizada debe tener a la memoria de los difuntos. Ascarelli diría que tales personas hacen valer un propio interés, no un derecho que se les haya transmitido, ya que por su naturaleza jurídica es un derecho de la personalidad intransferible”. Por tales razones -continúa- la tutela debe tener un límite de tiempo. En términos similares concluye Tobias:²¹¹ “La estrechez de los vínculos familiares y aun otros, puede determinar, no obstante, que la invasión en la memoria del fallecido afecte la intimidad de los allegados. Pero en este caso es “su” derecho a la intimidad el que se ve afectado y no el del difunto; son los allegados, en suma, los titulares del bien jurídico correspondiente, ya que el recuerdo de los que fue integra sus afecciones personalísimas”

De las observaciones anteriores, podríamos concluir que la reproducción o difusión de la imagen de una persona física, o de su cadáver, será tutelable únicamente cuando con motivo de ello se afecten los valores

²¹⁰ OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta. *Ob. Cit.*, pp. 21 y 24, quien lo plantea para el caso del derecho al honor, pero que las conclusiones, consideramos, son aplicables al derecho a la propia imagen, según lo expresa el propio autor.

²¹¹ Este mismo autor cita, tomadas a su vez de Cifuentes en su obra “*Los derechos personalísimos*”, las siguientes jurisprudencias de que ha sido objeto la tesis a la que se acoge, a saber: “la Corte de Apelaciones de Kentucky hizo lugar a la acción del padre de mellizos siameses contra aquel a quien había encargado, después de la muerte de los mellizos, la toma de fotografías de los cuerpos desnudos; el demandado había obtenido el derecho de autor en la oficina correspondiente y el tribunal acogió la demanda en resguardo de los más tiernos “afectos del padre”. En el otro caso, la Corte de Casación de Georgia se refirió a las fotografías del cadáver del hijo que nació con el corazón fuera del cuerpo. En nuestro país -Argentina-, es ilustrativo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien hizo lugar a la acción de daños interpuesta por la viuda y el hijo del dirigente político Ricardo Balbín, fundada en la violación a un derecho a la intimidad de aquellos a consecuencia de la publicación realizada en su portada por la revista “Cente y la actualidad” de una fotografía del causante mientras agonizaba en una sala de terapia intensiva en la clínica en que después moriría (CSJN, 11/12/84, LL 1985-B-114, con nota de Rivera, Julio, *Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente!*) TOBIAS, José W. “El fin de la existencia...”, *Ob. Cit.*, p. 85.

sentimentales de los parientes legitimados por el ordenamiento legal para interponer la demanda correspondiente, es decir, cuando realmente se afecte el honor o la intimidad de estos últimos.²¹²

“Es indudable que, aunque la personalidad se extingue por la muerte, ésta acaecida quedan vestigios relativamente importantes para merecer una protección jurídica: los restos mortales, la memoria, el retrato, las obras literarias o artísticas del difunto. Cuando cualquiera atente contra ellos, la moral y el orden público, a veces la ley, exigen una adecuada reparación. Si no la demanda el Ministerio fiscal, deben hallarse legitimados para pedirla los herederos. Ya lo sintieron así los juristas romanos; si a su juicio no se transmitía *mortis causa* la acción por injurias proferidas contra el causante en vida de éste, si tenían, en cambio, los herederos acción por injuria contra la memoria del difunto o por ultraje a su cadáver”.²¹³

Podríamos estar de acuerdo con las ideas vertidas anteriormente, siempre y cuando se precisen ciertos contornos, ya que las mismas no nos sirven para explicarnos las nuevas autorizaciones que otorgan las personas facultadas por la ley para hacerlo en caso de ausencia definitiva del titular original, máxime si existe contraprestación de por medio. Obviamente, no nos referimos a aquellas autorizaciones que, otorgadas mediante remuneración, en vida haya efectuado el titular del derecho, ya que, como advertimos líneas arriba, la naturaleza de los derechos y obligaciones surgidos de la relación contractual es netamente pecuniaria, parte integrante del patrimonio, y, en consecuencia, sujeta a las reglas generales de una sucesión *mortis causa*. Aludimos a aquellas reproducciones cuya realización y difusión hayan sido consentidas por los parientes a los que recién mencionamos, mediando o no retribución. En estos casos, pareciera que el criterio del legislador, consistente en facultar a ciertos parientes para que

²¹² Tal parece ser el sentido que quieren imprimir los códigos civiles de Quintana Roo y Puebla que, respectivamente, en sus artículos 676 y 83, prevén que el honor, el respeto al secreto y a la imagen se protegen en beneficio de los deudos de estos. En tanto, el Código Civil del Estado de Jalisco es un tanto más parco que los cuerpos normativos antes invocados, pues en su artículo 33 dispone que “El honor, el respeto al secreto, a la voz y a la imagen de los difuntos, quedará protegido por la ley”. En ninguno de los códigos aludidos se hace referencia a un límite de tiempo para el ejercicio de estos derechos.

²¹³ GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 337.

autoricen la reproducción de la imagen de sus deudos, sin que el supuesto normativo establezca o limite los casos en que proceda, pretende brindar una solución a las condiciones actuales en que el mundo se desenvuelve. Esto es, la norma busca que durante cierto tiempo no se pueda indiscriminadamente utilizar la imagen de una persona ya fallecida, a efecto de lo cual legitima a determinados parientes para que, necesariamente, salvo los casos de excepción previstos en la misma norma, se les solicite su autorización. De esta manera -pareciera la intención del legislador-, los legitimados podrían resultar beneficiados con la autorización correspondiente, como intuye la ley, hubiera sido el deseo del fallecido, de manera similar como acontece en las sucesiones por causa de muerte cuando el *de cuius* no otorgó testamento (sucesión legítima, o , con mayor propiedad en el lenguaje, sucesión intestamentaria). Nótese que hemos hecho siempre referencia a "parientes" por la ley legitimados, y no a herederos o legatarios, ya que al tratarse de derechos no comprendidos dentro del patrimonio, no son susceptibles de registrarse por las reglas sucesorias comunes. La ley, normalmente, menciona taxativamente los sujetos que se verán beneficiados con esta medida. De tal suerte, no necesariamente habrán de coincidir los parientes aludidos con los herederos o legatarios. Sin embargo, no es esta una regla inmodificable por el criterio "novedoso" que el legislador quiera imprimirle.

Desde un punto de vista más pragmático, como es de suya esta característica por la que suelen distinguirse, los precedentes que se han sostenido en algunas cortes estadounidenses, tienden a otorgarle soluciones distintas al problema de la causahabencia del derecho a la propia imagen,²¹⁴ cuyo equivalente norteamericano, fundamentalmente en el

²¹⁴ Al respecto, Cfr. AMAT LLARI, Eulalia. "El derecho a la propia imagen y su valor publicitario", La Ley, Madrid, 1992, pp. 41 y ss.

aspecto comercial, es denominado *right of publicity* y en el entendido de que para la doctrina que lo ha estudiado, así como por numerosísimas sentencias que lo han acogido, este derecho comprende no sólo la imagen del individuo, sino también a su nombre y, aunque con mayores restricciones, a su voz.²¹⁵ En efecto, el 10 de mayo de 1994, la Corte Distrital Federal del Distrito Este de Virginia, en *Estate of Andrews v. United States* -850 F. Supp. 1279 (E. D. Va. 1994)- sostuvo que el *right of publicity*, constituido en el caso en cuestión por el nombre de una persona fallecida, era susceptible de ser valuado para efectos fiscales (*federal estate tax purposes*). En dicha sentencia, se sugería que el “valor” a dicho derecho podía ser encontrado en varias personalidades fallecidas, semejando el *right of publicity* con los derechos autorales en este aspecto, pudiéndose recurrir a un sin número de circunstancias para poder determinar dicho valor. Los hechos del caso fueron los siguientes:²¹⁶ Virginia C. Andrews (escritora conocida por las iniciales de sus nombres de pila y apellido completo) el día 11 de noviembre de 1986 contrató con la empresa *Pocket Books* la realización de dos novelas, recibiendo como contraprestación la cantidad de 3 millones de dólares, monto que se descontaría de las utilidades que reportara la venta de los manuscritos. Sin embargo, poco después, el 19 de diciembre del mismo año, V. C. Andrews falleció. Con motivo del deceso, Jack Romanos, de *Simon & Schuster* (propietaria de *Pocket Books*), sugirió que la publicación de los libros podía proceder, bajo los términos contratados, si un nuevo autor (*ghostwriter*), que imitara el estilo de Andrews, pudiera ser encontrado. Originalmente, los herederos de Andrews se negaron a dicha idea, pues consideraban sus representantes que un deficiente intento por imitar el estilo

²¹⁵ *Cfr. supra* numeral 2 del presente Capítulo.

²¹⁶ Tomamos los datos relativos de “Federal Estate tax and right of publicity: taxing estates for celebrity value” en “*Harvard Law Review*”, vol. 108, Núm. 3, The Harvard Law Review Association, Cambridge, Ma., Enero 1995, pp. 683 y ss., en donde también se pueden consultar las conclusiones, afirmativas por cierto, respecto a la problemática planteada en este asunto, así como los criterios que deben tomarse en cuenta para poder determinar el valor del *right of publicity* cuando este sea transmitido a la sucesión del titular original.

de la escritora podía afectar la venta de los títulos previamente publicados por la difunta. Sin embargo, en menos de tres meses, el agente de Andrews consiguió un trato con un *ghostwriter*, Andrew Niederman, quien produjo unas líneas con el carácter de pruebas, a fin de que con las mismas, Romanos negociara con la sucesión de Andrews la viabilidad de su idea. A su vez, la sucesión de Andrews negoció con Niederman. Tanto la renegociación del contrato original, así como el acuerdo celebrado con Niederman, previeron que en caso de fracaso con el primer libro, la realización del segundo se suspendería. Contra las expectativas, el primer manuscrito realizado por el *ghostwriter* (*Garden of Shadows*) fue un rotundo éxito. Con motivo de tal acontecimiento, otros contratos y libros le siguieron.²¹⁷ El 16 de noviembre de 1990, la oficina del Impuesto Sobre la Renta (*IRS* por sus siglas en inglés) notificó la deficiencia en las declaraciones fiscales de la sucesión, valuando el nombre de Andrews en USD\$1'244,910.84, además de diversos impuestos adicionales sobre la sucesión, por un monto de USD\$649,201.77. La sucesión tuvo que pagar, además, los intereses generados hasta ese momento, cuyo monto ascendió a USD\$947,483.87, hecho lo cual inició el procedimiento correspondiente para solicitar una devolución, trámite que arribó en los juzgados con los resultados arriba indicados.

El ejemplo anterior nos parece sumamente ilustrativo para llamar la atención de cuáles podrían ser las tendencias que respecto del derecho a la propia imagen, sobre todo en su aspecto económico o comercial, pudieran derivarse en lo futuro. De hecho, ya se encuentra en plena elaboración la

²¹⁷ A la fecha, la empresa editorial, en unión con la sucesión de la escritora, continúa publicando novelas bajo el nombre de V. C. Andrews. En algunas de ellas se puede observar esta leyenda: "Desde la muerte de Virginia Andrews, la familia Andrews ha trabajado con un escritor cuidadosamente seleccionado para organizar y completar las narraciones de la autora y para escribir nuevas novelas, de las cuales ésta es una, inspiradas en su mundo literario". *Cf.* ANDREWS, V. C. "Fulgor oculto" (Traducción de Elisa Cerdán), Plaza y Janes Editores, S. A., Barcelona, 1996, p. 6.

teoría que pretende configurar “un valor comercial” de la imagen, derecho paralelo al que conocemos como de la propia imagen, pero de características distintas.²¹⁸ Por lo pronto, vemos que la oficina del IRS estima (criterio que le fue refrendado por los tribunales y parte de la doctrina norteamericana) que el *right of publicity* es perfectamente transmisible a los herederos del titular originario²¹⁹ y, dado que se le asimila con la propiedad y con los derechos de autor, consecuentemente valuable económicamente para efectos fiscales.

En desafortunada y oscura redacción, el artículo 87 de la LFDA habla que el “consentimiento” lo deberá otorgar el titular, o su representante, “o los titulares de los derechos correspondientes”. ¿Se refiere, acaso, a que el titular del derecho a la imagen pueda ceder en definitiva todas las prerrogativas que tal derecho confiere? ¿O hace referencia a que, sobrevinida la muerte del titular “originario”, los derechos correspondientes se transmiten íntegramente, sin alteración alguna, a sus herederos o a las personas que él designe? Cualquiera de ambas posturas atenta contra la naturaleza de la imagen como derecho de la personalidad. De por sí es erróneo incorporar esta disposición dentro del cuerpo de la legislación autoral, como para que el legislador lo asimile aún más a un derecho de autor, cuyos derechos patrimoniales, esos sí, pueden ser transmitidos por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Cualquiera de los supuestos previstos en los antecedentes de esta disposición encontraba mejor comprensión con respecto del derecho que nos ocupa.²²⁰

²¹⁸ *Cf.* *infra* parte final del numeral 3 del presente Capítulo.

²¹⁹ Se habla ya incluso de la posibilidad de que el titular del *right of publicity*, antes de su muerte, decida si sus apariencias que le individualizan serán objeto de transmisión a sus herederos, para una posterior comercialización. Es decir, esta en aptitud de restringir, o no, el uso que se le quiera dar para después de su muerte.

²²⁰ *Cf.* *infra* dichos antecedentes en el numeral 3 de este Capítulo.

3 Naturaleza jurídica.- Para Ruiz y Tomás²²¹ en una primera época el derecho a la propia imagen era reputado como algo accesorio al cuerpo humano y, precisamente por eso, de la misma manera que se admitía un derecho del individuo sobre el propio cuerpo, fue también aceptado un derecho sobre la propia imagen.²²² Con posterioridad se afina el concepto, hablándose del derecho a la propia imagen como de algo inherente a la personalidad, merced a lo cual su titular puede impedir la utilización de su imagen en cuanto sea expuesta y difundida entre el público injustamente. Se habla que este derecho tiene hoy en día, por razón de sus consecuencias que de él puedan derivar, un contenido patrimonial, y éste es el motivo de que muchos de sus antiguos y sistemáticos impugnadores hayan sido constreñidos a reconocer su jurídica posibilidad.²²³ La ciencia y el derecho actuales reconocen en el derecho a la propia imagen, como en la mayoría de los derechos de la persona, la coexistencia del elemento ideal con el factor económico. De ordinario se deja predominar el factor patrimonial, a pesar de que debe destacarse en todo momento su origen personalísimo, que se advierte con la mera contemplación de su naturaleza. Es el derecho a la propia imagen un derecho subjetivo que corresponde a la persona para impedir que sea pintada, dibujada, modelada y, especialmente, fotografiada contra su

²²¹ cit. por DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. *Ob. Cit.*, Tomo I, pp. 1484 y s.

²²² El derecho a la imagen comenzó, en efecto, siendo objeto de una concepción sensible y corpórea; posteriormente sucesivas evoluciones lo han espiritualizado en su construcción jurídica, pues, como acontece siempre en las elaboraciones doctrinales, el hombre, también aquí ha pasado de lo concreto a lo abstracto. OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 74.

"La concepción más antigua, muy radical, considerando la imagen como huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo, entendió que así como el individuo tiene un derecho sobre el propio cuerpo, ha de tenerlo también sobre la propia imagen que es como la sombra de aquel. KEYSSEK, uno de los más destacados partidarios de esta teoría, propugnaba por una protección absoluta del derecho a la imagen, comprensiva incluso de la legítima defensa, pensando que si alguien quería, por sorpresa y contra nuestra voluntad, hacernos una fotografía, podríamos llegar a romper la máquina en la cabeza del fotógrafo". CASTAN TOBEÑAS, José. *Ob. Cit.*, pp. 56 y s. En el mismo sentido, BORKKEL MACIA, Antonio. *Ob. Cit.*, pp. 101 y s.

²²³ "La riqueza de la problemática planteada por la utilización publicitaria de la imagen es realmente ingotable. La jurisprudencia francesa ha establecido una doctrina precisa en torno a supuestos tales como la protección de la imagen de los menores, mansiones, personas que pertenecen al mundo del espectáculo, etc.". SANTAELLA, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 315.

voluntad, salvo las restricciones legales, y la imagen obtenida sin su consentimiento no puede mostrarse ni difundirse públicamente en desacuerdo con el querer del reproducido, surgiendo en caso de violación del derecho, la facultad de hacerla cesar y de concretar los daños materiales y morales sufridos en forma de adecuada indemnización. Comprende también la atribución de su titular de disponer de su imagen, ya gratuitamente o mediando remuneración, dentro de los límites establecidos por la ley y por la naturaleza del derecho.

Pese a la advertencia que formula Cifuentes,²²⁴ consistente en que el derecho a la propia imagen no debe confundirse con el derecho de autor de la persona que retrata la imagen (pues el asunto autoral es distinto y aparte de la necesidad de proteger esa representación personal, completamente identificada con la persona misma, con carácter innato, especial y vitalicio, como todos los derechos de la personalidad), se suele identificar al derecho a la propia imagen con el derecho de autor.²²⁵ 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.²²⁶ Resulta claro advertir que el derecho de autor tutela la paternidad intelectual y las facultades que de ella derivan, en tanto que el derecho que tenemos respecto de nuestra propia imagen no se puede considerar como una tutela de paternidad intelectual, ni siquiera de una

²²⁴ CIFUENTES, Santos. "Elementos...", *Ob. Cit.*, p. 78.

²²⁵ Cuando hablamos de las características de los derechos de la personalidad, se mencionó que una de ellas era la calidad de ser prerrogativas innatas del ser humano, es decir, en cuanto se es persona se goza de una esfera de protección determinada. En nota al pie de página se hizo la observación realizada por Espin Cánovas, en el sentido de que, en efecto, el derecho moral del autor se constituye como un derecho de la personalidad *no innato*, pues no toda esta clase de derechos guardan tal característica. Tal parece ser la postura de la mayoría de los civilistas, tesis que, no obstante, ha sido objeto de impugnación por ciertos autores, entre los que se suele afirmar la no dissociabilidad de los derechos económicos y morales del autor, puesto que se configuran como un derecho único e inextinguible, de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian recíprocamente. *Cfr.* este y otros argumentos en PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferrat. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 110.

²²⁶ *Cfr.* OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Ob. Cit.*, pp. 74 y s.

paternidad respecto de nuestro aspecto físico, supuesto que de concebirse, en dado caso el derecho correspondería a nuestros padres y no a nosotros mismos.²²⁷ Además, el derecho moral, es decir, su aspecto moral considerado como derecho de la personalidad por extensión, no es connatural del hombre en vista de que se requiere un proceso mental y que el mismo se plasme en un objeto material para que la tutela aparezca. Dicho proceso mental, obviamente, será siempre posterior al nacimiento del titular del derecho. Tampoco debe identificarse únicamente el derecho a la propia imagen como límite del derecho de autor del retrato como obra de ingenio, pues el efigiado puede oponerse a la difusión, reproducción o fijación de su imagen, cualquiera que sea quien la divulgue, autor o no del retrato,²²⁸ incluso si la obra de arte o la fotografía pasaron ya al dominio público y no son tutelables por el derecho de autor.²²⁹

Con respecto a esta cuestión, hemos de referirnos a la que, probablemente, sea la figura que más provoca confundir el derecho a la imagen con los derechos de autor. Aludimos a llamado *derecho de arena*, consistente en la “prerrogativa que corresponde al deportista de impedir que terceros, sin su autorización, divulguen su imagen mediante transmisiones televisivas o por cinematógrafo, al participar en competencias en sitios en los que el acceso al público no es gratuito”,²³⁰ Dicha facultad es considerada como un derecho conexo o como modalidad de los derechos de autor y que la misma ha ido ampliándose más allá de las actividades deportivas, llegándose a incluir a los artistas de variedades, los artistas de circo, los

²²⁷ Cf. LÓPEZ OLIVERA SANCHEZ, César Netzahualcoyotl. *Ob. Cit.*, p. 15.

²²⁸ GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 338.

²²⁹ Por no considerarlo necesario, omitiremos las polémicas que respecto a quien debe ser considerado el titular del derecho de autor derivado de una obra pictórica o fotográfica, si el autor o el modelo. En relación a este tema pueden consultarse BORELL MACÍJA, Antonio. *Ob. Cit.*, pp. 102 y ss. y ROGEL VIDE, Carlos. “Autores, coautores y propiedad intelectual”, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984, pp. 64 y ss.

²³⁰ RANGEL MEDINA, David. “Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 112.

pilotos de carreras de automóviles, los jinetes de las carreras de caballos, entre otros. Empero, con sobrada razón, "Es preciso hacer notar que no hay un consenso general acerca del derecho de arena como una institución del derecho autoral. En efecto, si el derecho de arena consiste en la facultad de los atletas de percibir una cuota por la transmisión de su imagen en un espectáculo deportivo público con entrada pagada, puede afirmarse que nada tiene que ver el derecho de arena con los derechos de autor, ya que la ley de la materia presupone una creación intelectual, llegando a calificarse de absurdo situar al derecho de arena como un derecho conexo a los de autor".²³¹ A pesar de tales objeciones, Rangel Medina²³² considera que:

"...al amparo del derecho conexo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley Federal de Derechos de Autor (hoy artículo 87 de la nueva LFDIA), que reconoce el derecho a la propia imagen al establecer que "el retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con fines lucrativos, con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes", en México se hace efectivo el derecho de arena en su más amplia acepción".²³³

Disentimos de lo manifestado por nuestro maestro en este punto, por las razones que a continuación exponremos, lo que también servirá para analizar, de una buena vez, la única referencia expresa y directa al derecho "general" a la propia imagen, distinta de las contempladas en algunos códigos civiles de la República y en la Ley de Propiedad Industrial, en la legislación que nos rige.

²³¹ *Ibid.*, p. 113. En el mismo sentido FLORES FLORES, Armando. *Ob. Cit.*, p. 156.

²³² RANGEL MEDINA, David. "Derecho de la...", *Ob. Cit.*, p. 113.

²³³ Ya FLORES FLORES, Armando. *Ob. Cit.*, p. 155, nos relata un caso en el que un juez brasileño, Doreste Baptista, en Río de Janeiro, respecto del derecho a la imagen sentenció que "este era asimilable al derecho autoral, de manera que el uso del nombre y la imagen de un atleta profesional, sin su autorización, en propagandas comerciales, independientemente 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". Desde luego que estamos de acuerdo con la conclusión a la que arriba el razonamiento expresado, pero, francamente, no vemos el motivo o la circunstancia que permita "asimilar" el derecho a la imagen con un derecho autoral, lo cual pasa inadvertido en las líneas transcritas.

El derecho que tenemos sobre la fijación, reproducción y difusión de nuestra propia imagen, en efecto, no se constituye en un derecho conexo de los derechos de autor, atento a que éstos tienden a proteger los intereses referentes a la utilización pública de obras de los autores, a toda clase de representaciones artísticas o a la transmisión, al público, de acontecimientos, información, sonidos o imágenes. "Quedan pues, dentro del concepto de derechos vecinos todos los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radio y televisión".²³⁴ En una clasificación casuística, se suelen incluir como derechos conexos: traducciones, adaptaciones, compendios, transportaciones, arreglos, instrumentaciones, dramatizaciones, transformaciones, compilaciones, interpretaciones, ejecuciones, personajes ficticios, personajes simbólicos en obras literarias, historietas gráficas o en cualquier publicación periódica, título de alguna publicación o difusión periódica ya sea revista, periódico, noticiero cinematográfico, así como características gráficas que sean distintivas de los editores de periódicos o revistas o de productores de películas.²³⁵ Por tanto, no vemos como pudiera considerarse el derecho a la propia imagen como un derecho de los llamados conexos al autor, dado que éstos se denominan de esta manera en virtud de los lazos que guardan con la creación original a la cual están traduciendo, interpretando o modificando de alguna manera.²³⁶ A mayor abundamiento, cuando se profundiza sobre la naturaleza de los derechos conexos, se suele excluir al derecho a la imagen como parte de los mismos²³⁷ e, incluso, se

²³⁴ HERRERA MEZA, Humberto Javier. "Iniciación al Derecho de Autor", Editorial Limusa, S. A. de C. V., México, 1992, p. 79, quien además se fundamenta para la cuestión que nos ocupa en el "Glosario de derecho de autor y derechos conexos" publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

²³⁵ RANGEL MEDINA, David. "Derecho de Imagen", *Cib. Cit.*, p. 98.

²³⁶ OBÓN LEÓN, J. Ramon. "Derecho de los artistas intérpretes, autores cantantes y músicos ejecutantes", 3a ed., Editorial Trillas, S. A. de C. V., México, 1996, pp. 64 y ss.

²³⁷ *Ibid.*, p. 64, quien para la determinación de la naturaleza de los derechos conexos a los del autor "abstrae" al derecho a la imagen, entre otros aspectos.

crítica la inapropiada inclusión de los mismos en la legislación autoral.²³⁸ Tan no se considera un derecho conexo el derecho a la imagen, que el artículo que prevé este no se encuentra regulado dentro del apartado destinado a aquéllos.

A pesar de lo vertido anteriormente, consideramos que sí es posible hablar de un caso en que un derecho conexo se encuentra íntimamente ligado con, podríamos llamarle así, una tutela específica de la imagen de los artistas intérpretes o ejecutantes. Tal es el caso de la prerrogativa que tienen el actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín o, en general, cualquier otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del "folclor" (*sic*) o que realice una actividad similar a los anteriores, haya o no texto previo que norme su desarrollo, sin que en ningún caso se encuentren incluidos dentro de este grupo a los extras o participantes eventuales (como reza la definición de artista intérprete o ejecutante del artículo 116 de la LFDA), de oponerse a "La fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material", así como a "La reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones" (Fracciones II y III del artículo 118 de la LFDA). Obviamente, nos referimos a la fijación y reproducción de la imagen y no a la de cualquier otra clase, supuesto permitido por la disposición en comento. Tal disposición no permite confundir el derecho a la imagen con un derecho conexo de los

²³⁸ El propio RANGEL MEDINA, David. "Derecho de la...". *Ob. Cit.*, p. 93; En el mismo sentido, ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Consideraciones sobre el Derecho de Autor. Con especial referencia a la legislación venezolana", Buenos Aires, 1977, p. 60.

El deseo expresado por Antequera Parilli, de que los derechos conexos (traducciones, adaptaciones y arreglos de otras obras, así como las antologías y compilaciones) se encuentren regulados como lo que son, derechos relacionados con el de un autor, y no como creaciones del ingenio se ha manifestado en la nueva LFTA, que en su Título V regula a los mismos, cuestión que no acontecía con la ley anterior, cuyas disposiciones relacionadas con éstos se encontraban dispersas por todo su articulado. Cabe agregar, únicamente, que ya SATANOWSKY, Isidro. "Derecho Intelectual", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo II, p. 3, expresaba que los derechos de los realizadores e intérpretes determinaban *institutos jurídicos distintos, aunque íntimamente vinculados al derecho de autor*. A mayor abundamiento, sobre el tema, *Cfr.* MOUCHET, Carlos. "Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 85 y ss.

individuos mencionados, ya que adicional a las prerrogativas mencionadas, también se encuentran facultados para, entre otros, exigir el reconocimiento de su nombre respecto de su interpretación o ejecución, así como la de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.²³⁹ Más bien, en las fracciones II y III del artículo 118 invocado, se contemplan derechos subjetivos otorgados en favor del artista intérprete o ejecutante cuya relación con la materia autoral se constriñe única y exclusivamente a la interpretación o ejecución de una obra artística reconocida y protegida por la LFDA, siendo en realidad auténticas manifestaciones “específicas” del derecho a la imagen, cuyo contenido se haya restringido a los rasgos físicos que indentifican a un individuo *durante* la interpretación o ejecución de una obra artística, a lo cual habría que, una vez más, señalar lo expresado por Rangel Medina:²⁴⁰ “En realidad no existe un derecho conexo al derecho de autor como una disciplina jurídica de características propias, sino que con tal denominación se han pretendido reunir diferentes objetos que deben estar protegidos por cuerpos normativos diferentes, sobre derechos del artista, los derechos de la personalidad, etcétera, pero no en un texto legislativo protector de los derechos de autor.”²⁴¹

²³⁹ No debemos dejar de mencionar que, en el caso específico de los derechos conexos o vecinos correspondientes al intérprete o ejecutante, se han tratado de fundar tales prerrogativas en los derechos de la personalidad (opinión de Bruno Marwitz), ya que, como la prestación del artista está integrada por una serie de elementos de su persona física, como su nombre, su voz, su imagen, este derecho (el de la personalidad) constituye la razón fundamental por la que no se puede lucrar con esos elementos sin autorización de su titular, pues se estaría usando elementos de su persona, protegidos por un derecho más amplio y general, al que tienen derecho los intérpretes y ejecutantes como personas y no sólo como artistas. Tal postura ha sido objetada por su insuficiencia, pues se habla de categorías jurídicas que regulan derechos que corresponden a todas las personas y no las que específicamente atañen a los artistas, intérpretes o ejecutantes, en especial los derechos de carácter patrimonial, que es un aspecto que se presenta normalmente, y no sólo en forma excepcional como sucede con los de la personalidad. *Cfr.* LIPSZYC, Delia. “*Derecho de autor y derechos conexos*”, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, Víctor de F. de Zavaglia, Buenos Aires, 1993, pp. 367 y s.

²⁴⁰ RANGEL MEDINA, David. “*Derecho de Im...*”, *Ob. Cit.*, p. 93. *Cfr.* la nota de pie de página inmediata anterior.

²⁴¹ Las cursivas son nuestras. Adicionalmente a lo expresado, deberán tenerse en cuenta las siguientes disposiciones que plantea la LFDA: Las facultades del artículo 188, según dispone el mismo precepto en su último párrafo, se consideran “agotados” una vez que el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la incorporación de su actuación o interpretación en una fijación visual, sonora o audiovisual. Por su parte, el

Respecto de la posibilidad de considerar el derecho a la imagen como una "modalidad" del derecho de autor,²⁴² consideramos que tampoco es factible tal posición, en virtud de que se entiende por modalidad "cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la substancia, sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico".²⁴³ En tal sentido, cuando se hable de alguna modalidad del derecho de autor, se estará refiriendo a características que hagan especialísima una facultad moral o económica, o mezcla de ambas, que la ley otorga a un autor por el hecho de serlo, y que no encuadren dentro de lo que comúnmente se conoce como las prerrogativas morales y económicas autorales. Desde este punto de vista, el llamado "derecho de arena", y mucho menos el derecho a la propia imagen, pueden ser considerados una modalidad del derecho de autor, toda vez que carece de los elementos fundamentales para que se considere objeto de tutela del mismo, a saber: *a)* Que se trate de una obra creativa y original; *b)* Que sea *creada* por una persona física; *c)* Que corresponda al ámbito del

artículo 119 contempla la necesidad de nombrar, de entre ellos, un representante para el ejercicio del derecho de oposición contemplado en el Art. 118, cuando se trate de artistas que participan colectivamente en una misma actuación, tales como grupos musicales, coros, orquestas, de ballet o compañías de teatro. Cuando se celebre un contrato entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de obras audiovisuales, para la producción de una obra audiovisual, salvo pacto en contrario se entiende otorgado el derecho de fijar, reproducir y comunicar al público las actuaciones del artista, sin que este supuesto incluya la posibilidad de utilizar en forma separada el sonido y las imágenes en la obra audiovisual, a menos de se haya acordado expresamente (Artículo 121). Finalmente, el artículo 122 establece que la duración de la protección concedida a estos artistas es de 50 años, contados a partir de: *a)* La primera fijación de la interpretación o ejecución de un fonograma; *b)* La primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas; o *c)* La transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier otro medio.

²⁴² Sobre el término "modalidades del derecho de autor" no existe un consenso para denominarlas de tal manera, ya que algunas legislaciones le denominan "otros derechos" o "facultades pecuniarías con fundamentos morales", habida cuenta de su carácter mixto, de su índole especial. Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, "*Derecho de Autor*", Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1990, pp. 130 y s., así como la Sección III, Capítulo III, Título II del Libro Primero de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual española.

²⁴³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "*Derecho de las obligaciones*", 8a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, p. 753. Este mismo autor cita (en la página 752) la investigación que sobre el concepto realizó Fernández del Castillo, quien concluye que "Modalidad es una palabra reciente en la lengua castellana, la cual se introdujo por la palabra francesa *modalité*, empleada en el lenguaje científico para designar ciertos aspectos que revisten las cosas, o sea una cualidad de ellas que sirve para considerarlas desde un punto de vista especial... Modalidad, palabra castellanizada, es el modo de ser una cosa; o sea la forma variable y determinada que pueden tener una persona o una cosa, sin que por recibirlas se cambie o destruya su esencia. No puede confundirse con la palabra modificación, pues ésta implica un cambio sustancial y no accidental".

arte, la ciencia o la literatura; y d) Que se manifieste por cualquier medio que la haga perceptible a los sentidos.

En resumidas cuentas, ni el derecho de arena²⁴⁴ ni el derecho a la imagen son derechos conexos o modalidades de los derechos de autor, por lo que no deben encontrarse regulados en la ley de la materia. Y sobre esta premisa procederemos a estudiar los artículos 86 y 87 de la LFDA, preceptos que contienen la única referencia expresa y "general" del derecho a la propia imagen, distinta de la que han tenido a bien pronunciar los legisladores de varias entidades federativas en sus correspondientes códigos civiles, así como el Congreso de la Unión en la Ley de Propiedad Industrial.

El texto del artículo en cuestión no tiene antecedente alguno en los códigos civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, así como tampoco en el texto primigenio del CCDF, cuyo articulado del Título Octavo ("De los Derechos de Autor") del Libro Segundo fue derogado por la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1948, en donde su artículo 25 se leía:²⁴⁵

²⁴⁴ Quienes sostienen la existencia de tal derecho lo que realmente deberían preguntarse es si, efectivamente, se requiere la autorización del deportista profesional para que su imagen sea difundida mediante algún medio de comunicación, al participar en competencias o juegos en sitios en los que el acceso al público no es gratuito, cuando fácilmente, y de antemano, se pueden saber las condiciones bajo las cuales se desarrolla y difunde un evento deportivo, ¿Qué, acaso, no estamos en el supuesto de una autorización tácita para la divulgación de la imagen?

²⁴⁵ El texto lo tomamos del Proyecto de Ley Federal sobre el Derecho de Autor, contenido en el disco compacto "Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados", II. Cámara de Diputados, Instituto Nacional de Geografía y Estadística; estando contemplado el dato en cuestión en el disco 1, Segundo Año Legislativo de la XL Legislatura, Período Ordinario, 22 de diciembre de 1947, Diario num. 59. Valga la pena aclarar que el proyecto referido no fue motivo del más mínimo comentario por parte de los diputados presentes en la sesión, aspecto muy común en la época que se vivía, pues ni siquiera se formuló dictamen al proyecto enviado por el Ejecutivo. Suponemos que tampoco fue objeto de comentario alguno en la Cámara de Senadores, puesto que nunca le fue regresado a la Cámara de origen por la colegisladora, motivo por el cual el expediente respectivo de la Cámara de Diputados fue remitido al archivo a principios de 1948, visto que con fecha 30 de diciembre de 1947 fue firmado el Decreto correspondiente.

"Artículo 25. El retrato de una persona no puede ser publicado, exhibido o puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de ella y después de su muerte, del de su cónyuge y de los hijos, y en su defecto de sus ascendientes y otros descendientes hasta el segundo grado.

"La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo antes de la publicación o de subsecuentes publicaciones pero está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que con ello se ocasionen.

"Es libre la publicación del retrato cuando tenga un fin científico, didáctico, y, en general, cultural, o si se refiere a un acontecimiento de actualidad, de interés público u ocurrido en público".

Es de advertir que sobre este artículo se ha presentado la única interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia, o de los Tribunales Colegiados, que nos fue posible localizar en relación con el tema que nos interesa, misma que es del tenor literal siguiente:

"Quinta Época

"Instancia: Primera Sala

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"Tomo: CXIX

"Página: 212

"RETRATOS, PUBLICACIÓN DELICTUOSA DE. (LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR). El artículo 25º de la Ley sobre Derechos de Autor, establece: primero, que se requiere el consentimiento expreso de una persona para que su retrato sea publicado, exhibiendo (*sic*) o puesto en el comercio, y segundo, que después de la muerte de esa persona, se necesita el consentimiento manifiesto de su cónyuge e hijos, y en su defecto, de los parientes que menciona. Un retrato, en sí mismo, no es sino la reproducción de una imagen de persona, objeto o cosa, obtenida en papel, a través de la impresión en un rollo o placa por medio de una cámara fotográfica, y constituye la reproducción fiel de las imágenes captadas, de tal manera que para poder impresionarlas se requiere su existencia. La fotografía tomada a un individuo, según el precepto en cuestión, puede ser en vida de aquel, ya que establece que podrá llevarse a cabo su publicación o exhibición con su expreso consentimiento, o bien esa fotografía puede obtenerse del cadáver de esa persona; concatenando, conforme a las reglas de hermenéutica jurídica, la segunda parte del párrafo, que se interpreta gramatical y legalmente, con la primera del mismo, lógicamente se advierte que los casos que plantea se contraen a la publicación, exhibición o comercio del retrato de una persona tomado en vida de ésta o después de su muerte, de su cadáver, esto es, la reproducción de su imagen por tales

medios, pues no se concibe en otra forma la interpretación que debe darse a esa regla; por o que (*sic*) si no se publica el retrato de una persona en una fotografía que le hubiera sido tomada en las condiciones de referencia, sino que el delito perseguido consistió en la publicación de un retrato de una mascarilla que se exhibe en un museo y que, por tanto, se halla a la vista de todos los individuos que a él asisten, o en otras palabras, bajo el dominio público, y no existe prohibición legal para imprimir placas fotográficas de esa mascarilla o de cualesquiera de los objetos que se exhiben en el mismo, se deduce que esa publicación en modo alguno, es el retrato de la persona y, consecuentemente, que los hechos perseguidos no configuraron el ilícito, previsto por el artículo citado.

"Amparo penal directo 1051/53. 8 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Edmundo Elorduy".

Para el año de 1956, un nuevo proyecto de ley autoral fue remitido por el Presidente de la República a la Cámara de Senadores como Cámara de origen. Ahora sí, en la Cámara de Diputados fue formulado el dictamen correspondiente al proyecto aprobado y enviado por su colegisladora, dentro del cual, la Comisión Dictaminadora refirió que el artículo 13 del proyecto concuerda con el artículo 25 de la entonces ley vigente, aunque precisa que se mejoró su redacción y se le agregó un párrafo cuarto, que permitía a los fotógrafos profesionales exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo, si no existía oposición. A pesar de que en esta ocasión se presentó un debate, el mismo no se centró sobre el precepto que nos interesa.²⁴⁶ El texto aprobado del artículo 13 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 29 de diciembre de 1956, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1956, es el siguiente:

"Artículo 13. El retrato de una persona no puede ser publicado sin su consentimiento expreso y después de su muerte, del de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus hijos y otros descendientes hasta el segundo grado.

²⁴⁶ "Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados", disco 2, Segundo Año Legislativo de la XLIII Legislatura, Período Ordinario, 18 de diciembre de 1956, Diario núm. 25.

"La persona que haya dado su consentimiento en alguno de los casos a que se refiere el párrafo anterior puede revocarlo antes de cada publicación, pero queda obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que ello ocasione.

"Puede publicarse el retrato de una persona cuando la publicación tenga un fin educativo, científico o cultural o de interés general, o si se refiere a un acontecimiento de actualidad u ocurrido en público, siempre que ello no sea infamante.

"Los fotógrafos profesionales pueden exhibir las fotografías de sus clientes, como muestra de trabajo, si no se opondrá alguno de los interesados a que se refiere el primer párrafo de este artículo".

La ley de 1956 fue objeto de una profunda reforma por Decreto de reformas y adiciones de 4 de noviembre de 1963, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre del mismo año, que en realidad consistía en una nueva ley, por lo que reiteradamente se le denominaba, en el ambiente, como la "Ley de 1963". Durante el prolongado proceso legislativo, de más de un año en esta ocasión, el contenido del artículo 13 fue vertido ahora en el numeral 16, que únicamente sufrió "observaciones de estructura y en cierto modo de estilo", con el objeto de ajustarse "a una aceptable técnica legislativa".²⁴⁷ El texto final, pues, es el siguiente:

"Artículo 16. La publicación de la obra fotográfica puede realizarse libremente con fines educativos, científicos, culturales o de interés general pero en su reproducción deberán mencionarse la fuente o el nombre del autor.

"El retrato de una persona solo 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 establezcan las leyes civiles. La autorización podrá revocarse por quien la otorgó, quien responderá de los daños y perjuicios que ocasionare con la revocación.

²⁴⁷ "Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados", disco 2, Tercer Año Legislativo de la XLV Legislatura, Período Ordinario, 3 de octubre de 1963, Diario núm. 11.

"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".

El miércoles 13 de noviembre de 1996 el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados la iniciativa de la Ley Federal del Derecho de Autor, de fecha 12 del mismo mes y año,²⁴⁸ que a la postre, tras ser modificada por las Cámara en varios puntos, fue aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1996. Dicha iniciativa plantea que el Título IV ("De la protección al Derecho de Autor"), dedica su segundo Capítulo a las obras fotográficas, plásticas y gráficas, el cual fija las "normas especiales para la protección de obras artísticas que impactan visualmente el sentido estético de quien las contempla", a efecto de lo cual, "la originalidad tiene en esta materia connotaciones particulares, pues la concepción y materialización personal tienen importancia decisiva",²⁴⁹ y en cuyo texto original de los artículos 83 y 84 se contempló la referencia al derecho a la imagen. Dichos numerales son del tenor literal siguiente:

"Artículo 83.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.

"Artículo 84.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la

²⁴⁸ "Envío que fue considerado como una "albazo" por la diputada panista María del Carmen Gómez Mont, miembro de la Comisión de Medios de Comunicación de la Cámara, durante una reunión de 18 parlamentarios, principalmente de la Comisión de Cultura, con Fernando Serrano Migallón, titular de la Dirección General de Derechos de Autor de la SEF... La diputada cuestionó por qué no se consultó con los legisladores el borrador que ahora se les envía como iniciativa del Ejecutivo, y mencionó que esto ocurre antes de que tenga lugar la reunión de Berna, Suiza (de diciembre 2 a 20 de este año), donde se plantearán puntos importantes sobre el derecho de autor que habría sido oportuno conocer para incluirlos en el proyecto de Ley". Este y otros comentarios que respecto de la iniciativa se presentaron en su momento, *Cfr.* "Ley del Derecho de Autor, sometida a revisión" en "Reforma. Corazón de México", Sección C, Cultura, México, lunes 18 de noviembre de 1996, p. 1.

²⁴⁹ Las referencias a textos de la Iniciativa de ley, Dictamen de la Cámara de Diputados y Dictamen de la Cámara de Senadores, son extraídos de la reproducción que de dichos documentos realizó la revista "Cuadernos de Derecho. Compilación y actualización legislativa", Año 3, vol. XXXIV, num. 25, 1º de marzo de 1997, pp. 1 a 27; así como de los textos mismos de la Iniciativa y del Dictamen de la Comisión de Cultura.

otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

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

“No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos”.

La Comisión de Cultura, en el Dictamen, reconoció que los artículos transcritos correspondían al artículo 16 de la ley entonces vigente, y que las mismas especificaban *“las normas aplicables al derecho a la imagen, las que actualmente están contempladas dentro del rubro general de la publicación”*. Con motivo de las modificaciones de que fue objeto el proyecto del Ejecutivo, se adicionaron diversos preceptos, por lo que los numerales 83 y 84 pasaron a ser los artículos 86 y 87, siendo igualmente modificados en su texto primigenio, con el objeto de *“mejor proveer la regulación en materia de obra gráfica, fijando un límite de 50 años para la protección de la imagen en la persona retratada”*. Aunque el Dictamen es omiso al respecto, dentro de los supuestos de excepción para la solicitud de la autorización del titular del derecho se agregó el término *“periodísticos”* junto al de *“informativos”*. Como consecuencia de dichos cambios, el texto quedó de la forma siguiente:

“Artículo 86.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.

“Artículo 87.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

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

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

"Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte".

Durante su paso por la Cámara de Senadores, el Dictamen correspondiente se limitó a repetir que "Se especifican normas aplicables al derecho a la imagen y se fija un plazo para su protección". De tal suerte, el último texto transcrito fue el definitivo y que entró en vigor el 30 de marzo del presente año.

Como hemos podido observar, la evolución de que ha sido objeto el derecho en cuestión, a través de los diferentes cuerpos legales que lo han contenido, es, en esencia, significativamente pobre, pues en poco o nada se ha mejorado. Más bien, su texto ha cambiado para desmejorar notablemente. De tal suerte que, bajo la redacción actual, los preceptos aludidos presentan más interrogantes que respuestas a planteamientos concretos. Pero de esto nos estamos refiriendo en cada uno de los numerales correspondientes. Nos interesa por ahora resaltar que tanto la Iniciativa como los legisladores vieron claramente en los artículos transcritos una normatividad para tutelar el derecho a la propia imagen. En tal virtud, y habida cuenta de que, como hemos comprobado, tal derecho subjetivo no puede constituirse ni asimilarse como un derecho de autor, el cuestionamiento obligado consiste en preguntarnos si el Congreso de la Unión se encuentra facultado para legislar en materia de derechos de la

personalidad y, en específico, del derecho a la propia imagen, esto es, si los artículos 86 y 87 de la LFDA son constitucionalmente válidos o no.²⁵⁰ Nuestra conclusión es en el sentido de que los preceptos invocados son inconstitucionales, en virtud de que la figura que venimos estudiando no configura un derecho de autor. Adicionalmente, en ninguna de las fracciones del artículo 73 de nuestra Constitución, o de algún otro precepto de la misma, encontramos fundamento en virtud de la cual se le entiendan conferidas facultades a los Poderes de la Unión en tratándose de derechos de la personalidad o, mucho menos, del derecho a la propia imagen. En consecuencia, ya que no se trata de materia alguna otorgada expresamente a la federación, con fundamento en el artículo 124 de la Ley Fundamental, se entiende reservada para el ámbito y competencia de las autoridades estatales. Consideramos que ni siquiera el artículo 118, y las disposiciones con éste relacionadas, a las cuales hicimos referencia párrafos arriba, pudieran salvarse de esta interpretación, pues si bien es cierto que se trata de un derecho que se otorga a un individuo en su carácter de artista intérprete o ejecutante, en tanto se encuentra interpretando o ejecutando una creación autoral de él mismo o de persona distinta, tales manifestaciones no son consideradas como obras protegibles bajo las características de un derecho autoral, por lo que se ha instrumentado la figura de los famosos “derechos conexos”, materia en concreto que no se encuentra prevista dentro del supuesto planteado por el párrafo noveno del artículo 28 de la Carta Magna,²⁵¹ que se refiere a la tutela que tendrán los autores o artistas sobre la producción de sus obras, cuyo contenido reglamenta la LFDA.

²⁵⁰ No entraremos a la añeja discusión que en torno a la constitucionalidad de la Ley federal autoral se ha suscitado. Para tales efectos, *Cfr.* GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. “El patrimonio...”, *Ob. Cit.*, pp. 725 a 736; FARELL CUBILLAS, Arsenio. “El sistema mexicano de derechos de autor”, Ignacio Vado Editor, México, 1966, pp. 43 a 54; y MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Ob. Cit.*, Tomo IV (Derechos reales), pp. 612 a 638.

²⁵¹ Cuyo texto es el siguiente: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

La inconstitucionalidad de los artículos 86 y 87 parecería salvarse si no los consideramos como la regulación del derecho a la propia imagen, sino más bien como una limitación al derecho que tienen los autores de creaciones originales para la exhibición de sus obras, lo que nos llevaría al absurdo de considerar que este "derecho a la imagen" se tiene única y exclusivamente en contra del autor de una obra. Sin embargo, tal interpretación no cabría en virtud de que la intención del legislador fue la de regular el derecho a la imagen, como consta en los dictámenes a los que hemos hecho referencia, como también quedó manifestado en el último párrafo del artículo 87, que a la letra dice: "Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte".

Para finalizar con el presente numeral, nos referiremos, como ya anteriormente lo anunciamos, a una nota especial que presenta el derecho a la propia imagen, consistente en la posibilidad de que el titular, o los causahabientes previstos en la legislación aplicable -de ser el caso-, enajene alguna o algunas de las facultades derivadas del mismo. No significa que la persona realice una venta de su propia imagen, lo cual resultaría absurdo toda vez que la imagen es física y jurídicamente inseparable de la persona.²⁵² Las manifestaciones anteriores han llegado a determinar que incluso la imagen de la persona pueda ser considerada por algunos autores como "una cosa susceptible de comercio y que legítimamente se puede impedir su utilización sin un contrato previo que lo autorice".²⁵³

²⁵² "El derecho a la imagen sirve al individuo para celebrar contratos diferentes al de las enajenaciones a que ya se ha aludido -se refiere a las que se efectúan con motivo de las actividades relacionadas con la cinematografía-. Tal ocurre por ejemplo en los casos de modelos que tienen el carácter de "exclusivas" para ciertas representaciones; el contrato de seguro, de una gran frecuencia, que tiende a asegurar ciertas partes del cuerpo en consideración a determinadas circunstancias, contrato diferente del que comúnmente se conoce con el nombre de seguro de vida y diferente del seguro contra accidentes". OCHOA RESTREPO, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 76. *Cfr. supra* numeral 2.2 de este Capítulo.

²⁵³ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; Manuel De Cossio y Martínez y José León-Castro Alonso. *Op. Cit.*, T. I (Parte General, Obligaciones y Contratos), p. 228.

Decíamos ya con anterioridad que otra de las características que hacen semejantes al derecho a la propia imagen y a los derechos de autor es la dicotomía de la que están estructurados. En efecto, como sabemos, las prerrogativas de que están conformados éstos últimos se dividen en dos clases, las “morales” y las “económicas” o “pecuniarias”. Parece suceder lo mismo con el derecho a la propia imagen, por lo que se ha llegado a hablar de un derecho patrimonial a la imagen, ajeno o cuando menos paralelo al derecho de la personalidad. Lo anterior se desprende de que la colectividad no ve con igualdad el caso de una persona cuya imagen es utilizada y reproducida por un tercero, al de un modelo profesional que cobra por su imagen y que, en una ocasión, es utilizada y reproducida sin su autorización. Esto es, no es igual el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad que, si es violado, da lugar a una indemnización, que el derecho a participar económicamente en la comercialización de la propia imagen.²⁵⁴

Nos referiremos en concreto a la postura sostenida por Amat Llari,²⁵⁵ para quien hablar del derecho a la propia imagen implica referirse a tres aspectos de un derecho esencial a la persona humana que hay que diferenciar claramente, a saber: a) El derecho a preservar la imagen como una vertiente del derecho a la intimidad de la persona, lo que supone la posibilidad de impedir que se divulgue nuestra imagen, salvaguardando un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído del

²⁵⁴ “Planté este tema el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre 1988 que anuló la sentencia del T. S. de 28 de octubre 1986, la cual había desestimado la demanda de la viuda del torero “Paquirri” por la comercialización del video relativo a su vida, cogida y muerte; en dicho voto particular (fundamento 1º) se parte de la distinción entre el derecho fundamental de libertad de expresión que tiene su límite en los derechos al honor, intimidad e imagen y el derecho patrimonial a participar de la comercialización que, posteriormente, se haya hecho de aquella información (fundamento 1º, primer párrafo) y mantiene que no corresponde al ámbito constitucional el problema relativo a los posibles derechos patrimoniales que, para los herederos de la víctima, puedan derivar de la comercialización de aquella noticia (fundamento 1º, tercer párrafo). O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “La libertad de expresión...”, *Ob. Cit.*, pp. 118 y s.

²⁵⁵ AMAT LLARI, Eulalia. *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.

conocimiento por parte de terceros; *b)* El derecho a evitar que nuestra imagen se asocie ante los demás a unas ideas, productos o situaciones que consideramos rebajan el concepto que de nosotros tiene la sociedad o que distorsiona nuestra manera de pensar, tratándose en este caso de una vertiente del derecho a la imagen que, en ocasiones, resulta semejante a la difamación, pues supone un atentado al honor más que a la intimidad (*false light*); *c)* El derecho a controlar el uso comercial de la propiedad intelectual y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado y obtenido sobre nuestra imagen, lo que en el ámbito anglosajón se denomina *right of publicity* y que en nuestro idioma pudiera denominarse como el derecho al valor publicitario de la imagen, o, más propiamente, de los signos característicos de la personalidad, entre los que se encuentra aquélla.

Para esta estudiosa, es posible que la publicación de la imagen de una persona suponga una violación de cualquiera de estos tres derechos, o incluso, de los tres al mismo tiempo, pues puede ser que la imagen haya sido tomada en una situación que suponga intromisión a la intimidad de una persona, que además su utilización haga pensar al público en general que ésta recomienda el uso de un producto determinado, como puede ser el caso de bebidas alcohólicas, que ella no aprueba y, por último, que se realice una utilización comercial de su imagen que suponga a su titular un perjuicio económico por el hecho de no haber compartido los beneficios generados por la divulgación de la misma. Ante esta situación -continúa-, el perjudicado puede escoger cualquiera de las tres acciones, según considere perjudicados sus sentimientos o sus intereses económicos, teniendo en cuenta que aquel que reclama por violación de su intimidad no desea que su imagen se divulgue de ninguna manera, mientras que el que reclama el *false light* podría aceptar la divulgación en otro contexto y el que reclama porque desea participar en los beneficios generados no puede al mismo tiempo

reclamar por violación de la intimidad, porque lo que pretende no es evitar la divulgación, sino aprovecharse de ella.

"... Hay que tener en cuenta que el derecho al valor publicitario de la imagen es un derecho que comprende un vertiente patrimonial (el derecho a participar del beneficio que se ha generado) y una de carácter moral (el solo hecho de divulgar la imagen sin consentimiento ya es ultrajante), y además es muy frecuente que comporte la creación de una falsa apariencia. Por ello, este derecho no puede regularse a base de reunir algunas normas personales y otras patrimoniales procedentes de leyes diferentes, sino que debe tener un tratamiento coherente y uniforme, como sucede con el derecho de autor, teniendo en cuenta la vertiente moral y patrimonial del derecho y haciendo ambas compatibles, por lo cual debería regularse de forma autónoma, o como mínimo, como un apartado dentro de una ley que contemplara otros derechos regidos por iguales principios".²⁵⁶

Teniendo como fuente de inspiración la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses, Amat Llari²⁵⁷ está de acuerdo que el derecho publicitario de la imagen presenta junto a las características propias de un derecho de la personalidad, otras propias de un derecho de propiedad, fuertemente limitado por el derecho a la información y a la libre expresión. Es decir, el derecho "al uso comercial de la imagen tiene características que permiten de forma clara clasificarlo como un derecho de propiedad intelectual semejante a patentes, marcas y sobre todo al derecho de autor... El hecho de clasificar el derecho a la imagen como un derecho de propiedad, no supone negar su conexión con los derechos de la personalidad, ya que ello es común a todos los derechos de propiedad; tanto el derecho al uso comercial, como el derecho de autor, tienen elementos en común con la intimidad; el derecho a publicar o no la obra puede basarse en ella... En conjunto... la aplicación de las normas de propiedad intelectual al derecho al valor comercial de la imagen resulta mucho más coherente con la naturaleza del derecho que aplicar las normas de intimidad y supone proteger de manera más eficiente

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 29 y ss.

los intereses en juego²⁵⁸. Fese a lo expuesto, por las razones que ya hemos sostenido, y a pesar de que puedan las normas referentes a la materia autoral servir de indicativo de como entender plenamente el derecho a la imagen, nos resistimos a identificar a éste con un derecho de autor.

4 La autorización para la obtención, reproducción y publicación de la propia imagen. Partiendo de las ideas que se han desarrollado, hemos de concluir que toda persona tiene derecho a la no reproducción de su propia imagen, tornándose por lo tanto prohibida su divulgación en principio. A tales efectos, hay que distinguir varios supuestos respecto a la autorización de que hemos hablado con anterioridad. Oliveros Lapuerta²⁵⁹ distingue los siguientes: *a)* Que el sujeto al que la representación de su imagen afecte consienta en su reproducción o difusión, en el entendido de que deben hacerse constar las circunstancias en que estas ocurran; la autorización para reproducir o difundir una fotografía no abarca la de hacerlo con otras, además de que su utilización para otros fines de los originalmente pactados deberá ser nuevamente consentida; *b)* Que el sujeto no consienta antes de ser reproducida su imagen, pero que lo haga después, caso en el que se trataría de una autorización *ex post facto*; y *c)* Que no consienta pero que exista una causa de justificación para hacerlo, en cuyo caso el sujeto afectado no podrá oponerse a la reproducción ni, por lo tanto, a reclamar ningún tipo de indemnización. En todas las causas de justificación existe un interés público que legitima, por exigencias sociales, lo que en principio sería ilícito.

El mismo autor²⁶⁰ agrupa las causas de justificación más invocadas por la doctrina en las siguientes: *a)* La popularidad de la persona o

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 31 y s.

²⁵⁹ OLIVEROS LAJUERTA, María Vicenta. *Op. Cit.*, p. 23.

²⁶⁰ *Idem.*

notoriedad científica, siendo que en estos casos al ser personas de algún modo públicas, no pueden negarse a que su imagen sea difundida, pero entendiendo la existencia de límites, tales como, que las imágenes hagan referencia de alguna manera a las actividades propias de su actuación pública y respetando siempre a la vida privada del hombre público;²⁶¹ b) Las necesidades de justicia, como serían los casos de la difusión de las fotografías de presuntos delincuentes, con el fin de hacer más fácil su localización e identificación, así como las de las personas ausentes, desaparecidas o fallecidas en accidentes catastróficos;²⁶² c) Cuando existan fines científicos, didácticos o culturales, señalando la doctrina que dentro de esta clasificación se ubican las fotografías de pacientes, películas, diapositivas, con fines médicos, en cuyo caso la publicación sería lícita cuando con ellas se persiga un fin científico y no sea posible evitar la reconocibilidad;²⁶³ y d) Cuando se trate de hechos de interés público o desarrollados en público (actos académicos, deportes, tumultos populares, catástrofes, manifestaciones, etcétera), entendiéndose que la reproducción y publicación de la imagen de las personas que participan en ellos son lícitas, aunque no medie autorización alguna, en virtud de que en caso contrario la difusión de la información pública se haría prácticamente imposible.²⁶⁴

²⁶¹ En el mismo sentido, CIFUENTES, Santos. "Elementos..." *Ob. Cit.*, pp. 81 y 82; así como FUIIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 108, quien agrega que la "protección del derecho a la propia imagen alcanza igualmente a las personas públicas o famosas, en cuanto se trate de utilizar la imagen de las mismas contra o sin su voluntad para fines que nada tienen que ver con su actividad pública o artística, como sería por ejemplo la utilización de la imagen de una persona famosa para fines publicitarios".

²⁶² En el mismo sentido, FUIIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 108.

²⁶³ De ahí que la mayor de las ocasiones se trate de evitar la reconocibilidad ocultando el rostro o al menos los ojos del paciente. Se encuentran casos de sentencias extranjeras en las que se afirma que la no observancia de estas condiciones sería ilícita si no media la autorización. En el mismo sentido, FUIIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *Ob. Cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 108; así como DIEZ-PICAZO Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. 1, p. 125.

²⁶⁴ Sin embargo, ello no puede servir de pretexto para deshonrar al no tomarse todas las precauciones, ni para ensayar una obra que nada produce de positivo para el arte y pretender su publicidad a ese título". CIFUENTES, Santos. "Elementos..." *Ob. Cit.*, p. 81.

²⁶⁴ DIEZ-PICAZO Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. 1, p. 125, hacen especial énfasis en que la utilización será ilícita para fines distintos de los de dar a conocer el acontecimiento.

Por nuestra parte, consideramos que también debe estimarse como causa de justificación cuando la reproducción de la imagen sea como consecuencia del cumplimiento de un deber previsto en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, resulta claro que no implicará violación alguna al derecho a la propia imagen la reproducción del rostro del individuo con el objeto de la expedición de la Credencial para Votar con Fotografía o de la futura Cédula de Identidad Ciudadana, de conformidad con los artículos 36, fracciones I y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, G, párrafo 1, inciso b), 144, párrafo 1 y 164, párrafo 2, inciso a) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, 98 y 107, fracción III de la Ley General de Población.

De igual manera, las imágenes que se hayan captado de una persona no estarán protegidas cuando el titular y los parientes que enumere la ley hayan muerto, o cuando el tiempo en la misma previsto haya expirado (50 años después de la muerte del titular, en nuestro caso).

Pero suele ocurrir que en ciertas ocasiones no es el titular del derecho a la propia imagen quien autoriza la reproducción y/o difusión de la imagen, casos en los que nos encontramos frente a la actuación de un representante, voluntario o legal,²⁶⁵ o ante la autorización otorgada por las

²⁶⁵ Sin embargo, si la imagen ha sido sacada de contexto y aparece la persona netamente individualizada y sin relación con el acontecimiento público no habrá derecho a la difusión inconsulta". CIFUENTES, Santos. "Elementos...", *Ob. Cit.*, p. 81.

²⁶⁵ En un sentido opuesto, la ley 11.723 argentina establece en el primer párrafo de su artículo 31, que el "consentimiento" siempre será expreso y en el supuesto de que el titular viva, deberá manifestarlo "la persona misma". En dicho sentido es el apuntamiento de Cifuentes: "Si bien para autorizar la difusión de la propia imagen hay que tener capacidad, el representante de los incapaces no puede suplir el acto personalísimo del retratado, quien puede negarse si tiene uso de razón o discernimiento. La ley dice que se requiere el consentimiento "de la persona misma", con lo cual establece la necesidad de que exprese ella su voluntad, sin que sea posible suplirlo por otro". CIFUENTES, Santos. "Elementos...", *Ob. Cit.*, p. 81. Seguramente, en Argentina no existen comerciales de pañales, o los que se transmiten son realizados fueran de dicho país.

personas facultadas por la ley para hacerlo en caso de muerte del titular de la imagen.

En el primero de los supuestos enunciados, el de la representación voluntaria, es el típico caso del apoderado artístico del actor, por lo que no presenta ningún problema, salvo que el representante actúe en exceso de sus facultades, situación que deberá resolverse conforme a la legislación civil aplicable, sin que -estimamos- exista regla especial para el caso que nos ocupa.²⁶⁶ Tratándose de representación legal, habremos de distinguir dos situaciones: a) Cuando la imagen corresponde a la de un menor de edad, en cuyo supuesto la doctrina se ha manifestado de acuerdo en considerar que los padres, o quienes se encuentren ejerciendo la patria potestad, o en su caso el tutor, se encuentran facultados para ejercitar este tipo de actuaciones, estando en consecuencia legitimados para hacer valer los derechos patrimoniales que puedan deducirse del ejercicio por el menor de su derecho a la imagen en general;²⁶⁷ y b) Cuando el retrato se trata de un incapacitado judicialmente, los criterios son distintos que en el caso de los menores. Se suele señalar un principio general consistente en que el tutor no puede disponer por el incapacitado sobre facultades o acciones estrictamente personales, como lo son los derechos de la personalidad, en cambio, el tutor

²⁶⁶ Valga la pena preguntarnos de que tipo de facultades tendría que gozar el apoderado para poder autorizar la reproducción y difusión de la imagen de su representado. Si se trata de un poder especial, se tendrá que ajustar a los términos que consten en el documento respectivo. En caso de un poder general, sería necesario uno para actos de administración o para actos de dominio, dependiendo la actividad preponderante del sujeto que otorgó el poder.

²⁶⁷ OLIVEROS LAFUERTA, María Vicenta. *Op. Cit.*, p. 24.

Queremos dejar apuntada la necesidad de un estudio más profundo a fin de determinar, conforme a nuestro sistema jurídico, cuál es el grado de injerencia de los que ejercen la patria potestad en estas cuestiones, ya que tan sólo a primera vista surgen interesantes cuestiones, como si en caso de que sea la imagen del menor reiteradamente se utilice para fines comerciales ¿Podría acaso considerarse su imagen como un bien producto del trabajo y en consecuencia estar en manos del menor la administración y usufructo de la misma? ¿Cuándo la imagen llega a ser considerablemente valuada en el mercado, se requerirá de la autorización judicial para la disposición de la misma en condiciones por abajo de las normalmente aceptadas? Si estas, y otras muchas más, se presentan con el menor sujeto a patria potestad, con mayor razón se actualizan en caso de que se trate de un tutor. Como tales cuestiones no se encuentran directamente vinculadas con el tema central de la presente investigación, no serán objeto de tratamiento, conformándonos con el criterio general apuntado por la doctrina.

se encuentra en posibilidades de ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales, actos estos últimos que no son personalísimos.²⁶⁸ En otras palabras, el tutor podrá demandar el oportuno resarcimiento de daños por un atentado al derecho que el incapacitado tiene sobre la propia imagen, estando imposibilitado, en cambio, para autorizar la publicación del retrato.²⁶⁹

Respecto del segundo de los supuestos planteados, normalmente las legislaciones que contemplan el derecho a la propia imagen establecen la posibilidad de que faltando por muerte el titular de la misma, ciertos herederos o causahabientes se encuentren legitimados para impugnar reproducciones o difusiones no autorizadas, así como para consentir las que estimen convenientes. Tal prerrogativa no es perpetua o indefinida, ya que se prevé, estrictamente, los individuos que podrán ejercerla. Respecto de si esta situación puede considerarse como una transmisión *mortis causa* del derecho a la propia imagen, tal cuestión fue tratada con anterioridad.

La doctrina, así como la ley y jurisprudencia comparadas, se muestran en favor de que la autorización otorgada para la utilización de la imagen de una persona pueda ser revocada, aun si fuera arbitraria.²⁷⁰ Así, se estima que los efectos de la revocación deben hacerse efectivos de inmediato, dentro de un marco de razonabilidad, por parte de quien difunde la imagen, pues a partir de ese momento ya no existe autorización, convirtiéndose la difusión en ilícita, sin perjuicio de lo cual, deberán repararse los daños causados.²⁷¹

²⁶⁸ OLIVEROS LAFUERTA, María Vicenta. *Ob. Cit.*, p. 24.

²⁶⁹ *Cfr.* comentario contenido en la penúltima nota de pie de página.

²⁷⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Ob. Cit.*, p. 204.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 205.

Conforme la LFDA, cuando un fotógrafo desee exhibir una fotografía realizada por encargo, como muestra de su trabajo, requiere de autorización (aunque la ley no lo expresa en su artículo 86, atendiendo a una sistemática adecuada, suponemos que debe entenderse la de la persona o personas fotografiadas). Asimismo, consideramos que en este supuesto, el que originalmente otorgó la autorización, puede validamente revocarla en cualquier momento.

En tanto, el artículo 87 de la LFDA, prevé que el “retrato” (entendámos “retrato” en la acepción amplia que normalmente suele hacerse en la especie, conforme lo señalamos en el numeral 2 de este Capítulo) de un individuo sólo puede “usarse” o “publicarse” mediando el “consentimiento *expreso*” del titular o su representante, o bien, “los titulares de los derechos correspondientes”.²⁷² Aun y cuando poco adecuado, “usarse” ofrece la ventaja en la infinidad de actividades que podrían encuadrar en el supuesto: fijación, reproducción, difusión, entre otras.

Siempre con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se motivaren, la autorización únicamente puede revocarse en cualquier momento por quien la otorgó, salvo que la fotografía se haya realizado a cambio de una remuneración, en cuyo caso no podrá revocarse la autorización, a menos de que se haya destinado en exceso de los términos y condiciones originalmente pactados.

Con notable deficiencia legislativa, comparada con la que existe en otros países -e incluso con las disposiciones que derogó la norma actual-, de manera parca se establece que no será necesaria la autorización cuando: *a)* El retrato forme parte de un conjunto mayor; *b)* El retrato sea tomado en

²⁷² *Cfr. supra* parte final del numeral 2.4 de este mismo Capítulo.

público;²⁷³ c) Cuando el uso o publicación sea con fines informativos; y e) Cuando el uso o publicación sea con fines periodísticos (que desde nuestro punto de vista quedan comprendidos estos fines en el supuesto previsto en el inciso inmediato anterior).²⁷⁴ Abundaremos sobre estas cuestiones en el último Capítulo del presente trabajo.

5 El daño moral.- El artículo 1919 del CCDF, ubicado en el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo V (“De las obligaciones que nacen de actos ilícitos”), reza que “El que *obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como culpa o negligencia inexcusable de la víctima*”. Es el campo de los hechos ilícitos como fuente de los derechos personales de crédito, también llamados obligaciones.²⁷⁵ El ilícito civil,²⁷⁶ como hecho jurídico que

²⁷³ Téngase en cuenta lo apuntado por Novoa Monreal: “Podría entenderse, por una parte, que todo lo que es susceptible de ser contemplado por cualquiera, con los medios naturales de visión, en los lugares públicos, podría también quedar fijado en una placa fotográfica, sin que pudiera advertirse en ello cambio sustancial alguno, salvo el accidente de la inmovilidad de la reproducción (si se trata de la mera fotografía) o de la durabilidad de ella. Conforme a este criterio, cualquiera podría fotografiar en las calles a todo el que se encuentre en ellas, si con ello no afecta ni su honor ni su vida privada. Otros autores son más estrictos y estiman que toda persona tiene derecho a la protección de su imagen aun cuando se encuentre en lugares públicos.

“Sin embargo, una cosa es tomar fotografías de esta clase para archivarlas y otra muy diversa la de utilizarlas luego para exponerlas, para difundirlas o para aprovecharlas en cualquier publicación; pues con ello la fotografía pasa a ser empleada en algo que beneficia al que así procede. Por consiguiente, si se da este último extremo, podría negarse el derecho de hacer uso de las imágenes ajenas captadas mediante fotografía, pues tal uso reporta un beneficio artístico o económico que no puede acaparar para sí el dueño de las fotografías sin considerar los intereses de las personas cuyas imágenes aparecen en ellas”. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 68 y ss.

²⁷⁴ El Código Civil de Quintana Roo se limita a decir que existirá violación si la reproducción o exhibición de la imagen ocurre “sin un fin lícito” (artículo 674), aunque debemos entender que puede existir autorización para tales efectos, habida cuenta de que el interés que se tutela es de índole particular. El artículo 82 de la codificación civil de Puebla prevé como ilícita la exhibición o reproducción de la imagen de un individuo que se efectúe sin “consentimiento” y sin “fin lícito”, y después, en forma un tanto redundante, completa “salvo lo que dispongan las leyes de imprenta”. Obvio es que si la conducta está permitida por una ley, luego entonces desaparece el carácter de licitud en la conducta. Es así como el artículo 31 del Código Civil de Jalisco dice que la exhibición o reproducción de la imagen (o voz) de una persona “sin consentimiento y sin fin lícito”, conforme a los artículos 6º y 7º Constitucionales, es violatoria de los derechos de la personalidad. Sin embargo, este ordenamiento cae en el mismo vicio, pues el artículo siguiente, en forma inútil desde nuestra óptica, afirma que quedan exceptuadas de la protección anterior la imagen (o la voz) de una persona cuando estos sean servidores públicos, “en ejercicio o con motivo de su cargo”.

²⁷⁵ Valga la pena citar la siguiente observación hecha por Domínguez Martínez: “La palabra obligación - apunta Borja Soriano- abarca toda relación; considerada ésta especialmente del lado activo toma el nombre

es (de ahí la incorrecta denominación del Capítulo en el que se regula la figura), a efecto de que produzca la posibilidad de exigencia de una conducta determinada de un sujeto (acreedor) a otro (deudor), requiere se presenten las siguientes características: *a)* Comportamiento voluntario de una persona, por acción o por omisión, con dolo o culpa, porque a nadie puede imputarse que obra injustamente cuando los eventos acontecen por accidente (caso fortuito o fuerza mayor);²⁷⁷ *b)* El comportamiento en cuestión debe realizarse en contraposición de lo establecido en una norma de conducta imperativa o prohibitiva, establecida por la ley o por la

de crédito o derecho personal, y del lado pasivo el de deuda u obligación en sentido restringido" (*Teoría general de las Obligaciones*, 14a edición, México, 1995, pág. 71). En el mismo sentido, Martínez Alfaro, *Teoría de las Obligaciones*, 8a edición, México, 1994, págs. 1 y ss. Gutiérrez y González, *Derecho de las Obligaciones*, 11a edición, México, 1996, págs. 41 y ss., ofrece un detalle de las diversas manifestaciones que pueda haber en las situaciones jurídicas en las que haya un compromiso legal de alguien frente a otro. El arte del deber jurídico como genero al que se le asigna a la obligación también en sentido amplio como una de sus especies la que a su vez tiene como subespecies, a la obligación en sentido estricto (necesidad jurídica de mantenerse en condiciones de cumplir cuando haya acreedor, tal cual sucede en la promesa de recompensa) y al derecho de crédito convencional (necesidad jurídica de cumplir que padece el deudor en una relación por contrato). Además, como otras especies del genero *deber jurídico* está éste en sentido estricto y el derecho de crédito indemnizatorio provenientes de conductas lícitas e ilícitas. El mérito principal de las consideraciones anotadas, está, en nuestro concepto, en el pormenor que ofrecen. El autor reconoce las dificultades que plantea y prefiere, "por facilitar", continuar en sus reflexiones posteriores con la terminología tradicional (plenamente válida para nosotros)". DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, "Convenio y contrato. Replanteamientos sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, S. A., México, 1996, pp. 2 y s.

²⁷⁶ No entraremos a estudiar su relación con el penal, y la eventual concurrencia de ambos, al efecto, Cfr. QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel. "Derecho de las obligaciones", 2a ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, p. 151 y ss; así como SEPULVEDA SANICÓVAL, Carlos. "De los derechos personales, de crédito u obligaciones", 3a ed., Editorial Font, S. A., Monterrey, N. L., 1995, Tomo I, pp. 266 y ss.

Empero, podemos, someramente, distinguir que la infracción del deber de respeto a los bienes de la persona se tipifica en numerosas ocasiones como una conducta sancionada por el Derecho Penal, implicando en algunas otras, además de la correspondiente pena, una responsabilidad civil. Sin embargo, cuando la conducta no está tipificada penalmente, no por ello se deja sin sanción la lesión del bien. "Es entonces cuando nace un auténtico derecho subjetivo: derecho a obtener la reparación" DIEZ-FUADO Luis y Antonio Guillón. *Ob. Cit.*, vol. I, p. 119.

²⁷⁷ Aunque, en tratándose del daño moral, existe el siguiente criterio de un Colegiado:

"RUBRO: DAÑO MORAL. NO ES NECESARIO QUE SU CAUSANTE SEA CONSCIENTE DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO Y LAS CONSECUENCIAS DEL MISMO, PARA QUE PUEDA IMPUTARSE SU CAUSACIÓN.

"TEXTO: No es cierto que para que a un sujeto pueda imputarse la causación de un daño moral, resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, habida cuenta de que los artículos 1916 y 1916 bis en ningún momento exigen como requisito de la acción respectiva la mencionada imputabilidad, sino que solo prevén la causación de un daño, que éste sea consecuencia de un hecho u omisión ilícitos, y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

"PRECEDENTES:

"Ámbito directo 574/94.- Petróleos Mexicanos.- 2 de marzo de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jimenez.- Secretario: Benito Alva Zenteno.

"INSTANCIA: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

"PUBLICACIÓN: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo I, Mayo de 1995, pág. 355".

costumbre; y c) Que el comportamiento cause un daño a otra persona, debiendo existir en consecuencia una relación de causalidad entre la conducta del autor del ilícito y el daño que sufre la víctima, de manera tal que éste sea una consecuencia directa de aquélla.²⁷⁸

El daño puede ser tanto material (pecuniario o económico en el entendido de algunos autores) como moral (o no pecuniario). Y es de este último tipo cuando la lesión recae sobre un bien de orden afectivo, espiritual o sentimental, esto es, sobre bienes inmateriales, categoría dentro de la cual encajan los bienes de la personalidad. Así, se ha definido al daño moral como *“el dolor cierto y actual sufrido por una persona física, o el desprestigio de una persona, física o social colectiva, en sus Derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o no ilícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor”*.²⁷⁹

El daño moral es, pues, el rubro integrante dentro de la reparación por daños y perjuicios, destinada a la difícil tarea de mesurar en dinero el daño producido en las afectaciones íntimas, es decir, en muchos de los intereses tutelados por los derechos de la personalidad. Es de advertir que este tipo de daño no se puede medir, visto que sólo una persona lo sufre y conoce de su padecimiento, sin embargo, el derecho recurre a un medio que no tendrá carácter compensatorio, equilibrando el perjuicio producido con dinero, sino meramente aproximativo que tienda a dar satisfacción a la víctima. El daño moral es, a pesar de su denominación, un daño jurídico en tanto y en

²⁷⁸ Cfr. DE LA PEZA, José Luis. *“De las obligaciones”*, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A. de C. V., México, 1997, pp. 55 y s.

²⁷⁹ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *“Derecho de...”*, *Ob. Cit.*, p. 6182. Esta y otras definiciones de daño moral pueden consultarse en OLIVERA TORO, Jorge. *“El daño moral”*, Editorial Themis, México, 1993, pp. 7 y ss.

De igual manera, para determinar si por la realización de una conducta catalogada por la ley como creadora de una responsabilidad objetiva y productora de un daño moral se puede exigir la reparación correspondiente. Cfr. SEPULVEDA SANDOVAL, Carlos. *Ob. Cit.*, Tomo I, pp. 236 y s.

cuanto es un daño del cual se ocupa el derecho en su fase tutelar y también en su fase reparadora. Cuando se produce un menoscabo o detrimento a los *estados del espíritu*²⁸⁰ y cumplidos los requisitos de la responsabilidad civil debe darse una reparación pecuniaria en concepto de daño moral.²⁸¹

El CCDF contempló, originalmente, el daño moral únicamente en tres de sus preceptos, a saber, los artículos 143 (Tratándose del caso de alguno de los prometidos a cumplir su compromiso de matrimonio o que difiera indefinidamente su cumplimiento, sin que medie causa grave a juicio del juez, supuesto que era el único que contemplaba el daño moral como autónomo e independientemente de que se produjeran daños pecuniarios), 1916 (Cuyo texto original supeditaba la posibilidad de reparación del daño moral a la existencia de daños y perjuicios materiales) y 2116 (Norma que sancionaba la conducta ilícita de destruir un objeto ajeno, con el sólo ánimo de lastimar en sus afectos al propietario, hipótesis que también contemplaba necesariamente la existencia de daños económicos). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982, se reformaron los artículos 1916 y 2116 y se adicionó el artículo 1916 *Bis*, toda vez que “no hay responsabilidad efectiva cuando el afectado no puede exigir fácil, práctica y eficazmente su cumplimiento, que la responsabilidad no se da en la realidad cuando las obligaciones son meramente declarativas, cuando no son exigibles, cuando hay impunidad o inadecuación en las sanciones frente a su incumplimiento”, según reza la exposición de motivos que acompañó a la iniciativa de reformas que el

²⁸⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Ob. Cit.*, p. 214.

²⁸¹ No entraremos a discutir las diversas teorías que para sostener la procedencia o improcedencia de la reparación del daño moral se han elaborado, pues es evidente que la postura legal ha dejado por terminada cualquier discusión al respecto. Cf.: FORJIA SORIANO, Manuel. “Teoría general de las obligaciones”, 11a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989, p. 371 y ss; y GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. “Derecho de...”, *Ob. Cit.*, pp. 686 y ss.

Ejecutivo de la Unión envió a la Cámara de Diputados.²⁸² Posteriormente, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1º de febrero de 1994, fue nuevamente modificado el artículo 1916 del CCDF. El texto vigente de éste y del 1916 *Bis* es el siguiente:

"Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presume que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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

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

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

"Artículo 1916 BIS. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

"En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta".

²⁸² Los textos de la exposición de motivos, de la iniciativa original, así como de los debates que se presentaron para aprobarla en principio y para sancionar la modificación que incluyó la Cámara de Senadores (introducción del 1916 *Bis*) pueden consultarse en "*Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*", disco 2, Primer Año Legislativo de la Legislatura LII, 3, 14, 28 y 29 de diciembre de 1982, Diarios 46, 51, 58 y 59.

Como puede observarse, con esta reforma pretendió el legislador contemplar dentro del marco legal, la regulación de los derechos de la personalidad, así sea únicamente para protegerlos por vía de consecuencia, esto es, cuando el daño se ha consumado. En estos términos lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente criterio, que si no obligatorio, si indicativo:

"RURRO: DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN.

"TEXTO: El artículo 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente "contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación" (Exposición de motivos de la reforma legislativa).

"PRECEDENTES:

"Amparo directo 8339/86.- G.A. y otra.- 6 de abril de 1987.- Unanimidad de cuatro votos.- Fuente: Jorge Olivera Toro.

"INSTANCIA: TERCERA SALA

"PUBLICACIÓN: Semanario Judicial de la Federación, 7a. Época, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, p.g. 98".

La nueva redacción del artículo 1916 del CCDF presenta importantes diferencias con el texto derogado. En primer lugar, precisa el concepto de daño moral como aquella lesión de un interés "indirectamente patrimonial"²⁸³ consistente en la afectación que una persona sufre en sus

²⁸³ Según la terminología de López Monroy. LÓPEZ MONROY, José de Jesús. Comentario al artículo 1916 en "Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal", 1a. reimpresión a la 1a ed., Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, Libro Cuarto-Primera Parte (De las Obligaciones), p. 70.

sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás, independientemente de que se haya o no causado un daño material, provenga de una responsabilidad contractual o extracontractual, comprendiendo incluso los casos que se originan en la responsabilidad objetiva, y en ella pueden incurrir el Estado y sus funcionarios.

Respecto a los bienes que se encuentran previstos en la descripción que realiza el primer párrafo del precepto que nos ocupa, Ochoa Olvera²⁸⁴ profundiza sobre lo que debe entenderse por cada uno de ellos: *a) Afectos*: significa inclinación a alguna persona o cosa; es una pasión del ánimo, por lo que la tutela jurídica recaerá en la conducta ilícita de un individuo que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación de naturaleza extrapatrimonial; *b) Creencia*: Que consisten en un firme asentimiento y conformidad con una cosa, por lo que el agravio moral se constituirá cuando la agresión específica recaiga sobre una idea o un pensamiento al cual el afectado le da completo crédito; *c) Sentimiento*: Que se constituye en un estado de ánimo, en un experimentar sensaciones producidas por causas internas o externas, por lo que el daño se actualizaría por una conducta que nos prive de sensaciones de placer o nos cause un dolor moral; *d) Vida privada*: Que pudiera comprender en un primer acercamiento a todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto, ya sea que los desarrolle individualmente o en el ámbito familiar o íntimo que estime cada persona en particular, de lo que se desprende que la conducta que no respete dichos ámbitos, en principio, estaría vulnerando este bien; *e) Configuración y aspectos físicos*: Conceptos que se encuentran

²⁸⁴ OCHOA OLVERA, Salvador. "La demanda por daño moral", Grupo Editorial Monte Alto, S. A. de C. V., México, 1993, pp. 41 y ss.

relacionados con la apariencia, con el modo de presentarse a la vista de las personas, como lo es la figura de un sujeto, así como su integridad física, por lo que abarcan probables agresiones, de palabra u obra, referidas a la figura física del individuo, y las lesiones que reciba la persona agraviada en su cuerpo y en su salud; *f) Decoro*: Que, para el autor en cita, se integra por el honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra y estimación, que en su conjunto deben entenderse como el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedora de respeto, lo cual es una regla aceptada en el trato social, por tanto, la violación se presenta cuando se daña a una persona en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social donde se desenvuelve y que es donde directamente repercute el agravio; *g) Honor*: Que es la cualidad moral que nos lleva a cumplir con un deber, lo configuran los deberes jurídicos y morales del individuo, por lo que la conculcación se produce cuando contra ellos se atenta; y *h) Reputación*: Que es la fama y crédito de que goza una persona, por lo que el agravio moral se actualiza cuando existen conductas ilícitas que tienen por fin lograr el descrédito o menosprecio del agraviado.

De la enumeración que realiza el precepto en comento del CCDF, no vemos donde pudiera encuadrarse la violación de la imagen en forma autónoma.

Continuando con el análisis del artículo 1916 del CCDF, se desprende de su lectura que la responsabilidad por daño moral no es transmisible a terceros por acto entre vivos, es decir, se cataloga como intransmisible, y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida, porque se supone que si se han herido los valores *intuite personae* del sujeto, y de ello puede obtener una reparación patrimonial, no se justifica la cesión de este derecho a un tercero o la iniciación de la acción por los

herederos, si el autor de la sucesión era el único que podría haber apreciado si existía ésta y no la inició en vida.²⁸⁵

Asimismo, en términos de la redacción del precepto en cuestión, cuando se produce un agravio de índole moral, únicamente se tiene derecho a: a) Una indemnización en dinero, cuyo monto será determinado por el juez, quien deberá tomar en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso;²⁸⁶ y b) En ocasiones, mediante la publicación, a solicitud de la víctima y con cargo al responsable, de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, y cuando el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios de información, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.²⁸⁷

²⁸⁵ *Cfr.* LÓPEZ MONROY, José de Jesús. *Ob. Cit.*, Libro Cuarto-Primera Parte (De las obligaciones), p. 70. Para BOJJA SORIANO, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 376, la *ratio legis* es evitar la especulación.

²⁸⁶ *Cfr.* Crítica que realiza GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de...". *Ob. Cit.*, pp. 698 y ss.

En cuanto a los criterios a utilizar para la valoración económica en caso de un agravio al derecho a la propia imagen, *Cfr.* LÓPEZ OLIVERA SÁNCHEZ, César Netzahualcoyotl. *Ob. Cit.*, pp. 61 y ss.

²⁸⁷ Al respecto, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se ha pronunciado en el sentido que indica la siguiente tesis:

"RUBRO: DAÑO MORAL. LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA QUE CONDENA A RESARCIR EL, SOLO PROCEDE EN AQUELLOS CASOS EN QUE SE HA MENOSCAIBADO O MANCILLADO EL HONOR DE LA PERSONA AFECTADA.

"TEXTO: Acorde con lo preceptuado por el artículo 1916, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que si bien es cierto que se establece como medida idónea de un resarcimiento moral, la publicación de la sentencia que condena a una persona física o moral que resulte responsable de un daño causado; también lo es que esa sanción sólo es procedente en aquellos casos en que el daño moral afecta a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, toda vez que es en esa circunstancia en que el espíritu del legislador, quiso que a través de los medios de información, se diera una reparación natural, por ejemplo, de un honor menoscabado, como lo es una difamación, etcétera, pretendiendo con ello compensar de alguna manera el mal causado, con el ánimo de que por medio de una divulgación, se anule alguna noticia propagada o no; pero no así cuando el detrimento se ocasiona en el aspecto físico, a más de otros males inmateriales de difícil evaluación.

"PRECEDENTES: Amparo directo 326/96.- Hospital Santelena, S. A. de C. V.- 15 de febrero de 1996.- Unanimitad de votos.- Fuente: Víctor Hugo Díaz Arellano.- Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

"INSTANCIA: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

"PUBLICACIÓN: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo III, Marzo de 1996, pág. 911".

Contrasta nuestra regulación normativa con los medios que la doctrina suele contemplar para obtener una reparación de la lesión a un derecho de la personalidad, una vez ocasionado el daño, y que son: *a)* Obtener una reparación *in natura* o en especie, por la cual se publique una sentencia donde consta una retractación o una condena por injurias; *b)* Volver al estado anterior a la producción del daño, cesar o suspender la publicación de fotos consideradas ofensivas, o también aquellas que se hayan reproducido en contra o sin la autorización del titular del derecho;²⁸⁸ *c)* Obtener una indemnización en dinero, que será, según el caso, independiente o complementaria de los dos primeros medios enunciados; y, para algunos autores y tratándose de una violación al derecho al honor, *d)* Derecho de réplica que permita al agraviado reponer en parte la situación. Los anteriores medios no obstan para que existan -llamémosles así- medidas cautelares, que tiendan a evitar los daños que aun no se han producido (así como a inhibir el ataque amenazante), sobre actos que, de llevarse a cabo, conculcarían alguno de los derechos de la personalidad, *verbi gratia*, la acción consistente en impedir la difusión de la imagen no autorizada. Resulta obvio que la amenaza debe ser actual, real e inminente.²⁸⁹

²⁸⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Ob. Cit.*, vol. I, p. 120.

²⁸⁹ "Es muy ilustrativo el criterio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tratar casos de censura a la libertad de expresión, cuando dice "Debe haber proporción entre el fin y la medida aplicada", es decir, cuando se aplique cualquier medida (acción de inhibición, cautelar, etc.) debe tener proporción con la finalidad que se quiere con esa medida, por ejemplo, no sería proporcionado cerrar un periódico con el fin de evitar un ataque a la integridad de las personas" -GHERSI, Carlos Alberto. *Ob. Cit.*, p. 216.

En forma acertada, el Código Civil del Estado de Puebla, plantea en su artículo 88: "Puede ocurrirse a los tribunales para que decreten las medidas que procedan, a fin de que cese la violación a los derechos de la personalidad que se esté realizando, si se efectúa por actos continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de estos mismos derechos". Respecto del derecho comparado, mencionamos tan sólo los siguientes dos ejemplos: el artículo 9 del Código Civil francés contempla en su párrafo segundo que "Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir ciertas medidas, tales como el embargo, el secuestro y otras, propia para impedir o hacer cesar un atentado en contra de la vida privada; estas medidas pueden, en caso de urgencia, ser ordenadas en el recurso". Por su parte, el primer párrafo del artículo 17 del Código Civil peruano establece que la "violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para la cesación de los actos lesivos".

Respecto al artículo 1916 *Bis*, "en forma un tanto inútil y redundante señala que quienes ejerzan sus derechos de opinión, crítica, expresión e información con arreglo a la Constitución, obrando en consecuencia de manera lícita, no estarán obligados a la reparación del daño moral".²⁰⁰

Con base en lo expuesto hasta ahora, podemos observar que el derecho a la propia imagen no tiene una tutela jurídica directa, esto es, que se requiere se produzca un daño, como consecuencia inmediata de una conducta ilícita, a alguno de los bienes comprendidos en el primer párrafo del artículo 1916 del CCDF a efecto de que el sujeto cuyo derecho ha sido conculcado puede accionar la maquinaria jurisdiccional.²⁰¹ A tales efectos, se dice que el daño producido a cualquiera de los derechos de la personalidad no configura un capítulo aparte del daño moral,²⁰² en contrapartida de los que sostienen que el daño a la persona, cuando lesiona uno o más de los derechos de la personalidad, debe ser reparado

²⁰⁰ BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.*, p. 376.

²⁰¹ Así lo sostiene la siguiente tesis jurisprudencial:

"RUBRO: DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN.

"TEXTO: De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 *Bis*, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que esta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 *Bis*, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

"PRECEDENTES: Amparo directo 245/88.- Jorge Alberto Cervera Suárez.- 18 de febrero de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.- Secretario: Noé Adonai Martínez Bermeán.

"Amparo directo 2515/89.- Construcciones Industriales Tek, S. A. de C. V.- 13 de julio de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez.- Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.

"Amparo directo 4451/91.- Magdalena Monroy Centeno.- 11 de diciembre de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Ignacio Patlan Romero.- Secretaria: Yolanda Morales Romero.

"Amparo directo 5435/94.- Víctor Barrera Rojas.- 10 de noviembre de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente: Efraín Ochoa Ochoa.- Secretario: Máximo Ariel Torres Cuevaedo.

"Amparo directo 5685/94.- Humberto López Mejía.- 2 de diciembre de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda.- Secretaria: Florida López Hernández.

"INSTANCIA: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

"PUBLICACIÓN: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 85, tomo I, 5o. C., p. 39, pág. 65.}

²⁰² GILBERTI, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 214.

independientemente del daño moral.²⁹³ Los que sostienen la primera de las posturas mencionadas, consideran que no puede haber una afección íntima o un estado del espíritu agraviado, distinto del sufrido cuando se menoscaba a aquello que tutela los derechos de la personalidad.

Por su parte, atendiendo a las características impuestas por la legislación española, Igartua Arregui²⁹⁴ sostiene que la nueva Ley 1/1982 parte de un concepto de derecho a la imagen como derecho subjetivo acuñado en los sistemas legales europeos tras un largo periodo en el que la protección de ese bien de la personalidad (así como la del derecho al honor y la del derecho a la intimidad) se encomendaba a la acción de responsabilidad civil, reconociéndose por tanto, en gran parte de los sistemas jurídicos continentales este derecho a la imagen como derecho subjetivo, sin que, en consecuencia, sea necesario para alcanzar la protección que se otorga, ni la prueba del daño sufrido, ni la de la culpa del causante ("como ocurre, en cambio, cuando se está en el terreno de la responsabilidad civil"), sino que basta la prueba de la intromisión en el ámbito protegido por el derecho. Continúa este autor:

"El dato de que no se permita la fijación de la imagen sin el consentimiento de la persona afectada es la evidencia más clara del paso de la acción de responsabilidad civil a la creación

²⁹³ "Según la teoría que propone un régimen autónomo, tendríamos el siguiente esquema: supongamos que un insulto lesiona el derecho al honor de una persona, el reclamo al recurrir a la justicia podría consistir, por ejemplo, en pretender una cantidad de dinero que repare el honor dañado y otra cantidad adicional, porque ese insulto lesiona también mis afecciones íntimas. Siguiendo el ejemplo dado, si además del insulto que lesiona el honor tenemos un agravio a la identidad persona, ya tendríamos tres indemnizaciones y así sucesivamente.

"Creemos que la posición correcta es que cada derecho lesionado debe ser indemnizado, teniendo en cuenta todo lo atinente al menoscabo producido y, por supuesto, esto debe ser discriminado en la sentencia, pero serán, en todo caso, capítulos dentro del rubro *daño moral*". *Ibid.*, pp. 214 y s.
Sin embargo, hay que tener en cuenta que esto es cosa distinta de que eventualmente puedan presentarse al mismo tiempo, producto de una misma lesión, un daño moral junto con otro de carácter material. "Piénsese en unas lesiones que produzcan incapacidad para el trabajo al que las sufre, con su consiguiente disminución de ingresos (daños materiales), y, al mismo tiempo, dolores o sufrimientos (daños morales)". DIEZ-FICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Op. Cit.*, vol. I, p. 120. De hecho, recuérdese que el contenido del artículo 1916 del CCDF antes de la reforma de 1982, condicionaba la posibilidad de reclamar un daño moral al hecho de que se hubieran presentado daños de carácter material.

²⁹⁴ IGARTUA ARREGUI, Fernando. *Op. Cit.*, p. 13.

de un derecho subjetivo como método de protección de este bien, pues en el primer caso la mera fijación de la imagen no produce daño alguno y no debe ser perseguida. En un sistema, en cambio, donde el derecho a la imagen se configura como un derecho subjetivo que protege la autodeterminación del individuo respecto al uso de su identidad, la fijación de la imagen tiene que estar protegida”.

Desgraciadamente, la forma en la en que se encuentran estructurados nuestros cuerpos normativos que regulan la materia, nos impiden arribar a conclusiones semejantes a las expresadas por el jurista español, siendo en consecuencia, conforme nuestro derecho positivo vigente, indispensable acreditar el daño sufrido para invocar la protección de este derecho de la personalidad.

Con todo, habría que preguntarnos si todo daño moral es causado por una violación a un derecho de la personalidad y si todo perjuicio causado a alguno de éstos conlleva a exigir la reparación via una acción derivada de un daño moral. No habremos de dedicarnos en este trabajo a dilucidar tal planteamiento. Tan sólo agregaremos que, desde nuestro punto de vista, no a toda infracción al derecho a la propia imagen necesariamente corresponderá una acción para exigir el pago a título de indemnización del daño moral. Procedemos a explicar tal afirmación.

La reproducción y/o difusión de la imagen de un individuo, cuando no exista autorización por parte del titular del derecho o alguna de las causas de justificación que hemos invocado puede acarrear, básicamente, las siguientes consecuencias: *a)* Que únicamente se lesione el derecho a la propia imagen, en los términos en que lo hemos definido; *b)* Que, via lesión del derecho a la imagen, se conculque además el derecho al honor, en virtud de que la reproducción o difusión de que se trate ataque la reputación del agraviado; y *c)* Que, via lesión del derecho a la imagen, se viole también la

intimidad (personal o familiar) del sujeto, en virtud de que, por medio de la reproducción y difusión se dé a conocer a un círculo más amplio del que hubiera deseado el agraviado, determinada circunstancia.²⁹⁵

Resulta claro que en los supuestos considerados en los incisos *b)* y *c)* se produce “la afección que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”, como lo previene el primer párrafo del artículo 1916 del CCDF.

En tanto, el inciso *a)* contempla un supuesto que, en nuestra consideración, puede dividirse en dos planteamientos distintos: *i)* Que no exista ánimo de lucro en la reproducción o difusión de la imagen, en cuyo caso el único remedio legal que procedería para exigir una indemnización por la violación del derecho consistiría en tratar de invocar la existencia de un daño moral, ya que ni uno de naturaleza patrimonial (material) o corporal se causan;²⁹⁶ *ii)* Que exista ánimo de lucro en las conductas previstas, en cuyo caso, el agraviado podría invocar un daño moral (por una violación a su intimidad), e incluso exigir el pago del precio normal que se otorgue como contraprestación en casos similares a otras personas, o una cantidad mayor si la imagen del sujeto fuere objeto constante de comercio y se encontrare notablemente valuada dentro del ámbito de la mercadotecnia. Tal acción devendría no en el mero hecho de la violación del derecho a la propia imagen, sino que junto con ésta, se basaría en el enriquecimiento sin causa (o “ilegítimo” como le llama el CCDF), que se produciría en aquél que, sin razón, se enriquece u obtiene ingresos mediante la reproducción o

²⁹⁵ Podría pensarse en un cuarto supuesto: Cuando, mediando la difusión de la imagen de un individuo, se conculca el derecho a la identidad personal. No entraremos a este supuesto.

²⁹⁶ “El daño, para los efectos de esta figura -se refiere a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos-, puede ser de muy diversas especies: patrimonial, corporal o moral”. DE LA PEZA, José Luis. *CR. Cré.*, p. 56.

difusión de la imagen de otra persona.²⁹⁷ Es de advertir que, tratándose de una persona de las llamadas “públicas” en razón de su actividad preponderante, por ejemplo, dentro del gremio artístico o deportivo, no podrán invocar el sufrimiento de un daño moral, pues es de suyo que los rasgos físicos que los identifican aparezcan dentro de los medios masivos de comunicación frecuentemente, por lo que, salvo que las imágenes pretendan hacerlos afectos a determinados gustos o costumbres que no vayan con la realidad (lo que dentro de la doctrina y jurisprudencia sajona se ha dado por llama *false light*), no podrán legítimamente invocar un menoscabo o daño en sus afecciones. Gústenos o no, la regulación normativa en estos aspectos nos lleva a tales conclusiones. Repetimos, desde nuestra óptica, la imagen, por sí, no se encuentra contemplada dentro de los supuestos previstos en el artículo 1916 del CCDF.

Con todo y que no se encuentra directamente relacionado con el tema que nos ocupa en estos momentos (el daño moral), de obligada referencia resultan algunas de las disposiciones de la nueva LFDA, así sea someramente, en materia de tutela del derecho contenido en los artículos 86 y 87 de la misma, sin menoscabo de lo que sostuvimos en el numeral 3 del presente

²⁹⁷ *Cfr.* PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 132.

En efecto, estimamos que se acreditan los extremos contemplados por el artículo 1882 del CCDF (“El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido”), consistentes en que *a)* se sufrió un empobrecimiento (entendiendo por él no sólo la disminución en el patrimonio, sino también la falta de aumento en el activo pecuniario); *b)* se presentó un enriquecimiento en el patrimonio de un sujeto distinto al que se empobreció; *c)* hay una relación directa e inmediata entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; y *d)* no existe causa legítima para ese enriquecimiento y empobrecimiento. *Cfr.* DE LA PEZA, José Luis. *Ob. Cit.*, pp. 53 y s.; GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “*Derecho de...*”. *Ob. Cit.*, pp. 443 y s.; y SEPULVEDA SANINOVAL, Carlos. *Ob. Cit.*, Tomo I, pp. 189 y ss.

AMAT LLARI, Eulalia. *Ob. Cit.*, p. 17, parece arribar a similares conclusiones, pues afirma que “En materia de utilización de la imagen con fines comerciales el daño moral existe siempre que se produce apropiación, porque el solo uso inconvencido ya es lesivo; además existen siempre daños patrimoniales, aunque pueden ser de poca entidad, como consecuencia del enriquecimiento injusto de los infractores y la indemnización debe comprender ambos aspectos.

“Cuando se trata de una violación de la intimidad el daño producido es sólo moral; cuando se trata de una apropiación comercial de la imagen se producen daños morales y daños patrimoniales. De todas maneras, aunque existan daños morales y patrimoniales el derecho violado es uno sólo y debe tratarse unitariamente”.

Capítulo. El Título XI, denominado “De los procedimientos”, restringe su objeto en su Capítulo I (“Del Procedimiento ante Autoridades Judiciales”), artículo 213, a las acciones “civiles que se ejerciten *en materia de derechos de autor y derechos conexos*”, por lo que no queda comprendido el derecho a la propia imagen, pues no es ni uno ni otro. Los dos Capítulos siguientes (“Del Procedimiento de Aveniencia” y “Del Arbitraje”), parecen ser un poco más amplios, pues comprenden, respectivamente, a las personas que se consideren “afectados en alguno de los derechos protegidos por esta Ley” o situaciones en las “que surja alguna controversia sobre los derechos protegidos por esta Ley”. Sea cual fuere el caso, en relación propiamente con el derecho a la propia imagen, no son aplicables ninguno de los artículos contenidos en los Capítulos referidos, en virtud de no ser facultad del Congreso expedir normas sobre dicho punto en concreto, tal y como lo habíamos anteriormente afirmado. Por su parte, la fracción II del artículo 231 de la LFDA, por virtud de la cual constituye “infracción en materia de comercio”, cuando con fines de lucro, directo o indirecto, se utiliza “la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes”. Dispone el artículo siguiente que, quienes se ubiquen dentro del supuesto aludido, se hacen acreedores a una multa, *sancionada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial*, entre mil y cinco mil días de salario mínimo (general vigente en el Distrito Federal en la fecha de la comisión de la infracción, según reza el artículo 236 del propio ordenamiento), pudiendo aplicarse una “multa adicional” de hasta quinientos días de salario mínimo general vigente *por día*, en caso de que se persista en la infracción. Es de dudosísima constitucionalidad que la LFDA regule en relación con el derecho a la propia imagen, porque, como hemos visto, no se constituye, aunque a veces parezca, como un derecho de autor, lo que aquí pretenderían querer salvar invocando una pretendida “mercantilidad” (recordemos que la materia de comercio es de rango o carácter federal, en

términos de lo dispuesto por la fracción X del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). No nos pronunciaremos al respecto, limitándonos aquí a poner de manifiesto este hecho, aunque no está de más advertir que la norma en cuestión tiende a desalentar la explotación ilegítima de la imagen ajena, lo que en sí es plausible, pero de poco o nada ayuda a la deficiente tutela que existe con respecto al individuo mismo, cuyo derecho a la propia imagen haya sido violado. Sorprende asimismo el hecho de considerar como infracción en materia de comercio la utilización ilícita de la imagen con fines de lucro, y que el órgano competente para aplicar la sanción sea el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, pues, si tomamos en cuenta lo afirmado por el Presidente de la República en la exposición de motivos contenida en la iniciativa correspondiente, tal violación se “traduce en una práctica desleal de comercio”.²⁹⁸

²⁹⁸ De acuerdo con esta opinión se encuentra Amat Llari, para quien el derecho a la imagen se trata de un derecho *sui generis*, mezcla de derecho personal, de propiedad y también de protección de la competencia desleal. *Ibid.*, p. 29.

CAPITULO TERCERO:

LA CARICATURA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sumario: 1. Delimitación de conceptos; 1.1 Libertad de expresión; 1.2 Derecho a la información; 1.3 Derecho de la información; 2. La libertad de expresión como garantía constitucional; 2.1 Generalidades; 2.2 La libertad como garantía individual; 2.3 Extensión jurídica de la libre expresión de ideas; 2.4 Extensión jurídica de la libertad de imprenta; 3. La caricatura; 3.1 Breve referencia de la caricatura como medio de crítica y opinión social; 3.2 Consideraciones adicionales.

I Delimitación de conceptos.- Vistos, en términos muy generales, los contornos doctrinarios, así como la tutela jurídica que pretende ofrecerse con el derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad, en las próximas líneas nos concentraremos a estudiar la libertad de expresión, y su especie que es la de imprenta, para así dar paso a una breve referencia de la caricatura como una de las tantas formas en las que se pueden presentar el ejercicio de estas garantías individuales que establece nuestra Constitución. A tales efectos, estimamos será necesario, en primer término, delimitar los conceptos de libertad de expresión (que a nuestro entender, subsume a la idea de libertad de imprenta, aun y cuando ambas prerrogativas se encuentran previstas en sendos artículos de la Ley Fundamental, con reglas parecidas, pero propias), con los de los derechos a la información y de la información, cuya conceptualización es relativamente novedosa, al grado de que su reglamentación en nuestro país aun se encuentra en proceso de formación.

Uno de los privilegios característicos del hombre es el habla, que lo supone inteligente y consciente, aunque a veces sea irracional y torpe; el habla

entraña una de las aptitudes exclusivas del hombre que lo distingue de los demás individuos vivientes. Su uso social es de primera importancia para la convivencia, ya que facilita la comunicación de las ideas y de los pensamientos, de las opiniones y de los propósitos, coadyuvando al avenimiento y a las convenciones. Originariamente se aplicó a la materialidad de las actividades, en las relaciones familiares y sociales. Con el tiempo se incorporó en el orden político, económico y, por sobre todo, al económico. Posteriormente, se inició su aplicación en materias culturales y científicas y tuvo preponderante intervención en las escuelas de filosofía de Grecia.²⁹⁹

La invención de la imprenta, por el año de 1450, hizo posible el nacimiento de la prensa unos cien años después, difundiendo el pensamiento al restringido círculo de aquellos que supieran leer y escribir. Las noticias manuscritas fueron sustituidas irremediamente por las noticias impresas. Nacieron hojas volantes aisladas que aparecían irregularmente hasta que empezaron a salir los primeros almanaques; después, los compendios semestrales de noticias, pasándose bruscamente al aun incipiente periodismo semanal, en virtud del desarrollo del servicio postal que pasaba una vez a la semana por los principales caminos de las ciudades europeas. Vieron así la luz los primeros periódicos regulares, semanales, en Augsburgo y Estrasburgo, Alemania, en 1609. Existe desacuerdo por parte de los historiadores, respecto de la determinación del primer diario aparecido en el mundo, sosteniendo algunos que fue el *Leipzig Zeitung* alemán en 1660, en tanto que otros afirman que fue el *Daily Current* inglés en 1702.³⁰⁰

²⁹⁹ Cfr. RAZDRESCH, Luis. "Garantías constitucionales. Curso introductorio actualizado", 1a. reimpresión de la 4a. ed., Editorial Trillas, S. A. de C. V., México, 1992, pp. 117 y ss.

³⁰⁰ NIETO BAUTISTA, Sandra. "Análisis filosófico, histórico y jurídico de la libertad de prensa", Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, tesis profesional, México, 1992, pp. 31 y ss.

Tales circunstancias produjeron el recelo y desconfianza de las autoridades, en virtud de que la prensa comenzó a ser un instrumento agudo para combatir el despotismo de los príncipes y la explotación de los hombres por sus semejantes. Consecuentemente, el nacimiento de la censura o, en el mejor de los casos la autocensura, tenía que presentarse más temprano que tarde y, para aquellos que no se ceñían a los dictámenes gubernativos, les perseguía clandestinamente el odio y rigor de la fuerza pública. Los hechos señalados fueron determinantes para que, tras del triunfo del movimiento y pensamiento liberal y después de un largo y tortuoso proceso, se llegará al reconocimiento de ciertas prerrogativas esenciales para el desarrollo de todo individuo, que hasta ese entonces, al menos en el caso de la libertad de expresión, las declaraciones que la defendía eran, cuando más, buenas intenciones.³⁰¹

En este orden de ideas, la manifestación de las ideas en los siglos que precedieron a la Revolución Francesa y las declaraciones de derechos del hombre en las constituciones de las colonias norteamericanas -salvo excepciones relativas a algunos regímenes sociales, como Inglaterra- no

³⁰¹ "Desde finales del siglo XVIII los eruditos se dieron cuenta del nacimiento de un poder y una catadura nueva, de la importancia de la prensa periódica como camino, bien para ocupar puestos eminentes, bien para hacer fortuna. Y como todo rico necesita ilustres antepasados, no tardaron tales eruditos en aprovechar cualquier motivo, cualquier ingreso en una Real Academia o cualquier discurso público, para ocuparse de los orígenes del periódico, manteniendo a lo largo de todo el siglo XIX las más vanipopintas afirmaciones al respecto. Fue un inglés, Samuel Johnson, quien, buscando argumentos para convencer a las Cámaras inglesas de la necesidad de un periodismo libre, publicó en 1758 y en su revista *The Aler* un ensayo en que descubría a Grecia como cuna del periodismo moderno. Si la tesis de Johnson parecía exagerada, muchos defendieron sin embargo, el nacimiento del periodismo en la vieja Roma... Otros prefieren retrasar dicho origen a mucho más tarde, a los siglos XII o XIII... o incluso después, haciéndolo coincidir con los siglos de la imprenta.

"Pero hacer coincidir el nacimiento del periodismo con el nacimiento de la imprenta no aclara tampoco las cosas. Porque la invención de la imprenta fue mucho más un proceso que un hecho y frente a la tradición occidental que sitúa su nacimiento en Europa, con Gutenberg, los chinos afirman haber conocido la imprenta desde el siglo I de la era cristiana, los japoneses hacen remontar al siglo VIII la edición de su primer libro, en el siglo X parece que se editaron en China unos 130 volúmenes, en el siglo XI un alquimista, Pi Sheng, inventó, al parecer, un sistema de tipos móviles similar al inventado siglos más tarde en Europa. Lo mismo sucede con la aparición del papel, conocida por los orientales casi mil años antes que por los europeos". TIMOTEO ALVAREZ, Jesús. *Del viejo orden informativo. Introducción a la Historia de la Comunicación, la Información y la Propaganda en Occidente, desde sus orígenes hasta 1880*, 3a. ed., Editorial Actas, S. L., Madrid, 1991, pp. 17 y s. Sin embargo, pese a las advertencias que realiza este autor, está de acuerdo que la imprenta marcó el despegue (*take-off*) de la información en el mundo occidental. *Cfr.*: la misma obra, pp. 49 y ss.

constituían propiamente un derecho público, entendido como garantía individual que estableciera la obligación de observancia para el aparato estatal, sino que se traducía en un simple fenómeno fáctico, cuya existencia y alcance dependía del arbitrio y tolerancia del poder público. No fue sino a partir de la Revolución Francesa -con la observación aludida de los antecedentes angloamericanos y de algunos fueros españoles-, cuando la libre manifestación de las ideas, pensamientos y opiniones adquirió un carácter jurídico público, incorporándose como garantía individual o derecho público subjetivo en la mayoría de las constituciones de los Estados democráticos, en virtud de su relevancia para el progreso cultural y social de la humanidad, así como para el cabal desenvolvimiento de la persona humana.³⁰²

Lo que en principio fue reconocimiento a nivel de derechos subjetivos públicos contemplados en las constituciones contemporáneas, desde mediados del presente siglo ha sido objeto de incorporación, junto con muchos de los llamados derechos humanos, en instrumentos de carácter internacional. Así, los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 19, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos contemplan la libertad de pensamiento, opinión y de expresión en términos más o menos similares.³⁰³

³⁰² Cf. OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. Voz "Libertad de Expresión" en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, *Op. Cit.*, pp. 2006 y s.

"Esta era considerada una de las libertades básicas del ser humano y constituyó un punto esencial de la ideología liberal del siglo XVIII que se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 en Francia, cuyo artículo 10 expresaba que ninguno debía ser molestado en sus opiniones, aun las religiosas, mientras que la manifestación de ellas no perturbaba el orden público establecido". ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Comentario al Artículo 6° en *"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada"*, 5a. ed., Procuraduría General de la República, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 31.

³⁰³ Cf. los lineamientos que sobre la materia han pronunciado los diferentes organismos internacionales en O'DONNELL, Daniel. *Op. Cit.*, pp. 247 y ss.

Más recientemente, con la premisa de que el hombre sólo es libre cuando sabe para qué es libre, se ha sostenido que la libertad para manifestar ideas y opiniones es inútil cuando no incluye la libertad y el derecho a la información, ya que se entiende que sólo puede opinar y optar conscientemente quien está verazmente informado y no quien está influido o desorientado.³⁰⁴ Esta tendencia ha hecho eco en nuestro texto constitucional, mismo que, a la fecha, no se encuentra reglamentado.³⁰⁵

A estos temas en particular, dedicaremos las páginas siguientes.

1.1 Libertad de expresión.- For libertad de expresión se entiende, en forma llana, el derecho subjetivo de orden público en virtud del cual los individuos pueden manifestar o expresar sus ideas, pensamientos u opiniones.

"Es conveniente observar que esta facultad puede ser ejercida por cualquier medio y, en este sentido se suele distinguir -considerándolas como subespecies de la libertad de expresión- a la llamada libertad de pensamiento u opinión (que alude a la libre manifestación de las ideas a través de un medio no escrito), de la libertad de prensa o imprenta (cuando las ideas son expresadas en forma escrita)... asimismo, cuando las manifestaciones o expresiones respectivas tienen un carácter religioso se les encuadra dentro de la libertad de religión, a la cual se subdivide en libertad de conciencia y libertad de culto; por último, cabe mencionar, como una subespecie más de la libertad de expresión, a la libertad de cátedra e investigación (también conocida como libertad de enseñanza), cuyo ejercicio es garantizado al personal académico universitario".³⁰⁶

³⁰⁴ Castro va más allá al afirmar que "El grupo de garantías que se refieren a la libertad ideológica, no solo comprende a la libertad de expresión del pensamiento, al derecho a la información, a la libertad religiosa y a la libertad de instrucción... sino otras muchas que implícitamente se integran con estas, o que siendo las mismas son denominadas en forma muy diversas: libertad de conciencia, libertad de opinión, libertad de palabra, libertad de imprenta, libertad de comunicación, libertad académica y otras más". CASTRO, Juventino V. "*Garantías y amparo*", 7a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, p. 106.

Para Andrade Sánchez, la "necesidad de recibir información no puede desvincularse de la libertad individual para expresar ideas u opiniones por cualquier medio, pero tampoco debe confundirse con ella. La libertad de expresión es un derecho individual que el orden jurídico otorga en función de la capacidad intelectual y volitiva del hombre considerado en su singularidad, en tanto que el derecho a la información responde a la necesidad de la comunidad de recibir aquella". ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 36.

³⁰⁵ OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *Op. Cit.*, p. 2008.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 2006.

"La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento. En el mundo jurídico, el pensamiento (en tanto pensamiento) no aparece externamente como una libertad jurídicamente relevante ni

Por lo que hace a la libertad de imprenta, a que se hizo alusión, esta se constituye como el derecho del que goza todo sujeto para publicar y difundir las ideas por cualquier medio gráfico. Se le conoce asimismo como la libertad de prensa (En un sentido estricto, pues no comprende los medios masivos de comunicación diversos de los impresos). Curiosamente, probablemente con motivo de la influencia que los medios impresos proyectaron para el reconocimiento de la libertad de expresión como garantía fundamental, el artículo 371 de la Constitución de Cádiz de 1812 expresaba que "Todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes". Esto es, se otorgaba la protección a determinado tipo de manifestación y no a cualquiera. Empero, con acertada visión, Montiel y Duarte¹⁰⁷ señala que la libertad conferida a determinado género de manifestación, supone el principio general de que todo hombre tiene libertad de publicar sus ideas, "y si la aplicación práctica del principio se ha hecho siempre a la publicación que se verifica por medio de la prensa, por mayoría de razón debe entenderse garantizada la que se haga por medio de la palabra; de modo que puede

como un derecho subjetivo: el pensamiento es incoercible y se sustrae a terceros. No puede decirse, entonces, que el hombre sea titular de un derecho a la libertad de pensamiento. Ese derecho aparecerá solamente cuando el pensamiento se exteriorice, o sea, cuando se exprese. Y en ese caso ya deberá hablarse del derecho a la libertad de expresión.

"... Si, en todo caso, técnicas de distinto tipo llegan a penetrar en la mente humana para impedir, coaccionar, deformar o escudriñar el pensamiento, tales mecanismos violan la dignidad personal y la integridad física y psíquica del hombre, y su libertad de intimidad o de secreto, pero no el pensamiento en sí mismo". BIDART CAMPOS, German. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1993, Tomo 1 (El derecho constitucional de la libertad), p. 397.

En términos similares se manifiesta Biscaretti Di Ruffia, para quien de la libertad de pensamiento se derivan la libertad de manifestación exterior del propio pensamiento, la libertad de prensa en virtud de la prevalente importancia que ha adquirido este medio para la primera libertad mencionada, y la llamada libertad de religión. Agrega que en los últimos tiempos, en especial de la literatura anglosajona, ha surgido la denominada libertad de información, que adicional a los significados antes mencionados, se refiere a la libertad, propia de todos los ciudadanos, a ser informados. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1987, pp. 730 y s. Asimismo, *Cfr.* numeral 1.2 de este Capítulo.

¹⁰⁷ MONTIEL Y DUARTE, Isidro. *Estudio sobre garantías individuales*, 5a. ed. facsimilar, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, pp. 224 y s.

establecerse la tesis general de que por el derecho constitucional todo hombre ha tenido la libertad de publicar de palabra aquello mismo que legítimamente ha podido publicar por medio de la prensa”.

Se dice que los regímenes en los que impere la libre emisión de las ideas, la libre discusión y la sana crítica, estarán siempre en condiciones de brindar a la sociedad posibilidades de elevación intelectual; por el contrario, cuando se coarta la manifestación del pensamiento, impidiéndose en consecuencia las polémicas, conversaciones, discursos y conferencias en los que suele traducirse, se prepara para la sociedad humana el camino de la esclavitud espiritual, aparejada de la ruina moral.³⁰⁸ Su carácter, además, las hace complementarias de la libertad de enseñanza, en cuanto facultan a transmitir las ideas, oralmente o por escrito, y a publicarlas mediante impresos.³⁰⁹ En estas condiciones, una de las manifestaciones de la libertad de expresión, la denominada de prensa o imprenta, se configura como uno de los postulados esenciales dentro de los sistemas democráticos, constituyéndose en una condición necesaria para su real y efectiva operatividad.³¹⁰

³⁰⁸ BURGOA, Ignacio. “Las garantías...”, *Op. Cit.*, p. 348.

³⁰⁹ BAZDRESCH, Luis. *Op. Cit.*, p. 117.

³¹⁰ BURGOA, Ignacio. “Las garantías...”, *Op. Cit.*, p. 358. En otra de sus obras, el mismo Burgoa afirma que dentro de un sistema democrático “la ciudadanía debe estar en un contacto permanente con los gobernantes, ejerciendo sobre estos una especie de “control” político respecto de su conducta. En una auténtica democracia, el pueblo jamás debe permanecer indiferente ante la actuación de los titulares de los órganos del Estado. Debe ser un “fiscalizador” o “vigilante” de esta actuación. Su participación en la buena marcha del gobierno no debe contraerse a la mera elección periódica de los titulares de los órganos estatales primarios y dejar que éstos se comporten según su arbitrio, desplegando muchas veces una conducta contraria al orden jurídico y al bienestar general, postergando el cumplimiento de su deber como funcionarios públicos a la satisfacción de sus intereses personales, a su ambición o a su codicia. Sin esa fiscalización o vigilancia constante, la democracia sería una simple mascarada carente de contenido dinámico, que es una de sus notas esenciales...”. BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 7a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989, p. 527.

“La libre comunicación de las ideas y de las opiniones es uno de los derechos más preciados por el hombre en su trato social y en el político; todo hombre debe expresar verbalmente y por escrito su pensamiento con entera libertad, porque, de lo contrario, su personalidad y su actividad resultan refrenadas injustamente; pero debe responder del uso que haga de esa libertad en los casos determinados por la ley, que constituyen los límites de ese derecho”. BAZDRESCH, Luis. *Op. Cit.*, p. 119.

1.2 Derecho a la información.- Como el presente numeral tiene por objeto delimitar el concepto del derecho a la información,³¹¹ a fin de distinguirlo de las nociones de las libertades de expresión y de imprenta que han precedido, omitiremos las referencias históricas innecesarias para nuestro objetivo, así como las discusiones que sobre este derecho se han suscitado en las doctrinas nacional y extranjeras, para referirnos exclusivamente al punto indicado.

Así, en la ya citada *Pacem in Terris*, expedida por Juan XXIII, se declaró "Todo hombre tiene derecho a una información objetiva",³¹² hecho que usualmente es tomado de referencia como génesis del derecho a la información. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el también ya referido artículo 19 de dicho instrumento internacional contempla que "Todo individuo tiene derecho a... investigar y difundir informaciones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

"... Del texto... se advierte que tal derecho es una faceta o aspecto del que tiene como contenido la libertad de expresión del pensamiento, complementándolo y reafirmando. Por este motivo, no es de extrañar que la proclamación del derecho a la información se haya agregado al artículo 6º de nuestra Constitución, que se refiere, según es sobradamente sabido, a la libertad de externar opiniones e ideas por medios escritos u orales...".³¹³

³¹¹ En ocasiones llamado como "derecho al hecho" o, en los países anglosajones, "derecho de conocer". *Cfr.* BALLESTER, Elíe C. "Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación. El público, la información y los medios", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1987, pp. 11 y s.

³¹² BURGOA, Ignacio. "Las garantías..."; *Ob. Cit.*, p. 671.

³¹³ *Ibid.*, p. 674. En el mismo sentido de considerar al derecho a la información como comprendido dentro del derecho a la libertad de expresión. *Cfr.* RUIZ ELBRIDGE, Alberto. "Nuevos conceptos jurídicos para la información" en "El desafío jurídico de la comunicación internacional" (Compilación de Alberto Ruiz Eldredge), Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales, Editorial Nueva Imagen, S. A., México, 1979, p. 59. En tanto, Revel distingue entre libertad de expresión (de ideas) y derecho de informar y de ser informado. Dice de la primera que, en todo Estado democrático, "debe ser reconocida incluso a los embusteros y a los locos", en tanto que el oficio de información conlleva una serie de obligaciones propias que le deberían de caracterizar como objetivo a fin de proporcionar información seria y exacta. Abunda al respecto: "...La prensa -se repite hasta la saciedad- debe ser pluralista. Sin embargo, lo que debe ser pluralista es la opinión, no la información. Según su misma naturaleza, la información puede ser falsa o verdadera, no pluralista. Comprendo bien que toda información no posee ese grado ideal de certeza improbable que no deja lugar a dudas ni a controversias y pone un término a toda discusión. Así, el "pluralismo" no le concierne más que en la medida en que pueda ser dudosa. Puede decirse, en cierto modo, que cuanto más pluralista es una información,

La parte final del artículo 6º Constitucional establece que "... el derecho a la información será garantizado por el Estado",³¹⁴ de lo que se infiere, como denota el término garantizar, que el aparato oficial no se obliga a informar, sino a proteger o asegurar el derecho a la información, lo que se traduce - como consecuencia de su naturaleza de derecho público consistente en la facultad de que todo gobernado exija al ente estatal de que garantice la información- en la imposición de la obligación informativa a cargo de los entes físicos, morales, privados, oficiales, paraestatales o de cualquier otra índole, que determine la ley reglamentaria correspondiente.³¹⁵ Sin la

menos información es... Por esencia, debe tender, en todo caso, a la certidumbre, y, además, existen muchas más informaciones que pueden alcanzarse de lo que se dice en general, con la intención de dispensarse de tenerla en cuenta. El tópico de la objetividad imposible no es, a menudo, mas que pereza... o picardía. En todo caso, cuando se trata de resolver una situación de hecho, la objetividad no consiste, como se dice en virtud de una aberración, en oponer opiniones encontradas en el curso de un debate. Si ambas opiniones reposan sobre informaciones falsas, ¿cuál es el interés del debate?... Cfr. REVEL, Jean-François. *"El convencimiento inútil"* (Traducción de Joaquín Bochaca), 1a. reimprimción a la 1a. ed., Grupo Editorial Planeta, México, 1990, pp. 203 y 207. Por el contrario, Ekmejdjian, apoyándose en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, prefiere agrupar el conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de ideas y noticias bajo el rubro de "derecho a la información", abarcando en él a todo el haz de derechos y libertades que se dirigen a la expresión y a la comunicación pública de las ideas y de las noticias... Cfr. EKMEJDJIAN, Miguel Ángel. *"Derecho a la información"*, Ediciones Trilenta, Buenos Aires, 1992, pp. 1 y ss.

³¹⁴ "Desde luego debe recordarse que la adición al artículo 6º forma parte de un "paquete" de modificaciones constitucionales en las cuales se introduce a nuestro texto fundamental la llamada *Reforma Política*, la cual fundamentalmente tiende a resolver la manera de establecer la representación proporcional, para asegurar a las minorías su presencia y acción política; el reconocimiento a plenitud del interés público del interés de los partidos políticos, lo que desde el nivel constitucional les permite mayor intervención en la vida parlamentaria y en las decisiones políticas en general; y otra serie de disposiciones que dan cauce y posibilidades a las dos metas anteriormente señaladas.

"Todo lo anterior da fundamento a una de las tantas interpretaciones que al nuevo derecho a la información se le ha dado, limitándose tan solo a la Reforma Política, con lo cual se pretende entender que solamente está referida a la información que deben tener los ciudadanos y los partidos políticos para los fines de dicha Reforma, y a la posibilidad de utilización de los medios de información personales o masivos para las mismas finalidades". CASTRO, Juventino V. *"Garantías..."*, *Op. Cit.*, pp. 123 y s. Sirvió de base para esta interpretación, aparte de que la citada modificación constitucional formó parte del paquete de reformas a que alude Castro, que, por primera ocasión en nuestro país, la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procedimientos Electorales, en sus artículos 48 y 49, previó el acceso en forma permanente a la radio y televisión a los partidos políticos para que éstos difundieran sus programas y plataformas, como una prerrogativa inherente a su calidad de entidades de interés público, hecho que fue considerado como una manifestación cierta y concreta del derecho a la información. Cfr. GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel. "Derecho a la información: crónica de un despropósito" en *"Comunicación y Política"*, Editorial Oceano, S. A, México, 1986, pp. 15 y ss. Lo importante, y a la vez lamentable, es que dicho criterio fue el que adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme veremos más adelante.

³¹⁵ Para Bazdresch, en tanto, la reforma en comento obedeció a una inquietud política por abrir al público en general la posibilidad de tener noticia auténtica de los proyectos o planes oficiales y de los medios con que se intentaba mejorar la administración pública. Cfr. BAZDRESCH, Luis. *Op. Cit.*, p. 129.

³¹⁶ Un criterio en contrario manifiesta Castro, para quien del derecho a la información concentra dos vertientes distintas, garantizadas por igual, consistentes en el derecho a informar y en el derecho a ser informado. Ve en la garantía en cuestión la obligación del Estado de mantener informado a todo gobernado de

actualización de dicho supuesto, el mentado derecho tornaría en irrealizable, en tanto que si se hace gravitar sobre los órganos de comunicación masiva no gubernamentales (radio, prensa o televisión), se corre el riesgo de vulnerar, en su perjuicio, las garantías previstas en los artículos 6º y 7º de nuestra Ley Fundamental, al restringirse a proporcionar información según los criterios que en el ordenamiento reglamentario se prevean, a pretexto de una veracidad, probablemente, muy relativa.³¹⁶

las noticias que tienen derecho a conocer las personas, pues el Estado produce o transmite información. Kecala el mismo que los sujetos activos del derecho lo son todos los individuos y no, como comúnmente se cree, únicamente los medios masivos de comunicación conformados por la prensa, radio, televisión, cinematografía y demás similares. Cf. CASTRO, Juvenito V. "Garantías...", *Ob. Cit.*, pp. 124 y s.

Andrade Sánchez se inclina por sostener que este derecho tiene por objeto preservar un derecho de índole social, catalogándolo como un derecho público colectivo que plantea la solución normativa de las relaciones entre la sociedad y los medios de comunicación social: "Es el derecho a ser informado por ellos con veracidad, objetividad y profundidad, y también el derecho a lograr el acceso a los mismos. El Estado tiene el ineludible deber, mediante normas generales, de cumplir esta misión reguladora. Su acción, por supuesto, no puede ser arbitraria, pero ello se garantiza por el hecho mismo de que sea a través de una ley, como participe en estas relaciones..."

"El derecho a la información es, entonces, un derecho social frente a los multiplicados medios de comunicación: no un derecho de estas frente al Estado, el cual está garantizado por otras muchas disposiciones jurídicas bajo cuyo amparo se ha desarrollado." ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Ob. Cit.*, pp. 36 y s. En el mismo sentido de considerar el derecho a la información como garantía social, en contraposición de la libertad de expresión como garantía individual: Cf. a MELGAR ADALID, Mario. "El derecho a la información" en "Revista de la Facultad de Derecho", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XLIII, Núms. 189-190, Mayo-Agosto 1983, p. 105.

Al parecer, lo único cierto es que, en aquellos años de finales de los setenta y principios de los ochenta, y probablemente aun en la actualidad, el contenido del derecho a la información se presenta como una galimatías que dista mucho de ser decifrado a cabalidad. Cf. RODRIGUEZ CASTAÑEDA, Rafael. "Prensa veracidad. Una historia del periodismo mexicano y su vínculo con el poder", 1ª. ed., Editorial Grijalbo, S. A. DE C. V., México, 1988, pp. 181 y ss., en donde se ilustra el devenir de los intentos de José López Portillo por reglamentar el derecho que en 1977 se insertó en la Constitución, durante todo su sexenio. Al final, cansado, escribió en sus memorias: "En los últimos seis años los medios y sus representantes la ejercieron en la medida de su posibilidad. Ninguno fue forzado... Se quiso orientar la información y se abrió el cauce de la libertad con derechos y obligaciones, pero cuando se disputaba el criterio del gobierno para actuar de una o de otra manera y no había la certidumbre de que el propósito iba a causar el bien general, se optó por la libertad. No me arrepiento de haberlo hecho así." (p. 228).

³¹⁶ Cf. BURGOSA, Ignacio. "Las garantías...", *Ob. Cit.*, pp. 682 y s. Este autor agrega que en la reglamentación en cuestión tendrían que establecerse los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso informativo, cuestión que, sumada a la imposibilidad de comunicar noticias con absoluta veracidad y con prescindencia de criterios subjetivos que la alteren, la ley reglamentaria de la materia presentaría aspectos sumamente negativos y perjudiciales para la libertad de expresión de las ideas. Cf. en la obra en cita, p. 684.

"Pero desde un principio de advirtió la muy enorme dificultad de detallar los extremos de ese derecho, a fin de evitar el gravísimo perjuicio que podría sobrevenir por la exigencia de satisfacerlo en asuntos delicados, mayormente en los de carácter político, así como el mal uso que puede darse a la información sobre ciertos propósitos o decisiones en materias delicadas por su naturaleza o por su trascendencia, mal uso que fácilmente podría producir alarma o meras protestas anticipadas; por todo lo cual inmediatamente se tuvo conciencia de la imprescindible necesidad de reglamentar adecuadamente el derecho a la información en su calidad de garantía constitucional, como un derecho del hombre, y aunque desde luego se intento esa reglamentación, hasta el momento no se ha expedido, seguramente por la enorme dificultad de precisar sus extremos, a fin de que el ejercicio de ese derecho no resulte en la practica nocivo a la sociedad o a la administración pública. BAZDRESCH, Luis. *Ob. Cit.*, p. 120.

Según el disco compacto "JUS6" de la Suprema Corte de Justicia, el único criterio que existe por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el texto constitucional que nos ocupa, fue vertido con motivo de la demanda de amparo que interpuso el, ya varias veces citado en este trabajo, Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, con motivo de la negatoria que dictó el Secretario de Hacienda y Crédito Público para proporcionar datos concernientes a la deuda pública externa de México.³¹⁷ No abundaremos en los detalles que se persiguieron con tal solicitud, en las sentencias, también negativas, del Juez de Distrito y de la Sala Administrativa de la Suprema Corte, ni a las conclusiones que con tales motivos arriba el distinguido jurista.³¹⁸ La tesis es la siguiente:

"Octava Época.

"Instancia: Segunda Sala.

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

"Tomo: X-Agosto.

"Tesis: 2a. I/92.

"Página: 44.

"INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La adición al artículo 6o. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de las que se desprende que: a) Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada "Reforma Política", y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos. b) Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria; y c) Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que

³¹⁷ Sin embargo, López Ayllón muestra en su obra la existencia de cuando menos siete precedentes, sin que sean jurisprudencia, que si bien no se refieren directamente al derecho en cuestión, en el texto que desarrollan lo tocan cuando menos en forma incidental. Cf. LOPEZ AYLLÓN, Sergio. "El derecho a la información" (Presentación de Jorge Carpizo), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 271 y ss.

³¹⁸ Información que se puede consultar en BURGOA, Ignacio. "Las garantías..."; *Op. Cit.*, pp. 687 y ss.

cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea en favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente.

"Amparo en revisión: 10566/83. Ignacio Burgos Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E."

La manera en la que se encuentra redactado el derecho a la información en el precepto constitucional que nos ocupa, la interpretación de que ha sido objeto por parte de la máxima autoridad jurisdiccional de nuestro país, así como la falta de disposiciones legislativas secundarias, ya sea en una ley reglamentaria o en preceptos contenidos en diversos ordenamientos, federales o locales, según la materia de que se trate, hacen que -como indica Burgos-³¹⁹ no sea sino "una mera declaración utópica que solamente envuelve un simple propósito irrealizable".³²⁰

Para el 28 de enero de 1995 se creó la Comisión Especial de Comunicación Social de la Cámara de Diputados, "con el mandato de consultar a la ciudadanía y recoger opiniones para que hagan efectiva y salvaguarden la libertad de expresión, amplíen (*sic*) y fortalezcan el derecho a la información, adecuen el marco jurídico a las transformaciones ocurridas en el ámbito de la información y la comunicación u propicien los versátiles cambios tecnológicos en los medios impresos y electrónicos".³²¹ Dentro del

³¹⁹ *Ibid.*, p. 692.

³²⁰ "Así, en la actualidad el derecho a la información es un mero postulado, ciertamente constitucional, pero del todo lírico o ilusorio, mientras no se decreta su reglamentación". RAZIDRESCII, Luis. *Cib. Civ.*, p. 120.

³²¹ "Consulta Pública en materia de comunicación social". Relatoria de los foros regionales de consulta (versión preliminar), Comisión Especial de Comunicación Social, LIV Legislatura de la Cámara de Diputados, 25 de octubre de 1995, p. 4.

marco de sus trabajos, previa convocatoria pública, se llevó a cabo la Consulta Pública en Materia de Comunicación Social mediante la celebración de sesiones en diez ciudades del país del 8 de junio al 11 de julio de 1995, en las que se abarcaron diversos temas generales. De las propuestas presentadas, las corrientes en pro y en contra de regular el derecho a la información se condensaron de la siguiente forma:

a) No era conveniente reglamentar el derecho a la información, sobre todo por el temor de que el Estado limite este derecho. Los argumentos que se invocaron fueron los siguientes: i) No se debería legislar si el gobierno no señala con claridad hasta donde está dispuesto a llegar en la reglamentación del derecho a la información; ii) Mientras no se legisle sobre democracia es imposible hablar de legislar en materia de información; iii) Legislar el derecho a la información podría convertir a algunas personas o grupos en inquisidores; iv) No es necesario legislar respecto a las libertades de expresión y prensa porque lejos de garantizarlas se podrían coartar; v) El Estado, simplemente, debería garantizar el respeto a las libertades; y vi) Con sólo apegarse a lo dictado en los artículos 6º y 7º Constitucionales sería suficiente para garantizar las libertades de expresión y prensa.³²²

b) Los que sostuvieron la reglamentación del derecho a la información, propusieron los siguientes aspectos: i) Todos los ciudadanos deberían tener acceso a cualquier tipo de información que soliciten y por parte de cualquier instancia pública o privada; ii) Debería legislarse sobre medios de comunicación, erradicando monopolios informativos, para que se garantice el acceso de la sociedad civil a los medios de comunicación; iii) La ley del derecho a la información debería definir las necesidades y distinguir las responsabilidades de cada persona; iv) Debería reglamentarse de tal manera

³²² *Ibid.*, p. 41.

que se tenga acceso en forma clara, expedita y oportuna a la información; *v)* Se propuso reglamentar de tal manera que se logre un equilibrio entre las garantías individuales (libertad de expresión) y el derecho social (derecho a la información); *vi)* Se consideró necesario contar primero con una reforma político electoral para poder reglamentar; *vii)* Se propuso la promulgación de la ley reglamentaria del derecho a la comunicación social y el derecho a la información, definiendo conceptos como comunicación social, garantías, derechos y responsabilidades de los comunicadores, publicidad, entre otros; *viii)* La reglamentación debería hacerse procurando evitar la actual relación corrupta entre prensa y Estado; y *ix)* Al reglamentar se debería consultar a la sociedad, a las instituciones académicas y a los medios de comunicación.

Consideramos prudente también mencionar que, del resultado de la consulta pública, se propuso la reglamentación coherente y protectora de la privacidad de los individuos (el documento habla de “ciudadanos”). Sin embargo, tal y como sucede en la Ley de Imprenta cuando se refiere a los ataques a la vida privada,³²³ las propuestas versaron mayormente sobre ataques al honor o a la reputación. Por supuesto, el tema del derecho a la propia imagen, por sí, no fue incluido. Las propuestas versaron sobre: *a)* Que la libertad de expresión respete irrestrictamente la privacidad de los ciudadanos e impida exhibirlos ante la sociedad a través de injurias y difamaciones; *ii)* Evitar proporcionar información sobre detenciones policíacas o sobre participación de individuos en hechos delictuosos, en los cuales su responsabilidad no haya sido judicialmente comprobada. Esto evita la publicación del nombre de víctimas que sean menores de edad, o de delitos como la violación; *iii)* Garantizar el derecho de privacidad de los ciudadanos; los personajes públicos tienen derecho a que su vida privada sea respetada; el respeto a la privacidad implica omitir la difusión de noticias de personajes en

³²³ *Cfr. infra* numeral 2.1 del Capítulo Cuarto.

actos no públicos; iv) Establecer medidas que eviten la manipulación informática, incluyendo aquellas que violen la privacidad de las personas; y v) Proteger la privacidad de las personas de la posible obtención subrepticia de información confidencial en las redes digitalizadas.³²⁴

Probablemente con base en las propuestas recogidas en las consultas públicas a que nos hemos referido, a mediados del año pasado se circuló un anteproyecto de Ley Federal de Comunicación Social.³²⁵ Omitiremos los evidentes vicios de inconstitucionalidad de diversos preceptos de dicho anteproyecto de la ley, cuyo objeto es “reglamentar los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Artículo 1º). Se considera en el mismo que el “derecho a la información comprende el deber del Estado de informar sobre los actos públicos, y el derecho de los individuos a estar informados de los hechos relevantes para el ejercicio pleno de la ciudadanía en un Estado democrático de derecho. En consecuencia, se garantiza el acceso a las fuentes públicas de información, dentro de los límites establecidos en esta ley” (Artículo 6º). Asimismo, se define a los medios de comunicación como “los órganos periodísticos que tienen como principal actividad la investigación, recolección y difusión pública de hechos noticiosos, por medio de la prensa, la radio, la televisión y las autopistas informáticas de información”. En tanto, el Capítulo IV, “De la vida privada, la moral y el orden público”, hace referencia a los límites del ejercicio de “las libertades de expresión y de información”, de los que nos interesa resaltar los siguientes artículos:

“Artículo 17º. Se considerara una intromisión ilegítima al derecho a la vida privada:

“I. La divulgación de hechos relativos a la esfera privada de una persona o familia que afecten su reputación y su buen nombre, así como la revelación o publicación de cartas, memorias u

³²⁴ “Consulta pública en materia de comunicación social”, *Ob. Cit.*, pp. 49 y 50.

³²⁵ El texto en el que nos basamos es en el extracto publicado en “*El Universal*”, Primera Sección, México, 6 de octubre de 1996, p. 20, y 7 de octubre de 1996, p. 22.

otros escritos personales de carácter íntimo, sin autorización expresa de su titular o de sus herederos, en su caso.

"II. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su esfera privada.

"III. La utilización de la voz y/o de la imagen de una persona para propósitos comerciales o de naturaleza similar, sin autorización expresa del sujeto concerniente.

"Artículo 18". No constituirán intromisiones ilegales en la vida privada:

"I. La captación, reproducción o publicación por cualquier medio, de la imagen de personas cuando éstas ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público;

II. La utilización de la caricatura de dichas personas en los medios de información, de acuerdo con las prácticas periodísticas.

"Artículo 19". La evaluación crítica de los órganos del Estado y de quienes ejercen cargos públicos constituye un derecho y una responsabilidad de los medios de información en un Estado democrático de derecho. En consecuencia, no podrá considerarse motivo de pena o sanción toda crítica a instancias públicas y a quienes en ellas laboren, siempre que no viertan frases injuriosas".

Como se observa, encontramos en alguna disposiciones de este anteproyecto, una regulación más detallada del derecho a la imagen, en la que sin duda se han tenido en cuenta las legislaciones que sobre la materia existen en Francia y España. por lo que para los comentarios correspondientes, nos remitimos a los numerales 1.1 y 1.2 del Capítulo Cuarto.

1.3 Derecho de la información.- Nos dice Méjan³²⁶ que, tradicionalmente, el derecho "a" la información cubre dos campos o vertientes.

En una de ellas se tendrían las normas que regulan la actividad que consiste en hacer de la información una actividad profesional dedicándose a todos los pasos del proceso de la misma: recabarla, catalogarla, procesarla,

³²⁶ MEJAN, Luis Manuel C. "El derecho a la intimidad y la informática", Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, pp. 61 y s.

normalmente asociándola con otra información, conservarla y usarla. En la segunda vertiente, se cubre un anhelo del individuo, el conocer las cosas que se relacionan con él y con su entorno, esto es, en la facultad de recibir información, de conocer, de estar enterado.

Una corriente considera a la segunda postura o vertiente como un derecho diverso y que es el que propiamente debe llamarse derecho "a" la información, en tanto que el primero opta por denominarlo derecho "de" la información. De tal suerte, el derecho de la información se constituye como la manifestación de una garantía de ocupación.

Quienes esto comparten, sostienen que, así como el trabajo y el derecho a trabajar constituye el núcleo sobre el cual se edificó la disciplina jurídica que se denomina el derecho del trabajo, la información y el derecho a la información ha generado el derecho de la información, puesto que éste busca sistematizar y ordenar los diversos instrumentos e instituciones jurídicas que corporizan el derecho "a" la información, conforme a los principios básicos de este último.

De lo anterior se infiere que *"el derecho de la información constituye una totalidad estructurada alrededor de unos principios esenciales diseñados para proteger el derecho a la información, es decir, el derecho a dar, recibir y buscar información"*.³²⁷

³²⁷ ZAFFORE, Jorge. *"La comunicación masiva. Regulación, libertad y pluralismo"*, Ediciones Del'alma, Buenos Aires, 1990, p. 23.

En virtud de que no haremos mayor referencia, valga el momento para agregar que, dentro de toda esta teoría que -por la confusión que luego suele existir entre los derechos que se manejan, conforme ha quedado manifestado en las páginas anteriores- se encuentra en plena elaboración, se invoca también la existencia de un derecho a la comunicación, entendido éste como el regulador de los contenidos virtuales y exteriorizaciones del derecho a comunicar: derecho a hablar, a ser oído, a ser contestado, de réplica, de escuchar, de ver, de ser visto, de no expresarse por escrito o por la imprenta, de expresarse en forma de arte, de seleccionar la comunicación, etcétera. Este instituto sería el común denominador de un conjunto de derechos, cuyo carácter polémico no arranca de los principios que enuncia, sino de las tendencias reglamentarias que se le atribuyen. Cfr. BALLESTER, Eitel C. *Op. Cit.*, pp. 12 y s.

2 La libertad de expresión como garantía constitucional. Como hemos visto, aun cuando se encuentran íntimamente relacionados los conceptos a que nos hemos referido en las páginas anteriores, se constituyen como institutos jurídicos distintos, esto es, si bien resulta de explorado derecho que la libre manifestación de las ideas se constituye como una prerrogativa de todo gobernado oponible al órgano estatal y sus autoridades, es decir, como una garantía individual, también es cierto que esa expresión, esa manifestación de las ideas, o, para utilizar las palabras del artículo 7º Constitucional, el “escribir y publicar escritos sobre cualquier materia”, puede abarcar un amplio espectro de realizaciones concretas, y en tal sentido parece que debemos entender la reforma de 1977 al artículo 6º de la Ley Fundamental. En efecto, somos partidarios de la opinión sustentada por Revel,³²⁸ en el sentido de que se debe distinguir la tarea u oficio de informar, de la libre manifestación de las ideas, sin embargo, estamos también conscientes de la observación formulada por Ekmejdjian,³²⁹ quien acertadamente indica que “es muy difícil separar la publicación de ideas de las noticias, ya que es prácticamente imposible ser objetivo en la difusión de estas últimas, porque la extensión, ubicación y tratamiento que se da a la noticia, ya está demostrado - de algún modo - una toma de posición ideológica respecto de ella”. De hecho, consideramos que ni siquiera es necesario llegar al momento en que se

Observese la aclaración de López Ayllón, en el sentido de que la dificultad de regular este derecho deviene del hecho de que la comunicación y la información no son en sí mismas un objeto de regulación jurídica, sino que lo propio de esto son los sujetos del derecho y los contenidos, traducidos en obligaciones y facultades específicas. Cfr. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. “Derecho de la información”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill/Interamericana, S. A. de C. V., México, 1997, p. 5.

Para un mejor entendimiento del tema, puede consultarse la bibliografía mencionada en el presente numeral, así como MOLINERO, César. “Teoría y fuentes del derecho de la información”, 2a. ed., Escuela Superior de Relaciones Públicas, EUP, S. L., Barcelona, 1995, 238 pp.; O'BRIEN, David M. “El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional” (Traducción de Agustín Barona), Publgrafics, S. A., México, 1983, 245 pp.

³²⁸ REVEL, Jean François. *Op. Cit.*, p. 207.

³²⁹ EKMEJDJIAN, Miguel Ángel. “El derecho a la información”, *Op. Cit.*, p. 2.

determina la "extensión, ubicación y tratamiento" de la noticia por parte de un medio de comunicación (prensa escrita, radio, televisión o cualquier otro medio análogo), pues desde el instante en que el Jefe de Información del medio selecciona que noticias formarán parte del material a difundir, así como los actos o eventos que se deben cubrir por parte del equipo de periodistas, conforme a criterios muy personales o a los lineamientos que dicte la empresa o el Consejo Editorial, se presenta un grado considerable de subjetividad en la valoración de la información, o de lo que eventualmente podría llegar a serlo.

Pero, como veremos más adelante, la caricatura se nos presenta, comúnmente, como el medio de ridiculizar, satirizar o criticar a un personaje de notoriedad pública, de lo que resulta claro que la misma se constituye como un vehículo de la libertad de expresión u opinión, en su vertiente específica contemplada en el artículo 7º Constitucional, toda vez que para su manifestación (Conforme la entendemos para los efectos del presente trabajo) se requiere la fijación de los trazos del dibujante en una superficie adecuada y que, normalmente, la práctica indica su publicación en la llamada prensa escrita (diarios, periódicos, revistas, folletos, etcétera), dentro de lo que se conoce como sección editorial, lo que viene a confirmar su carácter de postura personal (o del medio que la publica, en el caso de los diarios norteamericanos) de quien la realiza. En vista de lo anterior, hemos de enfocarnos a tratar la libertad de expresión en los dos aspectos que contempla nuestra Constitución, es decir, de lo general a lo particular.

Cabría ahora preguntarnos de qué manera o en qué momento podría presentarse ante el juzgador la ponderación entre la libertad de expresión, como garantía individual, y el derecho a la propia imagen, como derecho de la personalidad. Tal situación, es claro, se presentaría hasta el momento en que

se tramite y resuelva el juicio de amparo, esto es, primeramente el agraviado por la violación del derecho a su imagen tendría que demandar civilmente, la ilegal reproducción de su imagen en un material fijo (en nuestro caso, por medio de la caricatura). De ser procedente la demanda, y que ésta prohíba o impida al caricaturista el continuar con la exhibición de la imagen dibujada, o la reparación por el daño causado (que francamente no nos imaginarnos como podría ser determinada y cuantificada, según hemos consignado con anterioridad), el autor de la caricatura podrá intentar la segunda instancia, y en caso de confirmación de la sentencia, invocar la protección de la justicia de la Unión por violación a las garantías contenidas en los artículos 6 y 7 constitucionales y, en consecuencia, de los numerales 14 y 16 del mismo cuerpo legal.

Caso distinto es si un particular se siente agraviado en su derecho a la propia imagen y realiza actos tendientes a que el caricaturista no efectúe su labor, caso en el que no se estará en el supuesto de una violación de las garantías individuales invocadas, sino en el de la comisión de algún ilícito de carácter civil o penal (si bien estas normas protegen o tutelan los mismos bienes jurídicos).

En todo caso, el hecho de que las libertades de expresión y de imprenta se encuentren dentro de la parte dogmática de la Constitución, esto es, consideradas como garantías individuales y en consecuencia se constituyan como derechos públicos subjetivos, cuyo obligado en no infringir dicha prerrogativa es el Estado y sus autoridades, no significa que los particulares no se encuentren constreñidos de igual manera. Así lo hace ver la siguiente tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

⁴⁴Instancia: Pleno.

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

"Epoca: 5A.

"Tomo: 1.

"Página: 473.

"LIBERTAD DE IMPRENTA.

"Es obligación estricta, tanto para los particulares como para las autoridades, guardar respeto a la manifestación del pensamiento, y no coartar la circulación de los impresos en que aquel se consigne, mientras no se traspasen los límites establecidos en la Ley Fundamental.

"Amparo penal. Revisión del auto de suspensión. Cisneros Peña Arturo. 18 de octubre de 1917, Mayoría de diez votos. La publicación no menciona el ponente".

Lo que sucede, como ya afirmamos anteriormente, es que las formas de tutela jurídica al bien en cuestión son distintas cuando la conducta lesionante proviene de un acto de autoridad, que cuando es provocada por un particular, o el Estado actuando como tal.

Debemos señalar que la presente tesis se constriñe a determinar si la caricatura, como ejercicio de la libertad de expresión (imprensa) eventualmente causaría una violación del derecho a la propia imagen del individuo cuyos rasgos han sido delineados por el caricaturista, sin que entremos a detalle alguno por determinar la procedencia de la demanda de amparo, ni a ninguna especificación procesal. Esto es, nuestros objetivos son meramente teóricos, que desde luego pueden plasmarse en un caso concreto, sin embargo, no será tal nuestro planteamiento.

2.1 Generalidades.- Ya en otra parte del presente trabajo se hizo somerísima referencia al concepto ideológico de la persona como fin trascendente en sí mismo, derivada tal naturaleza de su dignidad como ser racional capaz de querer y entender, lo que nos conduce a entender la subsistencia y libertad de la persona como única explicación satisfactoria de la existencia humana. Es la dignificación del hombre como tal.

Bajo estas premisas, todo individuo tiene una teleología que perseguir, estribando dicha finalidad en la obtención de su felicidad o bienestar, que a su vez se traduce en una situación subjetiva de satisfacción permanente, con independencia del estado real en que la persona se encuentre o de las circunstancias materiales que le rodeen.³³⁰ Como es obvio, cada persona al realizar o pretender realizar su propia felicidad, se establece los fines u objetivos que considere necesarios, los cuales estarán determinados por los innumerables factores que confluyen en la conformación de la personalidad (en su acepción psicológica y no jurídica) del sujeto, lo que en vía de consecuencia trascenderá en la selección de los medios, idóneos o no, para la consecución de las metas que se ha fijado, y en el entendido de que tanto en los fines como en los medios el individuo debe obrar por sí mismo, aunque influenciado por los factores indicados.³³¹

"La libertad del ser humano es el derecho de elegir entre varias opciones, la que mejor le convenga a sus intereses, para hacer realidad sus fines que previamente se ha impuesto; es más, tales fines que se impone el hombre, derivan también del ejercicio de su libertad. En estas condiciones, puede sostenerse que ese derecho del hombre (la libertad), se da tanto por lo que hace a la adopción de las metas que serán propicias para la superación de determinada persona, así como a la elección de los medios por los que se llegará a los multitudinosos fines o metas. En esa forma se presenta la libertad humana".³³²

Y es precisamente en este punto donde la libertad se ostenta relevantemente. Para Burgoa,³³³ "Esta es, en términos genéricos, la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de

³³⁰ BURGOA, Ignacio. "Las garantías...". *Ob. Cit.*, p. 303.

³³¹ Como no será de nuestro interés referenciar las similitudes y diferencias de las libertades públicas o políticas con las civiles, así como el encuadre de las libertades de expresión y de prensa en ellas, *Cfr.* HAURIOU, André. *et al.* "Derecho Constitucional e instituciones políticas" (Traducción, adaptación y apéndice sobre el Derecho Constitucional y las instituciones políticas de España, con un análisis de la Constitución de 1978, a cargo de José Antonio González Casanova), 2a. ed., Ariel, S. A., Barcelona, 1980, pp. 222 y ss.; así como DUVERGER, Maurice. "Instituciones políticas y Derecho Constitucional" (Traducción de Bidro Molts, Jorge Solé-Tura, José Ma. Vallés, Eliseo Aja y Manuel Gerpe), 5a. ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, pp. 90 y ss.

³³² DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. "La libertad de expresar ideas en México"; Editorial Duero, S. A. de C. V., México, 1995, p. 17.

³³³ BURGOA, Ignacio. "Las garantías...". *Ob. Cit.*, p. 304 y s.

concebir los fines y de escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular³³. Dicha potestad se bifurca en dos aspectos fundamentales: a) La elección de objetivos vitales y de conductos para su realización puede tener lugar inmanentemente, es decir, sólo en el intelecto de la persona, lo que se traduce en una libertad subjetiva o psicológica, que nunca se exterioriza y, en consecuencia, totalmente ajena al campo del Derecho;³⁴ b) Al no conformarse el individuo con meramente concebir los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura darles objetividad, surgiendo así la libertad social o, dicho en otras palabras, la facultad del individuo de poner en práctica tanto los conductos como las metas que se ha forjado, lo que conduce necesariamente a una exteriorización, a un reflejo en el mundo material, a la realización de una conducta, y luego entonces, objeto del Derecho. Ahora bien, La libertad abstracta del individuo no es susceptible de desplegarse de manera general, sino que debe manifestarse específicamente de diferentes maneras y en diversos ámbitos o terrenos, esto es, se transforma en libertades específicas que no es sino consecuencia o derivación de la libertad social genérica.

Como su denominación lo pone de manifiesto, la llamada libertad social no es absoluta, sino que, en atención a un principio de orden que debe regir en toda comunidad humana y que se encuentra normalmente plasmado en normas jurídicas, es acotada por restricciones o limitaciones, las cuales serán tema del Capítulo siguiente.

2.2 La libertad como garantía individual.- “La historia del hombre es la historia de su libertad y de las instituciones que la consagran, frente a los desmanes del poder público. La suprema desventura de la humanidad ha

³³ En otras palabras, se traduce en la libertad de pensamiento, como bien afirma Bidart Campos, según hemos visto en el numeral 1.1 del presente Capítulo.

radicado -en forma frecuente-, en el ejercicio del poder desviado de su verdadera finalidad, para el provecho privativo de grupos oligárquicos y con menoscabo de la dignidad humana...".³³⁵

Tal es la importancia de la libertad de la persona humana que, en todas y cada una de sus manifestaciones, se constituye en uno de los derechos de mayor trascendencia e importancia con que cuenta y de que es titular el ser humano. Por virtud de este derecho, y su ejercicio por parte del hombre, éste llega a su perfeccionamiento y su desarrollo como tal, merced a la consecución de los fines propuestos a lo largo de su existencia.³³⁶

A pesar de que desde el punto de vista filosófico y iusnaturalista se conceptualiza al hombre como un ser necesariamente libre, que en consecuencia imperativamente debe poseer este atributo, la historia demuestra fehacientemente que, desde los tiempos más remotos existió una diferencia social entre cuando menos dos grupos de hombres: los libres y los esclavos, pues la libertad estaba reservada a una clase privilegiada, a un sector de la población que imponía su voluntad sobre el resto del grupo social constituido por esclavos. A fuerza de ser más preciso, Burgoa³³⁷ advierte que esa libertad de que los grupos prepotentes y privilegiados, salvo algunas excepciones, disfrutaron en la antigüedad, en la época medieval y en los tiempos modernos no significaba un derecho subjetivo público, es decir, no se constituía como una libertad pública, sino una libertad civil o privada, pues si bien el Estado y sus autoridades se encontraban en la posibilidad de respetar la esfera de acción del gobernado, tal consideración no era consecuencia de un deber jurídico, sino a título de mera tolerancia, por lo que el hombre sólo gozaba de

³³⁵ SERRA ROJAS, Andrés. "Ciencia Política. La proyección actual de la Teoría General del Estado", 9a. ed., Editorial Porrúa, S. A. de C. V., México, 1988, p. 10.

³³⁶ *Cfr.* DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Op. Cit.*, p. 17.

³³⁷ BURGOA, Ignacio. "Las garantías...", *Op. Cit.*, p. 308

una libertad civil o privada frente a sus semejantes y en las relaciones con éstos, careciendo de libertad pública o a título de garantía individual.

Ante los desmanes y arbitrariedades reiteradamente cometidos en contra de los gobernados por el poder público, el individuo exigió del gobierno el respeto a sus prerrogativas como persona, lo que en Inglaterra se dio mediante la costumbre jurídica que fue imponiendo al monarca el respeto y observancia de ciertas potestades fundamentales, en tanto que en Francia el reconocimiento se presentó en forma súbita tras la Revolución Francesa y la expedición de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.³³⁸ Por su parte, Jellinek, en su "*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*", afirma que las primeras declaraciones de derechos aparecen en las constituciones de los estados particulares que formaban la Unión Americana. El primer estado que produjo una declaración fue Virginia, que la aprobó el 29 de junio de 1776, como preámbulo de su constitución. Los demás estados, Penssylvania, Maryland, Carolina del Norte, Vermont, Massachusetts y New Hampshire las aprobaron entre 1776 y 1783. Dicho autor hace un cuadro comparativo entre la declaración francesa de 1789 y las declaraciones de los estados americanos, para demostrar que aquella tuvo en vista éstas, a las cuales sigue muy directamente, en especial a las de Virginia, Massachusetts, New Hampshire y Maryland.³³⁹

Es entonces a partir de que el Estado se obliga a respetar la libertad del individuo, como elemento inseparable de la personalidad humana, cuando esta característica se transforma en un derecho subjetivo público, oponible y exigible al Estado. Es de sobra conocido que la libertad comprende materias

³³⁸ *Ibid.*, p. 309, en donde se señala también el caso del régimen jurídico español, ya que por virtud de los "fueros" de que se encontraba compuesto, la actividad gubernamental debía respetar cierta esfera de acción del gobernado.

³³⁹ *Cf.* por NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 14 en nota de pie de página.

por demás variadas, que van desde los aspectos meramente físicos, hasta los más ideológicos o espirituales.

“Es algo evidente que el ser humano se *integra* con su realidad física o corporal y con su realidad espiritual, comprendiendo en ésta sus ideas, sus sentimientos y sus deseos. Ninguna parte de él es más importante que la otra, y si bien hay hombres que sacrifican hasta su vida por sus ideales, también es verdad que hay quienes reprimen a éstos por su supervivencia. Sólo en la sanidad mental y afectiva se equilibran estos dos factores vitales, cuando se contraponen o se enfrentan.

“Pero frente al poder público, éstas dos realidades son respetadas -o al menos debieran ser respetadas- por igual. Bien entendido, sin embargo, que ante las normas jurídicas el único fenómeno valorable por ellas, es la exteriorización de la posición interna, ya que en cuanto el impulso permanezca en la fuente personalísima del ser, resulta abarcable por el Derecho”.³⁴⁰

Sin embargo, no hay que perder la visión que nos ofrece Andrade Sánchez,³⁴¹ para quien con frecuencia se confunde la libertad esencial del ser humano en cuanto a su capacidad de manifestación de palabras y el régimen jurídico que regula dicha capacidad. Agrega que el liberalismo se planteaba fundamentalmente la cuestión de normar el ejercicio de la libertad y definir con precisión las consecuencias jurídicas del mencionado ejercicio, constituyéndose en este sentido una sutil pero profunda diferencia, ya que el liberalismo no se refería a la libertad en abstracto (“Todo hombre, en última instancia y en cualquier época de la historia, ha sido libre de expresar sus opiniones”), sino a la serie de garantías jurídicas que permitieran que el ejercicio de la libertad de expresión no acarreará los resultados perjudiciales que hasta entonces habían sufrido los individuos, sin protección jurídica alguna.

³⁴⁰ CASTRO, Juventino V. “Garantías...”, *Ob. Cit.*, p. 106.

³⁴¹ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. *Ob. Cit.*, pp. 31 y s.

De conformidad con lo vertido en las líneas precedentes, podemos concluir, junto con Del Castillo del Valle,³⁴² que la libertad de manifestar las ideas, en cualquiera de las formas en que puede ser externado el pensamiento, constituye una garantía individual, oponible al Estado y sus autoridades, a cargo de quienes corre el deber jurídico de no imponer obstáculos o trabas al ejercicio de este derecho, por lo que en consecuencia, toda persona puede hacer públicos sus pensamientos, de la forma que fuere, y las autoridades estatales, independientemente de si son federales, estatales o municipales, están imposibilitadas para impedir dicha exteriorización o manifestación del pensamiento. A lo más, las referidas autoridades podrán imponer la sanción que corresponda, cuando con motivo del ejercicio de la libertad que nos ocupa: *a)* Se ataque la moral, los derechos de tercero, se cometa algún delito o se perturbe el orden público (Tratándose del ejercicio comprendido en el artículo 6º Constitucional); o *b)* Se violente la vida privada, a la moral y a la paz pública (Tratándose del supuesto establecido en el artículo 7º de la Ley Fundamental). Por ningún motivo o circunstancia, será lícitamente posible que se impida la externación del pensamiento de cualquier individuo.

2.3 Extensión jurídica de la libertad de expresión.- El texto del artículo 6º Constitucional es el siguiente:

"Artículo 6º. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

Burgoa,³⁴³ armonizando los artículos 6 y 7 de nuestra Ley Fundamental, manifiesta que el primero de los preceptos expresados tutela la manifestación de las ideas en su emisión verbal u oral, la cual puede tener

³⁴² DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Op. Cit.*, p. 49.

³⁴³ BURGOA, Ignacio. "Las garantías...", *Op. Cit.*, p. 350

lugar concretamente en conversaciones, discursos, polémicas, conferencias y, en general, en cualquier medio de exposición por conducto de la palabra, “refiriéndose dicha garantía igualmente por otros *medios no escritos* de expresión eidética, tales como las obras de arte en sus diversas manifestaciones musicales, pictóricas, esculturales, etc., así como a su *difusión bajo cualquier forma* (por cinematografía, por televisión, por radiotransmisión, etc.)”.³⁴⁴

A diferencia de lo que ocurre en otros órdenes legislativos,³⁴⁵ el artículo 6º Constitucional contiene la obligación estatal de abstenerse de interferir en el ejercicio de este derecho se dirige exclusivamente a los Poderes Judicial y Ejecutivo, más no a los legislativos.

Como garantía individual que es, el sujeto activo de la relación jurídica de supra a subordinación es todo y cualquier gobernado, quien cuenta con el derecho público subjetivo consistente en que los sujetos pasivos, Estado y sus autoridades, respeten la expresión de sus ideas, pensamientos u opiniones, sin coartarla, salvo las limitaciones que en la propia constitución se prevén, lo que traduce el deber jurídico del sujeto pasivo en una abstención, en un no hacer,

³⁴⁴ De ahí la acertada crítica que formula Castro en contra de quienes sostienen que el artículo 6º Constitucional comprende o tutela a la palabra oral, como si fuera el único instrumento por virtud del cual se pudiera expresar nuestro sentir o parecer respecto de algo, ya que “existen múltiples medios de comunicación, principalmente en la actualidad de carácter tecnológico, sin olvidar que el individuo mismo sin necesidad de mecanismos, puede transmitir sus ideas o sus sentimientos en otras formas. Así por ejemplo, los gestos y las señas pueden significar aprobación o reproche; un actor teatral puede insultar a una autoridad o burlarse de sus disposiciones, mediante señas despectivas o francamente insultantes”. CASTRO, Juventino V. “*Garantías...*”, *Ob. Cit.*, pp. 113 y s. No podemos sino manifestarnos en esta postura, pues admitir lo contrario, implicaría, por ejemplo, negarle a un sordomudo la posibilidad de ejercer esta garantía constitucional contemplada por la disposición en comento, de ahí que consideremos adecuada la definición propuesta por Bidart Campos: “la libertad de expresión es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, creencias, etc., a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera”. BIDART CAMPOS, Germán. “*Tratado...*”, *Ob. Cit.*, Tomo I (El derecho constitucional de la libertad), p. 398.

³⁴⁵ Por ejemplo, La Primer Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América reza de la siguiente manera: “El Congreso no legislara respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni coartara el derecho de la gente a reunirse en forma pacífica ni de pedir al Gobierno la reparación de agravios”. LÓPEZ AYLLÓN menciona dentro de esta postura a las constituciones de España, Francia, Italia, Alemania, Portugal, Brasil, Colombia y Chile. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. “*Derecho de la información*”, *Ob. Cit.*, p. 8 en nota de pie de página.

en la no intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la libre expresión.³⁴⁶ En virtud de esto, todo individuo cuenta con la potestad de poder hablar sobre cualquier materia, sustentando el criterio que estime conveniente, sin que el Estado y sus autoridades le puedan legítimamente impedir o restringir ese derecho.

Castro³⁴⁷ ve también en el artículo 6º de nuestra Constitución el fundamento de la libertad de comunicación, ya que los medios para manifestar las ideas son indispensables a las personas como vías necesarias para tales manifestaciones, máxime si tomamos en cuenta las dimensiones geográficas y poblacionales que nos rodean, así como el vertiginoso ritmo con que en nuestros días se desarrolla el acontecer mundial. En efecto, la revolución tecnológica del presente siglo, hace que la comunicación oral, entendida como de hombre a hombre en forma directa, parezca destinada a ser contemplada en los libros de historia como rezagos de la era tribal. De ahí de dejar, cuando menos apuntada, la necesidad de interpretar nuestro texto constitucional, a las necesidades que exige nuestro entorno social.

2.4 Extensión jurídica de la libertad de imprenta.- En tanto, el artículo 7º de nuestra Ley Fundamental, se lee en los siguientes términos, y en el entendido de que en el presente trabajo nos referiremos, acotadamente, al primer párrafo del mismo:

³⁴⁶ El artículo transcrito habla de que las ideas no serán objeto de inquisición judicial o administrativa alguna, entendiéndose por inquisición "toda averiguación practicada con un determinado fin, el cual consiste, en el caso de esta garantía, en establecer cierta responsabilidad y en aplicar la sanción que a ésta corresponda. De conformidad con la disposición... ningún juez o ninguna autoridad administrativa, de cualquier orden que sea, puede inquirir sobre la expresión de las ideas del gobernado y, por ende, éste no puede ser sometido a ninguna investigación para fijarle una cierta y supuesta responsabilidad al formular tal manifestación y para imponerle la sanción correspondiente, salvo los casos constitucionales...

"Por mayoría de razón... Si el artículo 6º protege la libre expresión de las ideas contra un simple acto inquisitivo o investigatorio, la debe también tutelar contra toda *prohibición* que las autoridades administrativas o judiciales pudiesen establecer, en perjuicio de un individuo, respecto de la emisión verbal de su pensamiento en cualquier aspecto en que esta tenga lugar." BURGOA, Ignacio. "Las garantías..." *Op. Cit.*, pp. 330 y s.

³⁴⁷ CASTRO, Juvenino V. "Garantías..." *Op. Cit.*, pp. 114 y s.

"Artículo 7°.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

"Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papejeros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos".

Las vejaciones de que fue objeto, así como el papel que jugó la prensa escrita en el posterior reconocimiento, como derecho público subjetivo, de la libertad de expresión, a juicio de nuestro Constituyente parece haber merecido que existiera una garantía propia y específica para este caso concreto de libre manifestación de las ideas, cuyas reglas particulares la separan del supuesto general de toda expresión que vimos hace un instante.³⁴⁸

Así, del precepto en cuestión se desprende la existencia de dos libertades específicas: a) La de escribir; y b) La de publicar lo que se escribe. En este orden de ideas, nuestra Constitución establece como garantía individual autónoma e independiente que atañe a la emisión o exteriorización del pensamiento por medios escritos, esto es, libros, periódicos, folletos,

³⁴⁸ Atendiendo también a razones históricas, López Ayllón encuentra la explicación a la existencia de una garantía específica para la libertad de imprenta, "pues al momento de formularse las libertades públicas en el siglo XVIII, la imprenta era el medio más importante para la difusión de las ideas". LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "Derecho de la información", *Op. Cit.*, p. 9. En otro orden de ideas, con acertada razón señala Castro, remitiendo a Luis Catáño y su obra "El Régimen legal de la Prensa en México, y la Libertad de Pensamiento y de Imprenta", que las presiones del poder público a los medios impresos de comunicación no han desaparecido del todo, sino que se envuelven con más sutilezas, "tales como el control de papel necesario para expresarse mediante la imprenta; el señalamiento de altos impuestos; los impedimentos para la fácil importación y abastecimiento de las maquinarias de imprenta; la no libre utilización de los medios de comunicación; la discriminación en la distribución de los avisos oficiales; la obligación de hacer inserciones de propaganda política gubernamental; los monopolios de los medios de comunicación; los financiamientos discriminatorios; las limitaciones en el ejercicio de la profesión de periodista; las trabas para la libre agremiación de los periodistas; la imposición de exigencia de obtener títulos, permisos o licencias para ejercer el periodismo, y otras similares". CASTRO, Juventino V. "Garantías...", *Op. Cit.*, p. 119.

semanarios, gacetas, almanaques, revistas y, en general, cualquier tipo de publicación impresa. Tal parece que el Constituyente originario no tuvo la intención de tutelar únicamente el hecho de que se escribiera lo que se pensara, sino que abarcó en la protección la publicación o emisión también. “En consecuencia, hubiera sido suficiente que el artículo 7° constitucional haya hecho referencia únicamente a la libertad de publicar o de publicación, ya que ésta presupone la de escribir...”³⁴⁹

De esta suerte, tenemos que el artículo 6° de la Constitución el derecho del gobernado se traduce en la emisión verbal, traducida en discursos, conferencias, conversaciones, radiotransmisiones, así como cualquier expresión eidética, literaria o artística, en tanto que el artículo 7° consigna la prerrogativa consistente en la manifestación del pensamiento, de las ideas, de las opiniones, de los juicios y, en general, de toda clase de manifestaciones, sobre cualquier materia, expresadas por medios escritos, que realice cualquier individuo que habite en el territorio federal. Por el contrario, la obligación estatal correlativa, en consecuencia, es la abstención que se impone al Estado y sus autoridades de impedir la expresión escrita de las ideas en las diversas formas ya apuntadas. Existen dos restricciones adicionales para las autoridades del Estado, consistentes en no establecer previa censura (constatar la conveniencia o inconveniencia de alguna publicación, tomando como base determinado criterio a ningún medio impreso), o exigir fianza a los autores o impresores.

Bidart Campos,³⁵⁰ sistematiza el contenido de la libertad de prensa de la siguiente forma: *a)* El derecho de publicar ideas por la prensa significa: *b)* Para el autor: *1)* Frente al Estado: inmunidad de censura; *2)* Frente al periódico: la

³⁴⁹ BURGOA, Ignacio. “Las garantías...”, *Op. Cit.*, p. 360.

³⁵⁰ BIDART CAMPOS, Germán. “Tratado...”, *Op. Cit.*, Tomo I (Derecho constitucional de la libertad), p. 415.

mera pretensión de publicación, sin obligación del diario de darlas a luz; 3) También frente al periódico: inmunidad de alteración en lo que publique, o sea que el periódico no está obligado a publicar, pero si lo hace, debe ajustarse a la reproducción fiel del texto del autor; ii) Para el periódico (en la persona de su propietario o editor): 1) Frente al Estado: igual inmunidad de censura que la que goza el autor; 2) Frente al autor: libertad para publicar o no publicar, pero si publica, asume la obligación de mantener la fidelidad del texto.

3 La caricatura.- No es nuestro propósito dedicar más espacio a este tema del que sea necesario para circunscribir la idea del vocablo *caricatura* que deberemos tener en mente para los efectos del presente trabajo, pues como veremos enseguida, el mismo presenta connotaciones que, si bien se encuentran íntimamente relacionadas con el concepto original, propiamente rebasan los contornos a los que queremos referirnos. Parecerá esta una afirmación radical y, tal vez, exagerada, toda vez que sonaría extraño escuchar que alguien admitiera su desconocimiento sobre este aspecto. Más en esta época, en la que prácticamente hemos crecido leyendo las más variadas revistas infantiles que jamás pudieron haber imaginado nuestros padres y, muchísimo menos, los padres de nuestros padres. En efecto, el consumismo que simboliza nuestra actualidad ha influenciado que todo se nos presente en una forma más, por llamarle así, "gráfica". Tal fenómeno se presenta desde la programación de las barras infantiles por televisión, hasta los más avanzados programas de computación, diseñados "a prueba de niños", pasando por los nuevos métodos de enseñanza. Dentro de la revolución de los medios masivos de comunicación, la radio parece estar destinada a ser refugio de los automovilistas, por no ser susceptible de reproducir imágenes, en el sentido de reproducciones físicamente visibles.

De hecho, modernas teorías enfocan a las distintas formas de lenguaje ya no como simples instrumentos con los cuales comunicamos lo que pretendemos, sino que se constituyen también como ambientes en los que vivimos y que en buena parte determinan lo que queremos, además de lo que podemos comunicar. Esos ambientes, que son los distintos lenguajes, representan aspectos diversos del ambiente global de la comunicación y están, en consecuencia, estrechamente interconectados, entrelazados, y en continúa interacción recíproca. Pero no es nuestra intención realizar un estudio sociológico -por razones de sobra conocidas seríamos los menos indicados para hacerlo-, tan sólo queremos reafirmar la importancia no únicamente de la caricatura, sino de las diversas formas de expresión que se presentan por vía del trazo de líneas sobre una superficie, que en términos muy generales pudiéramos llamarle "dibujo", aunque estemos, quizás, pecando de inexactitud.

Así, debemos distinguir la caricatura o cartón político de otras formas de divulgación o entretenimiento con las cuales se le podría confundir. En un acercamiento general, se nos presentan la ilustración y la tira cómica (también conocida como historieta, viñeta o cómic), por mencionar exclusivamente las más importantes. A ellas se parece y, al mismo tiempo, se perfila con rasgos propios que la separan de las mismas. Sin embargo, para quien no se encuentra inmerso en el medio de los "moneros", las diferencias podrían ser consideradas de meras "sutilezas" sin mayor trascendencia. Probablemente quienes esto piensan tengan razón, empero, repetimos, para efectos de esta tesis, habremos de entender por caricatura ciertas y muy determinadas formas de expresión de nuestro pensamiento, que se manifiestan plasmándolas en algún material fijo, primordialmente papel, aunque no necesariamente en él.

En primer término, siguiendo a Barbieri,³⁵¹ podemos decir que la ilustración muestra semejanzas tan básicas con el cómic (usaremos indistintamente este vocablo con los de historieta o tira cómica), que, separado éste del contexto y sin el “globo”, no siempre es fácil distinguir una viñeta de una ilustración. En efecto, cuando la historieta es presentada por entero no existe ningún problema para realizar la distinción, pues su forma en secuencia de viñetas la distingue claramente de la ilustración; en cambio, si confrontamos sus elementos, las distintas imágenes de que está compuesta la tira cómica resulta la problemática. A efecto de solucionar el problema, continúa Barbieri:

“Se puede partir de la siguiente consideración, no siempre verdadera pero sí suficientemente a menudo como para hacerla regular: la imagen del cómic *cuenta*, la imagen de la ilustración *commenta*. En otras palabras, la ilustración es normalmente ilustración *de* algo, y ese algo puede existir incluso sin la ilustración: su papel es, por tanto, proporcionar un comentario externo, que *añade* algo al relato (o al texto en sentido general) de partida. En el cómic, por el contrario, cada viñeta tiene una función directamente narrativa, incluso en ausencia de diálogos y de didascalias o texto narrativo, la viñeta cuenta un momento de la acción que constituye parte integrante de la historieta, y prescindir de ella supone perjudicar en buena medida la comprensión.

“La imagen del cómic es, pues, una imagen de *acción*, mientras la imagen ilustrativa, aunque pueda ser de acción, no tiene ninguna necesidad de serlo; es más, en general las ilustraciones son más descriptivas que narrativas, tienden a expresar no tanto la dinámica de la acción representada cuanto las connotaciones emotivas, ambientándola a su manera, haciendo uso de ciertos estilos de figuración más que de otros, rodeándola de detalles no esenciales pero caracterizadores. La ilustración *commenta* el relato haciéndonos ver aquello que en el relato verbal no está escrito, integrándolo, enriqueciéndolo. La viñeta del cómic es un relato”.

³⁵¹ BARBIERI, Daniele. “*Los torques del cómic*” (Traducción de Juan Carlos Gentile Vitale), Editorial Paidós Ibérica, S. A., Barcelona, 1993, pp. 21 y s.

Lo anterior quedará mejor entendido si hacemos un brevisimo repaso por la historia de la historieta en los medios de comunicación.³⁵² Los historiadores del periodismo fijan como fecha de aparición de la tira cómica el 16 de febrero de 1896, y suelen citar a Richard F. Outcault, del *World* de Joseph Pulitzer, como su creador con la historieta intitulada *Yellow Kid* ("El Chico Amarillo"). Tal fue su éxito y popularidad que cuando William R. Hearst empleó con efectividad su talonario de cheques para llevar al señor Outcault y a su llamativo personaje al *Journal*, de Nueva York, el señor Pulitzer contrató a otro dibujante. G. B. Luks, para que mantuviera un personaje de características prácticamente similares a las creadas por su antecesor, haciendo travesuras en el *World*. Este combate de tintas de color en que el tono de la camisa figuraba con tanta prominencia, dio al público la clave para referirse a las peripecias de la prensa sensacionalista descarada como *periodismo amarillista*. La continuidad de la tira cómica, tal y como la conocemos actualmente, se originó con los *Katzenjammer Kids* ("Los Sobrinos del Capitán), creados por Rudolph Black, uno de los directores del *Journal*, quien sugirió al joven artista Rudolph Dirks que dibujara los personajes en una tira cómica, y le dio la idea de la historieta. La primera tira constaba de seis cuadros y ocupaba media página. Tras el éxito de las primeras series, pronto aparecieron otras historietas: Outcault con *Buster Brown*, George McManus con *Bringing Up Father* ("Educando a Papá"), Bud Fisher y su *Mutt and Jeff* (Mutt y Jeff), entre muchos otros. El tema humorístico predominó en un principio, procurando que las historias acabaran con frases o incidentes regocijados. Después, el humorismo dio paso al relato basado en aventuras, misterio o crimen, con historias que no concluían en una sola entrega, sino que la trama mantenía la atención del lector por lapsos más o menos

³⁵² Tomamos los datos que a continuación se manejan de FRASER BOND, F. "Introducción al periodismo. Estado del Cuerno Fluxer en cada sus formas" (Jose Silva L.), 3a. reimpresión a la 1a. ed., Editorial Limusa, S. A. de C. V., México, 1987, pp. 304 y ss. Cfr. asimismo, con el peculiar estilo que le caracteriza, DEL RÍO, Eduardo (Río). "La vida de cuadros (Guía incompleta de la historieta)", 3a. ed., Editorial Grijalbo, S. A., México, 1984, 207 pp.

prolongados. *Tarzan* ("Tarzán"), el personaje de Edward Rice Burroughs fue el primero en incursionar bajo esta modalidad. Con frecuencia estas tiras cómicas no contenían nada divertido o humorístico, pero sus características de narración en serie cautivaron al público, y las historietas fueron adquiriendo un nuevo estilo artístico de animación y popularidad sin precedentes.

"Durante las dos primeras décadas del siglo predominaron en los comics de la prensa americana el trazo caricaturesco y la anécdota autoconclusiva. En los años veinte se inició una evolución hacia horizontes estilísticos y narrativos más amplios que se traduciría en incorporaciones del dibujo naturalista, del realismo temático, y de los relatos extensos mediante la estrategia del serial. Así se produjo una vastísima gama de enfoques, géneros y tratamientos gráfico-narrativos, destinada a nutrir espectacularmente el periodo que, tras cubrir tres décadas, fue considerado la Edad de Oro de los comics. Una era dorada que tuvo abundantes paralelismos con la que coetáneamente vivía Hollywood".³⁵⁵

El auge de los cómics produjo que la multiplicación de los títulos rebasara la barrera de los diarios informativos (que empezaron publicándolos en forma irregular, para después adoptar una periodicidad cada vez más corta, hasta poder afirmar que un número considerable de los periódicos, sobre todo norteamericanos y europeos, los publican diariamente), saliendo a la luz pública una serie de revistas de historietas, también originalmente humorísticas, pero que después vio ampliado su espectro a géneros como el de acción, el misterio, el terror, la ciencia ficción, etcétera, cambios que motivaron la ramificación de los estilos hasta hacerlos, en algunos casos, de un grado de complejidad, tanto en el aspecto técnico como en el narrativo, altamente considerable. Es así como surgieron emporios corporativos a la sombra del cómic: *DC Comics*, *Marvel Comics*, *Dark Horse Comics*, *Milibu Comics*, y la más reciente de todas ellas: *Image Comics*, integrada por

³⁵⁵ COMA, Javier. "El diccionario de los comics. La edad de oro", Plaza y Janés Editores, S. A., Barcelona, 1999, p. 11.

argumentistas y dibujantes que renunciaron a las grandes compañías para las que trabajan, en busca de la titularidad de los derechos de autor y explotación comercial sobre los personajes que creaban y desarrollaban que, salvo raras excepciones, se reservaban -y continúan reservándose la mayoría de ellas- plenamente las empresas.³⁵⁴

Sin duda, la técnica de la tira ha comprobado ser un medio eficaz para la comunicación de ideas, que ha fungido como ayuda para la manifestación de los postulados norteamericanos durante la Segunda Guerra Mundial, hasta para el ejercicio de la crítica de los valores políticos y sociales del mundo capitalista (por medio de una corriente de cómics *underground* que apareció en la década de los setentas).

En nuestro medio es de destacarse la obra de Gabriel Vargas con “La Familia Burrón”, que ha merecido un sin número de estudios por parte de sociólogos y comunicólogos; “Los Agachados” de Rius, que inauguró el género de la historieta política en nuestro país (1968); así como “El Cuarto Reich” de (José) Falomo, que si bien éste es chileno, su obra ha sido mayormente generada en nuestro país, habida cuenta de su carácter de exiliado político durante la dictadura política de Pinochet.

Sin embargo, a pesar de que la historieta puede funcionar muy bien como medio o vehículo de la expresión de un individuo para dar a conocer su punto de vista sobre determinadas cuestiones, establece diferencias con la caricatura o el cartón político, el cual tiende a desarrollarse, normalmente, en un solo cuadro y, en la mayoría de las ocasiones, a representar en el mismo la efigie o rasgos fisonómicos de alguna figura prominente o, cuando menos,

³⁵⁴ Si se desea ver el desarrollo que una de estas compañías a tenido a lo largo de más de sesenta años, Cfr. DANIELS, Lex. “Sixty years of the World’s favorite comic book houses” (Introducción de Jenette Kahn), 2a. reimpresión a la 1a. ed., Bullfinch Press Book, Little, Brown and Company, Boston, 1995, 256 pp.

conocida en la vida política o social de un ámbito geográfico determinado, que usualmente es el lugar donde se lleva a cabo la publicación del cartón, porque de nada serviría proyectar la crítica sobre una figura, si los lectores a los cuales va dirigida no van a identificar al personaje y, en consecuencia, el mensaje que se pretende. Valga la pena hacer la aclaración de que al lado del cartón político, existe la denominada caricatura “de humor blanco”, cuyo propósito exclusivo es causar hilaridad en el lector.

Así, entrados en materia, *caricatura* es una palabra de origen italiano que significa “carga” y se emplea para designar figuras deformadas con intención satírica,³⁵⁵ o bien, la “Figura, dibujo o descripción en que se ridiculiza a alguna persona o se hace apreciación cómica de una situación, deformando o exagerando las imágenes”.³⁵⁶

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁵⁷ define el término en cuestión, de la siguiente manera:

“caricatura. (Del it. *caricatura*.) f. Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona. // 2. Obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto. U. t. en sent. despect. para referirse a las obras que no alcanzan a ser aquellos que pretenden”.

Llaman la atención las dos primeras acepciones que presenta el Diccionario aludido, ya que la diferencia radica en el “dibujo” o en la “obra de arte”, aunque ambas denoten una característica en común: deformamiento de las facciones y aspecto, para ridiculizar o tomar en broma, a un ser

³⁵⁵ ALUSACCHIO, Humberto. Voz “Caricatura” en “*Diccionario Enciclopédico de México*”, 3a. reimpresión a la 1a. ed., Andrés León Editor, México, 1990, p. 286.

³⁵⁶ BARRAJAS, Rafael. Voz “Caricatura” en “*Enciclopedia de México*”, Edición Especial 1987, Compañía Editora de Enciclopedias de México, S. A. de C. V., Secretaría de Educación Pública, Consejo Nacional de Fomento Educativo, México, 1987, Tomo III, p.1340.

³⁵⁷ “*Diccionario de la Lengua Española*”, *Ob. Cit.*, p. 293.

humano (“alguna persona” o al “modelo que tiene por objeto”). Se entendería que la diferencia radica en las corrientes, irreconciliables al parecer, de considerar esta manifestación del ser humano como una obra de arte, o como mero ejemplo de un arte menor. En nada ayudaría agregarnos a tal discusión, la cual, consideramos, carece de trascendencia, tanto para nuestro objetivo en estas líneas, como para propósitos de mayor alcance y reconocimiento. Nos limitaremos a afirmar que no entendemos, realmente, cual pudiera ser la razón, por parte de los redactores de la obra en cuestión, de ofrecer las dos definiciones expuestas, pues nos parece innecesaria y errónea, ya que de la forma en la que se encuentran redactadas, entenderíamos que los cartones publicados en algún periódico serían meros “dibujos”, en tanto que los que se realizan a petición del efigiado y por quien éste considera cuenta con maestría o facilidad para llevar a cabo la caricatura (como comúnmente sucede en las plazas públicas, como La Alameda, en donde pululan los moneros ofreciendo a los transeúntes sus servicios), se constituiría, por ese mero hecho, en una obra de arte. Atenderíamos, de muy buena gana, a cualquiera de las definiciones que en un principio transcribimos y no a la que nos encontramos analizando, por considerar que cuentan con los elementos que estimamos suficientes para identificar plenamente lo que debemos considerar como caricatura. Es de advertir, empero, que dentro del argot del medio, suele también llamársele caricatura (política o de humor blanco) a aquellos cartones, individualmente hablando, que ridiculizan o bromean sobre algún tópico, aun y cuando no se reproduzcan y deformen los fisonómicos de un individuo determinado.³⁵⁸ Pero para los efectos de nuestro trabajo, cuando

³⁵⁸ *Rius* explica lo que para él diferencia a estos dos “tipos” de caricaturas, a las cuales prefiere denominarlas de manera distinta: “...SE VA ESTABLECIENDO ASÍ UNA GRAN DIFERENCIA ENTRE LO QUE ES EL DIBUJO HUMORÍSTICO Y LA CARICATURA: MIENTRAS EL DIBUJO DA RISA POR LA EXAGERACIÓN DE LAS FORMAS, LA CARICATURA TIENDE MÁS BIEN A RUIRSE DE ALGO O ALGUIEN. EL DIBUJO SE QUEDA EN LA RISA PROVOCADA Y LA CARICATURA VA MÁS ALLÁ: INTENTA HACER PENSAR AL ESPECTADOR...”. DEL RÍO, Eduardo (*Rius*). “El arte irrespetuoso. Historia incompleta de la caricatura política según Rius”, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1988, p. 6.

hagamos referencia a “caricatura”, lo haremos en el sentido que, en términos generales y con las salvedades indicadas, señalan las definiciones abordadas.

En cuanto al “Úsase también en sentido despectivo” incorporado al final de la voz del Diccionario de la Lengua Española, hemos de señalar exclusivamente que, en efecto, “caricatura” también es utilizada en el sentido de hacer referencia a figuras u obras que no alcanzan “la estatura” o calidad de lo que pretender ser, significado al cual, obviamente, no nos estaremos refiriendo. Queremos dejar constancia, sin embargo, que tal acepción ha sido, incluso, utilizada por quienes elaboran la jurisprudencia en nuestro país, por lo que debemos dejar constancia de la cotidianidad con que este significado se frecuente.³⁵⁹

3.1 Breve referencia de la caricatura como medio de crítica y opinión social.³⁶⁰ A pesar que los antecedentes de lo que podemos llamar “el dibujo humorístico” pueden hallarse desde las antiquísimas ánforas griegas, es al inglés William Hogart a quien se le considera como el primer caricaturista en la historia, cuyos grabados satíricos “*Harlot’s Progress*”, “*Marriage a la mode*” y “*The Rakes Progress*”, criticaron ácidamente las costumbres de su tiempo.

³⁵⁹ Nos referimos a la siguiente tesis elaborada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Semanao Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 145-150, Sexta Parte, página 205), bajo el rubro “PROCEDIMIENTO EN FORMA DE JUICIO. PROCEDENCIA DEL AMPARO”, cuya parte conducente es del tenor literal siguiente: “... así, por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo dos partes con intereses en pugna acuden legalmente a una autoridad de esa naturaleza, ante la cual deducen sus pretensiones y defensas, y ante la cual rinden sus pruebas y alegatos, se trata de un procedimiento seguido en forma de juicio. Pero, en cambio, un procedimiento inquisitorio en el que la propia autoridad, defendiendo sus propios intereses, inicia una averiguación o visita administrativa contra un gobernado, y oyéndolo en defensa para respetarle la garantía de audiencia, decide ella misma sobre sus pretensiones y sobre las defensas opuestas, difícilmente se puede llamar un procedimiento en forma de juicio, pues sería una mera caricatura de un juicio aquel en que la misma parte fuese actor y juzgador al mismo tiempo...”.

Para mayor información respecto de lo que se entiende por los vocablos objeto de estas líneas, Cfr. Voz “Caricature, Cartoon and Comic Strip” en *The New Encyclopaedia Britannica*, Encyclopaedia Britannica, Inc., Macropædia (Knowledge in Depth), Chicago, 1992, vol. 15, pp. 554 y ss.

³⁶⁰ Para la elaboración del presente numeral, tomamos en cuenta los informes ofrecidos en MUSAUCHIO Humberto. *Op. Cit.*, pp. 286 y ss.; BARAJAS, Rafael. *Op. Cit.*, Tomo III, pp. 1340 y ss.; así como las siguientes dos obras de un caricaturista que acabó haciendo libros en forma de historietas, y a cual ya hemos citado con anterioridad: DEL RÍO, Eduardo (Rius). *Un siglo de caricatura en México*, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1984, 167 pp., y “*El arte irrespetuoso. Historia incompleta de la caricatura política según Rius*”, *Op. Cit.*, 199 pp.

Sus obras no eran publicadas en la prensa, sino que circulaban en pequeños panfletos y hojas volantes, impresos en rudimentarias imprentas, y se vendían al público colecciones de sus trabajos.

Por su parte, es a los también ingleses James Gilray y a Thomas Rowlandson, a quienes se registra como los primeros que editaron una caricatura política, aunque tampoco nunca apareció en la prensa, sino que se vendió en las imprentas y circuló en los medios políticos, esencialmente.

En virtud de las condiciones sociales y políticas que en la época imperaban, se dice que las primeras caricaturas con intención social, fueron publicadas en la Francia post-revolucionaria. Se otorga el privilegio de ser el primer caricaturista que existió, por haber realmente publicado en prensa una caricatura política, a Honoré Daumier.

En nuestro país, las primeras expresiones caricaturescas se remontan al siglo XVI, cuando, en forma clandestina, se produjeron naipes en los que se alteraron las imágenes de la realeza. También fue utilizada para la evangelización de los indígenas. A pesar de que se cree que la vida frívola, así como la política, fueron objeto de las críticas de los caricaturistas, de haber sido así, la implacable censura destinó a la hoguera tales producciones. Probablemente por estas razones, durante todo el siglo XVIII, no se publicaron cartones en los periódicos de la época, siendo hasta 1826 cuando apareció el primer cartón que expresaba una sátira de índole político: se intituló "Tiranía", publicada en el periódico "El Iris" y se le atribuye al introductor de la litografía en México, el italiano Claudio Linati, quien se desempeñaba coeditor de la publicación (Otras fuentes indican que la primera revista satírica que existió en México fue "El Juguetillo" en el año de 1812).

De ese entonces a la fecha, no han escaseado los caricaturistas que adulan a quienes detentan el poder, a pesar de que, por la convicción requerida para desempeñar esta labor, pocos han sido los que han trascendido el paso de los años y no jugaron un papel predominante en la crítica a los excesos de las autoridades. Así, en 1844, cuando Santa Anna concluyó uno de sus periodos en la Presidencia, fue una caricatura anónima la que denunció la corrupción, el militarismo y las exacciones de ese gobernante. Un año después, se inició la publicación de "Don Simplicio", editado por Ignacio Ramírez, Guillermo Prieto y Manuel Payno, liberales que lo presentaron como un periódico "burlesco, crítico y filosófico". Una de las publicaciones más importantes para el género empezó a circular en 1861, se trata de "La Orquesta", medio de difusión en el que destacaron Santiago Hernández, Alejandro Casarín, Jesús T. Alamilla y, sobre todo, Constantino Escalante, uno de los mejores grabadores que ha dado nuestro país, crítico de la intervención francesa, quien en 1863 fue trasladado en una jaula de Pachuca a la capital del país, donde permaneció en prisión hasta el año siguiente. "La Orquesta", aunque desapareció en 1873, ofreció uno de los grandes ejemplos del periodismo independiente, pues lo mismo mostró sus discrepancias con Juárez que se opuso al Imperio y la intervención. Otras publicaciones de esos años son "Juan Diego", "Rasca Tripas", "El Padre Cobos", "El Máscara" y, por encima de todos, "El Ahuizote", cuyo primer ejemplar salió el 5 de febrero de 1874. Figuró como responsable Homobono Pérez y como editores J. M. Villasaña y Cía. De tono combatiente, ejerció una simpática y durísima crítica contra el excesivo poder del presidente Lerdo, la corrupción, la turbiedad en el otorgamiento de los contratos y concesiones, el militarismo, la adulación y la "escoria" de la política nacional. Sin embargo, su exacerbado antilerdismo sirvió a los porfiristas, quienes, al triunfo del Plan de Tuxtepec, enriquecieron por sus servicios a Villasaña, haciéndolo además diputado; sin embargo, "El Ahizote" formó escuela pues se le consideró como ejemplo del periodismo

combativo y tan grande fue su influencia que durante el porfiriato se usó ese nombre para otros órganos de combate: "El Hijo del Ahuizote", "El Nieto del Ahuizote", "El Ahuizote Jacobino", "El Bisnieto del Ahuizote", en varios de los cuales fungió como editor, redactor y caricaturista Daniel Cabrera, rodeándose a su vez de valientes colaboradores que, en más de una ocasión, lo acompañaron a prisión.

Durante el porfiriato, los dos caricaturistas mayores de la época fueron Manuel Manilla y José Guadalupe Posadas (el de las calaveras), a los cuales se les ha criticado por ser únicamente ilustradores de reportajes, crónicas y otros textos que publicaba el editor Antonio Vanegas Arroyo, empero, hay, especialmente en el trabajo de Posadas, la intención irónica que los sitúa como humoristas de primera línea.

Una vez derribado Porfirio Díaz mediante la revolución maderista, el país disfrutó de una amplia libertad de expresión, que fue aprovechada por los empresarios de la vieja prensa, quienes deseaban el antiguo régimen. Al servicio de esta causa estuvieron los mejores caricaturistas del momento: José Clemente Orozco, Ernesto García "*El Chango*" Cabral, Santiago R. de la Vega y Atenedoro Pérez y Soto, quienes atacaron al gobierno sin cortapisas. Después de los asesinatos de Madero y Pino Suárez, Orozco se incorporó al constitucionalismo y colaboró en su órgano "*La Vanguardia*"; en tanto, Cabral, dibujante con una maestría impresionante, se fue becado a París y otros siguieron haciendo su trabajo, sólo que entonces se dedicaron a hacer cartones que ensalzaban al dictador e intentaban denigrar a los jefes revolucionarios. A la caída de Huerta, Pérez y Soto se exilió en Cuba y De la Vega huyó a los Estados Unidos.

En los años que siguieron al triunfo revolucionario no abundó la buena caricatura, a pesar de la nueva Constitución y de las garantías que la misma plasmaba, pues la realidad mostraba que el respeto a esta peculiar forma de libertad de expresión se contenía únicamente en el papel. En este estado de cosas, en 1931 se imprimió el primer y único número de “El Turco”, revista dirigida por el cartonista Juan Arthenack, que fue confiscada por las autoridades pues criticaba a Plutarco Elías Calles.

Durante el sexenio de Lázaro Cárdenas, existió una amplia libertad de prensa que, si bien es aprovechada por los enemigos de las reformas “socialistas”, permitió un relativo auge de la caricatura. En 1944 se editó el primer número de la revista “Don Timorato”, que reunió a un grupo destacado de “moneros”, entre los que destacan Freyre, *Fa-Cha*, Guerrero Edwards y Arias Bernal. En la misma revista se iniciaron Abel Quezada, Alberto Isaac, Leonardo Vadillo, Jorge Carreño y Alberto Huici. En esta década se presentó lo que ha denominado *Rius* el “momento más negro y vergonzoso que ha tenido México” en el género, pues cuando el gobierno estadounidense se empuñó en derribar al gobierno guatemalteco de Jacobo Arbenz y después, cuando lo consiguió y había que ablandar a la opinión pública para que aceptara el hecho, hubo caricaturistas mexicanos que se pusieron al servicio de Washington, que ofrecía una buena suma de dinero, por medio de la embajada de los Estados Unidos, al caricaturista que sobre el tema publicara un cartón. Agrega *Rius* que quienes se prestaron a servir para tales fines fueron llamados “los Siete de la Embajada”: García Cabral, Freyre, Audiffred, *Guasp*, Arias Bernal, *Fa-Cha* y Medina de la Vega. En la misma década se iniciaron en estas andanzas Eduardo del Río, *Rius*, y Sergio Aragonés. El primero ha destacado como “monero” de combate y exitoso divulgador de temas histórico-políticos en decenas de libros, algunos de los cuales, han sido traducidos a otros idiomas. Aragonés, por su parte, comenzó en 1958 en la

revista "Sic", aunque pronto marchó a los Estados Unidos, donde se convirtió en ilustrador de la revista satírica "Mad" y hoy es uno de los más cotizados dibujantes humorísticos.

Durante los años sesenta, las revistas "Siempre!", "Política" y "Sucesos" dieron cabida al humor gráfico de combate, lo que permitió transformar el gusto de los lectores y apreciar de otra manera el trabajo de los caricaturistas. En las últimas dos décadas, junto a los caricaturistas "oficialistas", han destacado, o continúan haciéndolo, "moneros" de gran talla y reconocidos a nivel mundial, entre los que mencionamos a Magú, Naranjo, *Helioflores*, Calderón, Palomo, Helguera, Efrén, *El Fisgón*, Ahumada, Carreño (hijo), Haro y Falcón (*fis y Trino*).

Baste únicamente agregar que desde 1976 se creó la especialidad de caricatura dentro del Premio Nacional de Periodismo -duramente criticado por la prensa más radical del país-, mención que se otorga el 7 de junio de cada año, durante los festejos del Día de la Libertad de Prensa.

3.2 Consideraciones adicionales.- Dijimos anteriormente que no es nuestra intención polemizar respecto de si la caricatura debe o no ser considerada como "arte", por lo que las líneas que siguen no deben ser consideradas como una contradicción a tal afirmación. El objetivo es dejar asentado que la elaboración de una caricatura implica el captar los rasgos de un individuo de existencia real, o que cuando menos la tuvo y quedan constancias fehacientes de como eran los rasgos, sobre todo fisonómicos, que le identificaban.

Carrasco Puentes,³⁶¹ en su obra "La caricatura en México", nos presenta ensayos que sobre la materia realizaron personalidades destacadas de la cultura en nuestro país de la talla de Antonio Caso, Samuel Ramos, Justino Fernández y Santiago R. de la Vega. A continuación, vertimos un resumen de las posturas que sostuvieron cada uno de ellos.

Antonio Caso, en sus "Principios de Estética", sin perder de vista que para este intelectual la caricatura puede también presentarse no sólo mediante trazos de una figura, sino que la literatura y la música nos ofrecen sus propias versiones, afirma categóricamente que:

"El caricaturista difiere del pintor en un sólo aspecto nomás, pero decisivo; fundamentalmente, no sólo ve, sino que opina sobre lo que mira. No es imparcial; colabora con su propia intuición y dice qué piensa de lo que ha visto. De aquí que provoca, ipso facto, el deseo de reír."

"Suponed a una linda muchacha frente al lápiz del caricaturista de talento. No será tan perfecto el modelo que cifre el ideal. Si así fuere, el artista insistirá, v. g., en las exiguas dimensiones de los ojos o en lo diminuto de la boca. La caricatura ponderará el defecto. Volverá insignificantes los ojos, y la boca, si diminuta en el modelo, tornaráse un leve punto. Y aquel trastoño de Friné, exhibirá con descaro sus gentiles imperfecciones, en su expresión caricaturesca. El lápiz agudo y malevolo opinó ya que, a pesar de ser bellos, los labios son poquita cosa para concordar con la perfección del conjunto, y que los ojos resultan dos manchas irreales, veladas increíblemente por las cejas y como perdidas bajo la desmesurada extensión de la frente. La caricatura insinúa con sarcasmo: "Es bella, en efecto; pero acaso no le habrían sentado mal una boca menos pequeña y unos ojos en armonía con la frente. De aquí que riamos al contemplar la obra de arte"".

En tanto, para Samuel Ramos, en un primer acercamiento, basta un poco de sentido común para notar que la caricatura forma un género distinto e independiente de las demás artes del diseño, sin embargo, el límite descubierto a la primera ojeada, parece desaparecer cuando se recuerda que

³⁶¹ CARRASCO PUENTE, Rafael. "La caricatura en México" (Prologo de Manuel Toussaint), Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1953, pp. 21 a 47.

casi toda la pintura nueva es caricaturesca, por lo que adquiere una importancia mayor este problema de los límites de la tradicional pintura con el "arte nuevo". Recuerda que Caso aísla a la caricatura en un grupo separado que llama de las "artes impuras", radicando la impureza de la caricatura en que el artista inserta en el retrato su opinión sobre los defectos de la modelo. De ahí, la opinión es el elemento extra-artístico que vicia a la caricatura y la diferencia de la pintura, en la cual el artista reproduce imparcialmente lo que ve. Para Ramos, la diferencia debe buscarse en otro aspecto, dado que tampoco existe imparcialidad en la pintura "nueva", o aun en la "antigua".

"... Sea como fuere, el caricaturista deforma instintivamente por un proceso que se confunde con su impresión del sujeto; no hay ningún factor extraño que secundariamente la altere; su visión primitiva es ya deformada; pinta también lo que ve. Si la caricatura no es elaborada por dos operaciones diferentes que se mezclan, es un arco puro.

"Lo peculiar de la caricatura debe buscarse entonces por otro lado. Desde luego, notemos que el caricaturista escoge sus tipos, casi exclusivamente, entre hombres de cara muy conocida: políticos, actores de teatro y de cine, escritores famosos, etc. ¿Qué significa esta preferencia? ¿Es sencillamente un servilismo a la popularidad? No, es que la caricatura solo produce sus efectos cómicos cuando es relacionada con el original.

"Toda fisonomía puede esquematizarse en un conjunto de líneas que dibujan los rasgos y gestos más invariables del sujeto. Su inmutabilidad es justamente lo que individualiza a este y nos permite reconocerlo en medio de las peripecias de su físico. Pero al mismo tiempo esa inflexibilidad de rasgos impone cierto límite a la expresión facial, quedando aprisionada en una especie de máscara que no puede arrancarse jamás. Los gestos y ademanes más característicos son a la vez los más involuntarios e inconscientes; son hábitos tan fatales, que tienden a convertir al individuo en un autómatas. Sustraiganse estos rasgos mecánicos, y basta exagerarlos un poco, como hace el caricaturista, para que un hombre se transforme en un muñeco. Así Covarrubias ha inmovilizado a Harold Lloyd en su risa de tiburón; a Chaplin en su contracción convulsiva de una boca que ya no sabe reír. La comicidad de la caricatura resulta del contraste entre la movilidad cambiante de una persona y la impresión paradójica de esa misma persona detenida en un movimiento que la condensa a reposo perpetuo.

"La caricatura vive mientras es relacionada con el objeto que representa. Si esta relación se pierde, su significado se nulifica. Me parece que la sujeción de la caricatura a la realidad que la

engendró es el rasgo que la distingue de la pintura. El pintor parte también de un ser o de un hecho real; pero en cuanto está concluida la obra, ésta proclama su independencia y se erige en valor autónomo. El caricaturista no puede apartarse del modelo, su deformación tiene que acentuar el parecido; deforma para aproximar más a cierta realidad. La deformación del pintor es, al contrario, una protesta contra lo real; quiere alejar de la mente del espectador toda idea de parecido, lo invita a considerar su obra, no como un retrato, sino como un mundo aparte que tiene su vida propia".

Justino Fernández opta por seguir casi al pie de la letra la exposición desarrollada por Samuel Ramos, agregando que en virtud de que el caricaturista invita a considerar su trabajo como una síntesis del sujeto real, tiende a ser eminentemente individualista, y que por éste carácter, la caricatura viene a ser, pasado el tiempo, un documento biográfico, en tanto que la pintura subsiste por su independencia. En este orden de ideas, la figura en estudio vendría siendo como una instantánea de un momento dado y, precisamente, ese interés de la caricatura por la objetividad, limita la libertad artística y permite situarla en un plano distinto del de la pintura.

Santiago R. de la Vega, finalmente, se limita a distinguir la caricatura dibujada de la caricatura escrita, para posteriormente concentrarse en desarrollar los recuerdos que le vienen a la mente en la evocación de renombrados "moneros" de finales de siglo XIX y principios del actual.

Para concluir con el presente Capítulo, visto lo que comprende la libertad de expresión y lo que debemos entender por caricatura para efectos del presente trabajo, debemos concluir que ésta se constituye como una forma de exteriorizar el pensamiento del ser humano y que se encuadra dentro de la libertad específica de imprenta o de prensa, ya que necesariamente, para la elaboración del cartón, se requerirá plasmar la visión que tenga el

caricaturista sobre una superficie, sobre un material *ad hoc* a los propósitos deseados.³⁶²

En términos similares lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

"Quinta Época.

"Instancia: Primera Sala.

"Fuente: Semanario Judicial de la Federación

"Tomo: XXV.

"Página: 1870.

"CARICATURAS. La caricatura es una de tantas formas de la expresión del pensamiento humano; y por lo mismo, no debe tener mas limitaciones que la moral, la paz pública, el derecho de tercero y el deber de no provocar la comisión de delitos, sin que pueda decirse que obrar en contra de las disposiciones de la ley; no es moral, pues tal argumento hace descansar la moralidad del acto en un razonamiento a priori, siendo que el juez penal debe demostrar previamente, que el acto mismo de publicar la caricatura, constituye un ataque a la moral.

"TOMO XXV, Pág. 1870.- Rodríguez de la Vega Daniel.- 9 de abril de 1929".

³⁶² "La caricatura ha adquirido tal trascendencia en México, que en la generalidad de los periódicos nacionales se publican diariamente en la sección "editorial", siendo una forma de expresar las consideraciones del caricaturista con respecto a determinado punto que se haya dado en el desarrollo social-político, calificándose a este tipo de caricatura como política y que al decir de Lorenzo Meyer, se le define como "el dibujo distorsionado, exagerado, de una persona, tipo o situación, hecho con intención de burla o sátira. En este último caso -el de sátira- el objeto del autor es censurar la insensatez o la deshonestidad de un personaje o una situación. Justamente el exagerar -para resaltar- los múltiples aspectos grotescos, corruptos o francamente perversos de nuestra vida política, es la técnica básica de las caricaturas de crítica política". DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Or. Or.*, p. 94.

CAPITULO CUARTO: DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sumario: 1. Delimitación legal del derecho a la propia imagen; 1.1 Derecho Mexicano; 1.2 Derecho Comparado aplicable; 2. Delimitación legal de la libertad de expresión en relación con el derecho a la propia imagen; 2.1 Derecho Mexicano; 2.2 Derecho Comparado aplicable; 3. Valoración de los derechos en conflicto.

I Delimitación legal del derecho a la propia imagen.- En el Capítulo Segundo³⁶³ hicimos brevemente alusión a las denominadas "causas de justificación" que legitiman la fijación, reproducción o difusión de la imagen de otra persona sin su autorización, hipótesis que normalmente toda legislación que prevé el derecho a la propia imagen contiene, pues es un valor entendido que todos los derechos subjetivos, cuando menos en principio, son limitados, esto es, el individuo no goza de una prerrogativa irrestricta en su ejercicio. En su momento se trataron con ocasión de la autorización como expresión de la voluntad del titular del derecho a la imagen para consentir el uso lícito de los rasgos físicos que le individualizan e identifican. Se dijo entonces que toda fijación, reproducción o fijación de la efigie de otro, no mediando autorización de por medio o excediendo los términos acordados originalmente en la autorización, provocaba o actualizaba la violación del derecho que nos ocupa, *salvo* que se ubicara la conducta dentro de alguna de las "causas de justificación" a que nos estamos refiriendo, que suelen ser identificadas también con el nombre de "límites" del derecho a la propia imagen,

³⁶³ Cf. *supra* numeral 4 de dicho Capítulo.

entendiendo la palabra "límite" como la franja conceptual a partir de la cual no es posible accionar la actuación de los órganos jurisdiccionales para invocar la violación del derecho a la imagen. No es nuestro propósito repetir lo que ya se ha afirmado, en consecuencia, en el presente Capítulo nos constreñiremos a tratar las excepciones a la protección de la imagen de la persona, conforme nuestra legislación vigente, y haciendo referencia a algunos aspectos trascendentes que se presentan en el Derecho Comparado y que hemos considerado oportuno mencionar para entender de mejor manera la regulación que nos es propia, en virtud de que los precedentes doctrinarios y jurisprudenciales en nuestro medio son prácticamente inexistentes.

1.1 Derecho Mexicano. - Conforme lo disponen los artículos 86 y 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor, podemos distinguir en un primer momento que se contienen dos hipótesis o planteamientos generales, a saber: *a)* Cuando la imagen ha sido captada por un fotógrafo, en virtud de mediar un encargo por parte del fotografiado; y *b)* La regla general para toda fijación de la imagen. No está de más advertir nuevamente que si bien la LFDA hace referencia al vocablo "retrato", dicho concepto lo estamos haciendo extensivo a cualquier forma de fijación, reproducción, difusión o representación de la imagen de la persona, tal como ha sido sostenido en forma unánime por la doctrina y algunas resoluciones judiciales del extranjero, a reserva de manifestarnos al final de este trabajo nuestro pensamiento respecto de la caricatura como forma de representar a un individuo con trazos y líneas, conforme hemos entendido el concepto de caricatura en el numeral 3 del Capítulo Tercero.³⁶⁴

³⁶⁴ En otra parte afirmamos, tal vez en forma temeraria, que los principios que rigen a la imagen pueden válidamente aplicarse en forma analógica a la voz. Sostenemos lo dicho, en el entendido de es la autoridad judicial la última voz en esta cuestión. Deseable sería, sin duda, de que en forma expresa la ley lo previera de esta manera, como lo contempla ya la legislación española a que más adelante haremos referencia, así como el Código Civil del Perú, cuyos artículos sobre la materia rezan de la siguiente manera:

Respecto del primer supuesto, no cabe la posibilidad de invocar la existencia de alguna "causa de justificación", ya sea que el fotógrafo tenga las fotografías de las orgullosas quinceañeras a lo largo del vestíbulo con que cuenta su local, o que tenga las reproducciones celosamente depositadas en álbumes fotográficos bien guardados o custodiados y que sólo las muestre al interesado en solicitar sus servicios. Tanto en uno como en el otro caso, o en cualquiera diverso de éstos que la realidad presente, se requiere *necesariamente* la autorización del efigiado. La ley no da lugar a otra solución distinta.

Por lo que toca al segundo supuesto, que en realidad es la regla general, pueden encontrarse cuatro limitaciones al derecho a la propia imagen, es decir, cuando no es necesario recabar la autorización expresa de la persona efigiada, o de las demás personas que la LFDA contempla a la falta de aquél ("sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes"). Estas causas de justificación son las siguientes: *a)* Cuando el retrato de la persona forme parte menor de un conjunto; *b)* Cuando la fotografía sea tomada en un lugar público; *c)* Cuando la fotografía sea reproducida, publicada o difundida con fines periodísticos o informativos; y *d)* Cuando hayan transcurrido 50 años de la muerte de la persona cuya imagen ha sido capturada en algún soporte material o por cualquier otro medio (pensemos en las imágenes que

"Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, exclusivamente y en ese orden.

"Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas disposiciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden...

"Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título (relativo a los "derechos de la persona"), confiere al agraviado o a sus herederos acción para la cesación de los actos lesivos. "La responsabilidad es solidaria".

pueden ser guardadas en diskettes de alguna computadora, tras haber sido "escaneadas").

El primero de los supuestos que plantea la segunda hipótesis, según el texto literal -en lo conducente- del artículo 87 de la LFDA refiere que "No será necesario el consentimiento (*sic*) a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto...". Desde luego que el precepto se refiere a aquellas imágenes que son tomadas en la vía pública y que tienen relación con algún acontecimiento de interés público, pero desgraciadamente la forma en que está redactada esta disposición, por ejemplo, habilita a publicar y comercializar la imagen de un persona cuando esta aparezca como parte accesoria en un conjunto, así se trate de la fotografía familiar, pues para que la demanda de violación prospere tendría que ser ejercitada la acción correspondiente por todos los que en la misma aparecen (o por sus representantes o titulares de los derechos correspondientes). Desde este punto de vista, la legislación española en la materia (conforme veremos más adelante) goza de una mejor redacción, pues refiere a "La información gráfica *sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria*" (Art. 8.2, inciso c) de la ley Orgánica 1/1982). Asimismo, de acuerdo con lo que maneja la mayor parte de la doctrina autorizada en este tipo de asuntos, aun y cuando la imagen sea accesoria o pertenezca a un conjunto mayor, si dicha imagen del sujeto es individualizada o particularizada, conforme a las diversas técnicas que existen hoy en día, de forma tal que la haga perder el contexto o las condiciones de la que fue tomada, se constituye un ataque en contra del derecho a la propia imagen, toda vez que las razones por virtud de las cuales el legislador legitimó esta forma de captación y reproducción de la imagen han sido desaparecidas en forma intencionada.

El segundo de los supuestos refiere a cuando "la fotografía sea tomada en un lugar público". Nuestra LFDA ha adoptado el sistema previsto en la legislación francesa, en donde se distingue una marcada dependencia de la protección de la imagen con la del derecho a la intimidad. En efecto, conforme lo establece el numeral 2 del artículo 368 del Código Penal francés, no constituye delito captar o transmitir la imagen de una persona cuando no se encuentre en lugar privado.³⁶⁵ La jurisprudencia y doctrina francesas también han sostenido y defendido tal criterio, e incluso los estudiosos han protestado airadamente cuando el fallo de algún juez decreta como violación del derecho a la imagen la fijación de la efigie de un individuo cuando éste

³⁶⁵ El texto de esta disposición fue introducido por medio de la Ley 70-643, de 17 de junio de 1970, que refuerza la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, publicada en el Diario Oficial de la República Francesa el 19 de julio de 1970. Con motivo de dicha ley se adicionaron o reformaron las disposiciones de diversos ordenamientos sustantivos y adjetivos. El texto completo de las disposiciones relacionadas con este punto del ordenamiento punitivo en comento es el siguiente:

"Art. 368.- Serán motivo de encarcelamiento, de dos meses a un año o de multa de 2,000 a 50,000 Francos, o de ambas penas al mismo tiempo, que cualquier persona que haya atentado voluntariamente contra la intimidad de la vida privada de otra persona, ya sea:

"1. Ecuachando, registrando o transmitiendo con un aparato cualquiera de las palabras pronunciadas en un lugar privado por una persona, sin el consentimiento de ésta;

"2. Fijando o transmitiendo, por medio de un aparato cualquiera, la imagen de una persona que se encuentre en un lugar privado, sin el consentimiento de ésta.

"Cuando los actos enunciados en el presente artículo sean realizados en el transcurso de una reunión a vista y efímera de los participantes, el consentimiento de éstos será presumido.

"Art. 369.- Serán aplicadas las penas previstas en el artículo 368, a quien a sabiendas haya conservado, transportado o voluntariamente dejado al conocimiento del público o de un tercero, y utilizado públicamente, todo registro o documento obtenido con la ayuda de alguno de los hechos previstos en este artículo.

"En caso de publicación, las diligencias serán ejercidas en contra de las personas enumeradas en el artículo 285, en las condiciones fijadas por este artículo; si el delito fue cometido por medio de la prensa, la diligencia será en contra de las personas responsables de la emisión o, en su defecto, los dueños del establecimiento, los directores o gerentes de las empresas que hayan procedido a la difusión o que hayan obtenido algún provecho; si el delito es cometido por cualquier otro medio, sin perjuicio se aplicarán las disposiciones de los artículos 39 y 60 relativos a la complicidad.

"La infracción se constituye a partir de que la publicación fue hecha, recibida o cobrada en Francia.

"Art. 370.- Serán aplicadas las penas previstas por el artículo 368 a cualquiera que, a sabiendas publique, por cualquiera que sea el medio, el montaje realizado con las palabras o la imagen de una persona, sin el consentimiento de ésta, si no es evidente que es un montaje o si no es expresamente mencionado.

"Las diligencias en este caso, serán ejercidas según las condiciones previstas por el artículo 369, segundo apartado...

"Art. 372.- Para todas las infracciones previstas por los artículos 368 al 371, la tentativa de delito será considerada como delito mismo".

Con motivo de las citadas reformas, no solo se reformaron los aspectos penales (situación de por sí relevante, pues es de las pocas -por no decir la única que conocemos- que tutelan por la vía penal cualquier intromisión en la vida privada de las personas, pues como es sabido, normalmente es al honor al que se le protege de esta forma), sino que el artículo 9o del Código Civil francés de 1804 (conocido como Código de Napoleón) fue modificado para introducir el "respeto a la vida privada", con las características que ya en otra parte hemos anotado.

transita por la vía pública. Por nuestra parte, al igual que lo hace Fernández Sessarego,³⁶⁶ disintimos de la tendencia tanto legislativa como jurisprudencial y doctrinal asumida en Francia, y que ha reconocido como propia nuestra LFDA, en torno a limitar la tutela de la difusión de la imagen de una persona a sólo aquellos casos en que fuese tomada en un lugar privado. Estimamos que el hecho de caminar por la calle supone, a lo más (con una interpretación muy forzada), un tácito asentimiento del sujeto para la captación de su imagen, pero sin que ello signifique, también y al mismo tiempo, una tácita autorización para su irrestricta difusión a través de los medios de comunicación. Un criterio semejante implicaría que la única vida íntima o privada de que goza el sujeto es cuando se encuentra tras de cuatro paredes. Fese al criterio que a adoptado nuestra ley, es de advertirse que si con la fotografía tomada, se capta al sujeto en una posición o actitud indecorosa, que lleve consigo el demerito ante sí mismo y los demás, o la exhibición de un momento íntimo personal o familiar (pensemos en una demostración de cariño para con su pareja), podría alegarse la producción de un daño moral por haberse violentado el derecho al honor o a la intimidad, si bien en ningún momento podríamos invocar la conculcación del derecho a nuestra propia imagen.

Por lo que toca al tercer supuesto de los señalados, los creadores de la nueva regulación de la LFDA (entiéndase el personal adscrito al Poder Ejecutivo que formuló el proyecto en complicidad con los diputados y senadores que lo aprobaron sin haber tocado las disposiciones que nos interesan) decidieron prescindir de las causas de justificación basadas en "fines educativos, científicos, culturales o de interés general" (contenidas en la anterior Ley Federal de Derechos de Autor), que si bien pecaban de amplias y

³⁶⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. Cit.*, pp. 155 y ss., en donde se puede confrontar este tema en forma minuciosa.

poco precisas, para únicamente conformarse con los "fines informativos o periodísticos", términos que siguen adoleciendo de precisión, nada más que ahora el espectro es muchísimo más restringido, dejándose de lado importante aspectos que, con una adecuada regulación, podrían permitir la legítima y justificada utilización de la imagen de una persona sin que se cuente con la anuencia de ésta. ¿Qué debemos entender por fines "informativos o periodísticos"? ¿Resultan conceptos coincidentes "informativo" y "periodístico"? ¿Hasta qué punto un acontecimiento o suceso es susceptible de considerarse "informativo" o "noticioso"? De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española,³⁶⁷ "informativo" es aquello que informa o sirve para dar noticia de una cosa ("Informar" es "Enterar, dar noticia de una cosa"). Por su parte, "periodístico" es lo "Pertenciente o relativo a periódicos o periodistas" ("Periodista" es la "Persona que compone, escribe o edita un periódico... Persona que, profesionalmente, prepara o presenta las noticias en un periódico o en otro medio de difusión"; en tanto que "periodico", en la acepción que nos interesa, significa el "impreso que se publica con determinados intervalos de tiempo").³⁶⁸ Si nos atenemos al significado gramatical de las palabras empleadas por el legislador, nos encontraríamos con que la fijación y difusión de la imagen de un individuo, sin su autorización claro está, es legítima y legal cuando se informa "algo" (lo que sea) o cuando es presentada en algún periódico o cualquier otro medio de difusión, sin que tenga que justificar la publicación o difusión de la imagen. Con tales consideraciones vendría en nugatorio el derecho amparado por LFDA, pues se estaría al capricho de quien quisiera dar a conocer "algo" o al arbitrio de algún periodista de escasas consideraciones éticas (que abundan en nuestro país, por cierto). En este estado de cosas, debemos allegarnos de otros elementos para encontrar una interpretación más plausible a la limitación

³⁶⁷ *Diccionario de la Española*, *Ob. Cit.*, p. 822.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 1118.

que venimos estudiando. A tales efectos, consideramos que el *quid* del asunto está en desentrañar el significado de lo que debemos entender por noticia.

"¿Qué es la noticia? Cuando se hace esta pregunta, la mayoría de las personas suelen responder: 'Noticia es lo que los periódicos publican', o bien: 'Noticia es lo que oímos por la radio'. Tales respuestas, aunque parciales e incompletas son, sin embargo, acertadas. Porque la noticia no es un acontecimiento, por estúpido que parezca, sino el relato que se hace del mismo; no es lo que ocurrió realmente, sino la versión de lo que ocurrió, lo que nos llega. Si recordamos esto, iremos por buen camino para encontrar la respuesta correcta a la pregunta inicial".³⁶⁹

Tras dar la introducción anterior, Fraser Bond refiere que en el manual de la Associated Press, "noticia es todo aquello de interés acerca de la vida y de las cosas, en todas sus manifestaciones".³⁷⁰ Brinda asimismo una serie de definiciones provenientes de destacados periodistas norteamericanos, con base en las cuales ofrece la propia: "Noticia es un informe oportuno de todo aquello de *interés* para la humanidad, y la mejor noticia es aquella que *interesa* al mayor número de lectores".³⁷¹ Normalmente, la noticia que más le interesa al lector ordinario resulta ser la que más le concierne (El lector preferirá el reporte meteorológico que al contenido del último discurso del primer ministro inglés), aunque junto con el natural interés propio del lector, se encuentran varios estímulos humanos fundamentales estrechamente relacionados a los que responde todo individuo: triunfo, cultura, fe, tragedia, salud, heroísmo, misterio, mejoramiento propio, recreo, amor, ciencia y protección. Íntimamente ligados con estos elementos que propician el interés del receptor, se encuentran los factores que determinan el valor de una noticia: oportunidad, proximidad, tamaño e importancia.

³⁶⁹ FRASER BOND, F. *Cht Cht.*, p. 97.

³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 97 y s.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 98.

Sin embargo, lo anterior de poco o nada sirve para determinar el valor intrínseco de una noticia, o de las características del suceso para que sea motivo de aquella. Así, se dice que el periodismo informativo debe de ajustarse en sus noticias a las exigencias siguientes, nociones a las que nos adherimos:³⁷² a) Veracidad de los hechos sobre los que informa; b) Que los hechos seleccionados para su difusión sean de aquellos que tienen interés para el público; y c) Que esos hechos no ocasionen con su divulgación un daño a los intereses colectivos.

El primero de estos requisitos consiste en que la noticia ha de ser, ante todo, auténtica o exacta. La veracidad de la noticia debe ser apreciada no solamente en lo que ella afirma, sino también en lo que calla, en la forma de presentarla, en el contexto en el que ella es presentada y en la oportunidad con que es presentada o suministrada.

Por otra parte, son hechos de interés para el público todos aquellos que permiten a éste un ejercicio más efectivo de sus derechos y el mejor cumplimiento de sus obligaciones para con la sociedad y con los demás individuos, un conocimiento más apropiado de sus valores nacionales y culturales, la formación de un sentido crítico para la apreciación de los hechos, el desenvolvimiento de sentimiento de amistad y de respeto mutuo con otros hombres, grupos o pueblos y una compenetración más perfecta con las aspiraciones y necesidades de su propio pueblo y las de otros, ésto último como medio de acrecentar la cooperación y comprensión mutua y de reducir tensiones y conflictos. Dicho sea en otras palabras, la información debe tener como objetivo un enriquecimiento espiritual del informado y versar sobre

³⁷² NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 15.

materias que constituyen un interés de la sociedad en su conjunto o del grupo más reducido al que el receptor pertenece.³⁷³

En lo que respecta a que la noticia no tenga un contenido capaz de causar daño a los intereses generales de la sociedad, dicho daño podría provenir de que con aquella se descubran secretos que pongan en peligro las seguridad nacional o que mediante la misma queden afectadas las buenas costumbres que constituyen el marco ético mínimo que supone la vida en sociedad.

Finalmente, el último de los "límites" o "causas de justificación" del derecho a la propia imagen que contempla la LFDA consiste en el mero transcurso del tiempo, una vez fallecido el titular originario del derecho. En efecto, dispone el artículo 87, último párrafo, que "Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte". En este tenor, transcurrido dicho plazo, ni los "representantes" ni los "titulares de los derechos correspondientes" podrán legítimamente invocar este derecho, que no impide en lo absoluto el demandar la producción de un daño moral (propio, por supuesto), cuando la imagen de una persona sea presentada de forma tal que denigre incluso la dignidad de sus descendientes. Obviamente, en caso de muerte del titular del derecho (persona efigiada), y faltando las personas a que hemos aludido, la imagen se torna "libre", pudiendo ser reproducida o publicada sin más restricción que respetar la moral y las buenas costumbres.

³⁷³ Cf. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 157, quien agrega que no se ajustan a esta segunda exigencia las noticias que tienden a satisfacer una malsana curiosidad sobre aquello que en nada puede contribuir a este enaltecimiento del receptor o que solamente despiertan en el un avasallamiento de sus reacciones nobles por sus bajas pasiones o por instintos incontrolados.

1.2 Derecho Comparado aplicable.- Tanto en el presente apartado, como en la correspondiente referencia que se hará a la legislación comparada del derecho a la libertad de expresión, nos limitaremos a describir tres órdenes jurídicos distintos al nuestro, ámbitos en los que la regulación del derecho a la propia imagen, así como las sentencias judiciales que les han recaído, muestran un respecto adelanto con respecto a la situación que priva en México. Nos referimos a Argentina, España y Estados Unidos de América, naciones de las que nos fue posible recabar información más o menos detallada y actual, tanto legal, doctrinal y jurisprudencial.

Argentina

La primera mención legal que se refirió a la protección de la imagen de la persona se dio en la Ley Número 3975 de Marcas de Fábrica, de Comercio y de Agricultura, de 23 de noviembre de 1900, cuyo artículo cuarto prohibía el registro y el uso del nombre o del retrato de una persona a favor de un tercero, a menos de que la persona o sus herederos dieren el consentimiento. Disposición similar se encuentra en la actual Ley Número 22.362 de Marcas, sancionada el 26 de diciembre de 1980 y publicada en el Boletín Oficial del 2 de enero del año siguiente, toda vez que el artículo tercero establece que no pueden ser registrados como marcas: "... h) el nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive..."³⁷⁴

³⁷⁴ Cf. OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 94, 347 y s. Sea esta la ocasión para manifestar que en nuestro país la legislación sobre la llamada propiedad industrial ha contemplado análoga disposición desde la Ley de Marcas Industriales y de Comercio de 25 de agosto de 1900, que en la fracción V de su artículo 50 excluyó de ser registrados como marcas "los nombres, firmas, sellos y retratos de los particulares sin su consentimiento", aunque en este precepto no se extendía la facultad de otorgar la autorización a los herederos o parientes. La Ley de Marcas y de Avisos y Nombres Comerciales de 26 de junio de 1928, en la fracción VI de su numeral 7o, contuvo idéntica disposición. La ampliación a los herederos y parientes hasta del tercer grado para otorgar la autorización en caso de muerte del titular original se presentó con la Ley de Propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942 cuyo artículo 105 se leía en la parte conducente: "Artículo 105. No se admitirán a registro como marca:...

Adicional a la disposición anterior, normas protectoras del derecho a la propia imagen son encontradas en dos ordenamientos más, el Código Civil y, como acontece en nuestro país y en otros tantos, la legislación autoral.

Como premisa, el artículo 19 de la Constitución argentina establece los contornos generales del derecho a la intimidad al prever que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Sin embargo, tal precepto constitucional nunca fue reglamentado sino hasta la Ley 20.889, de mediados de la década de los setenta, por virtud de la cual se incorporó el artículo 32 bis del Código Civil, cuyo texto estatua que "Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, moritificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales, con

... IX. Los nombres, firmas, sellos y retratos, sin la autorización de los interesados o, si han fallecido, de sus herederos o parientes hasta del tercer grado". Tal disposición se debió a que "se considera que el derecho a la imagen se encuentra comprendido en la esfera del derecho al honor y que la necesidad de proteger a la persona contra la arbitraria difusión de su imagen deriva de una exigencia individualista, según la cual la persona debe ser árbitra para consentir o negar la reproducción de su propia figura: el celo de la propia individualidad establece un respeto de esta exclusividad sobre los rasgos y facciones característicos de la persona.

Como acontece con el nombre ajeno, la prohibición de adoptar como marca el retrato no está condicionada, porque el derecho a la propia imagen también goza de una protección absoluta, de suerte que en ningún caso se consiente utilizar la imagen ajena sin que medie el previo consentimiento del interesado". RANGEL MEDINA, David. *Tratado de Derecho Marcario. Las Marcas Industriales y Comerciales en México*, el autor, México, 1960, pp. 392 y s.

Por su parte, la Ley de Invencciones y Marcas de 30 de diciembre de 1975 estableció que no eran registrables como marca, "Los nombres, seudónimos, firmas, sellos y retratos de personas, sin consentimiento de los interesados o, si han fallecido, de sus ascendientes descendientes de grado más próximo" (Art. 91, fracción XI). *Cfr.* la interpretación tan restringida que sobre este precepto realiza NAVA NEGRETTE, Justo. *Derecho de las marcas*, Editorial Foruá, S. A., México, 1985, pp. 440 y s.

Finalmente, la vigente Ley de la Propiedad Industrial de 26 de junio de 1991 (cuya denominación original fue "Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial") en su artículo 90, fracción XII (reformados por Decreto de fecha 29 de julio de 1994) se prohíbe registrar como marca "Los nombres, seudónimos, firmas y retratos de personas, sin consentimiento de los interesados o, si han fallecido, en su orden, del conyuge, parientes consanguíneos en línea recta y por adopción, y colaterales, ambos hasta el cuarto grado".

arreglo a las circunstancias, aplicarán razonablemente estas dos sanciones". Desafortunadamente, dicha reforma adolecía de una terrible deficiencia legislativa que motivó su derogación al poco tiempo de aprobada. En tal virtud, la protección de los derechos de la personalidad (entre ellos obviamente el de la imagen) siguió estando limitada al acreditamiento de la existencia de daños morales, siempre y cuando mediara un delito criminal.³⁷⁵

Años más tarde, fue adicionado el artículo 1071 bis del ordenamiento civil invocado, incorporado por ley 21.173, mismo que se lee de la siguiente manera:³⁷⁶

"Art. 1071 bis - El arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuere procedente para una adecuada reparación".

En tales condiciones, para los efectos que nos interesan, con base en el artículo transcrito puede invocarse la violación de la intimidad, por medio de la fijación o reproducción de la imagen de la persona, independientemente si la agresión proviene de una autoridad o de un particular, cuando dichas fijaciones devienen en forma "arbitraria" (conducta antijurídica, queremos entender). Cifuentes³⁷⁷ considera las siguientes situaciones como límites a este

³⁷⁵ Cf.: CIFUENTES, Santos. "Derechos..."; *Ob. Cit.*, pp. 526 y 591, de donde se desprende que el vicio legislativo consistía en que el artículo adicionado "era el del proyecto del diputado TROCCEOLI, pero después de los debates se habían producido dos modificaciones: quedó como art. 51 bis, suprimiéndose la frase "sin su dolo ni culpa". Al enviarse al Senado hubo error y en vez de llegar lo que se votó en diputados, llegó el proyecto original sin modificaciones, y la Cámara revisora lo aprobó sin ellas, promulgándolo también el Poder Ejecutivo...".

³⁷⁶ Lo tomamos de MÁRQUEZ ALLERIALDE, Maximiliano. "*Regímenes jurídicos de las comunicaciones (Pluricultural)*". Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1986, p. 203, en el entendido de que, si bien han existido intentos por reformar el precepto invocado, a la fecha -hasta donde nos fue posible averiguar- se encuentra vigente.

³⁷⁷ CIFUENTES, Santos. "*Elementos...*", *Ob. Cit.*, pp. 84 y s.

derecho: *a)* Cuando exista un interés público superior a tutelar, siempre y cuando se encuentre fundado en la ley o por autoridad judicial competente; *b)* Cuando exista una disponibilidad relativa, esto es, que se permita la exhibición de confidencias en algunas circunstancias con autorización del interesado o en virtud de mandamiento judicial cuando existan los intereses de orden público; y *c)* Tratándose de personas públicas o celebres, que el pueblo venera como ídolos, es posible difundir algunos aspectos que conciernen a su privacidad.

Por su parte, la Ley de Propiedad Intelectual 11.723, de 26 de septiembre de 1933, en sus artículos 31 y siguientes, se ocupa de la imagen, trayendo a colación la necesidad de la autorización expresa para su exhibición en el "comercio" de fotografías. El texto de los preceptos anunciados es el siguiente:³⁷⁸

"Art. 31. El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su conyuge e hijos o descendientes directos, de estos o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el conyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

"La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

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

"Art. 33. Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato o de las cartas, sean varias, y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad judicial...

"Art. 35. El consentimiento a que se refiere el artículo 31 para la publicación del retrato no es necesario después de transcurridos 20 años de la muerte de la persona retratada..."

³⁷⁸ Lo tomamos de ACEREBY, Pedro Carlos. *Derecho de Autor. Régimen legal de la propiedad intelectual y su reglamentación*, Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1967, pp. 21 y s.

Al igual que lo hicimos en su oportunidad,³⁷⁹ Cifuentes³⁸⁰ critica la falta de una norma general que ampare la imagen, así como el exceso de la ley en comento de su ámbito normativo. En efecto, este estudioso de los derechos de la personalidad distingue la diferencia existente entre el derecho de autor sobre el retrato y el del retratado sobre su imagen, pues en este último caso se prescinde de la labor artística o técnica, para mirar el derecho subjetivo sobre un bien personalísimo, debiendo en consecuencia la ley autoral limitarse al primero de los derechos enunciados, sin embargo, pese a que los autores del proyecto reconocieron que los intereses morales y económicos de la persona cuya imagen es reproducida es materia totalmente ajena a los derechos de autor (cuestión que, en cierto modo, también distinguieron en sus dictámenes nuestros legisladores, según hemos ya consignado).

Las similitudes entre el caso argentino y el nuestro (que si se toma en cuenta la redacción del artículo 31 antes transcrito, así como la fecha en que fue concebido, no es difícil darse cuenta que sirvió de inspiración para el artículo 25 de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948), han hecho arribar a Cifuentes³⁸¹ a prácticamente las mismas conclusiones que hemos sostenido en el Capítulo Tercero:

“... Ello ha hecho decir que, tan deficiente técnica legislativa, deriva de la indecisión de los legisladores para colocar el retrato fuera del campo de los derechos de autor, o sea, dentro de las materia “conexas”, como la ley italiana, la cual dejó en ese regimen lo que atañe a la reproducción que entraña creación artística y como derechos conexos la que no importe esa creación. Dicha ley, no. 633, del 22 de abril de 1941, se titula: “Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”.

³⁷⁹ *Supra* numeral 3 del Capítulo Tercero.

³⁸⁰ CIFUENTES, Santos. *Derechos...*, *Ob. Cit.*, p. 521.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 522 y s.

"Pienso que no se trata de materia conexa, sino de dos caras de un mismo fenómeno, totalmente diversas, puesto que representan sendos derechos diferentes. El de autor, cuando éste confecciona o retrata y fija la imagen; y el de la persona retratada o representada, en resguardo, no del arte, paternidad u obra, sino de su propia persona. Con o sin calidades artísticas o técnicas la imagen debe ser protegida. Una excelsa y originalísima obra de arte no descoloca el tema del radio de los derechos personalísimos, aun cuando es éste un ángulo visual totalmente distinto, pueda o no discutirse la paternidad del autor. Lo mismo que una común fotografía en blanco y negro".

Para finalizar con este tema, y antes de ver las limitaciones establecidas en la ley autoral argentina, es de agregar que la confusión legal ha sido llevada al ámbito jurisprudencial, en donde se han llegado a pronunciar de distinta manera, y hasta en sentido contrario, los tribunales encargados de aplicar e interpretar la ley, pues así como han visto en las disposiciones transcritas un derecho de autor simple y llano, han interpretado un derecho de naturaleza análoga, o bien, un derecho de la personalidad. En dicho tenor, veáncse por ejemplo las siguientes jurisprudencias:³⁸²

"Fotografía.- Publicación no autorizada.

"El uso de la fotografía de una persona con finalidad de propaganda comercial sin su consentimiento importa transgredir un derecho de análoga naturaleza jurídica a los reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual, y por ello, su autor, incurrir en la pena prevista para las defraudaciones por el artículo 172 del Código Penal (Arts. 31 y 71, Ley 11.723).

"C. 3a Crim. La Plata. Sala II. Mayo 27/1952. Autos: Isaias Kusminsky.

"La Ley. Tomo 67, pág. 648".

"Retrato fotográfico.

"El derecho de la persona fotografiada y de su familia sobre el propio retrato encuentran amparo en la Ley No. 11.723 como todo objeto de propiedad intelectual. A su vez el derecho del fotógrafo, como autor de la obra artística, también se encuentra reconocido por la citada Ley.

"Cámara Civil 1a de la Capital (mayo 19/1939). Autos: Lopez de Gomara c/ Lopez A. L.

"La Ley. Tomo 16, pág. 531".

"Retrato fotográfico.

³⁸² Tomadas de ACERREY, Pedro Carlos. *Ob. Cit.*, pp. 238, 269 y s.

"La ley protege la fotografía como obra artística y el derecho de la personalidad del fotografiado. El permiso que una persona ha dado para la publicación de su retrato debe interpretarse con sentido estricto. La falta de autorización del interesado importa violación de la ley, suficiente para acordar la protección jurisdiccional. Las mismas personas autorizadas para dar el consentimiento, son las que pueden solicitar el cese de la publicación abusiva."
"C. N. Civil Sala A. (24/II/1966). Autos: S. M. A. de Vidal Quadras c/ Ivonne S. A.
"La Ley. Tomo 122, pág. 158".

Las excepciones que previene la Ley No. 11.723 parecen poderse agrupar en tres tipos o clases: *a)* Cuando no existe un titular que pueda resultar agraviado por el uso de la imagen, ya sea por imposibilidad física o por haber llegado a su término el plazo de protección; *b)* Cuando se presenta un interés colectivo al cual se subordina el derecho de la personalidad; y *c)* Cuando por una presunción legal se estima que la persona está permitiendo la fijación y reproducción de su propia imagen.

Así, Cifuentes³⁸³ desglosa las limitaciones que permiten la libre publicación del retrato, conforme a la legislación autoral argentina en: *a)* Muerta la persona y no existiendo cónyuge, hijos, padre, madre o los descendientes directos de los hijos; *b)* Cuando el retrato se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales, aunque anota que respecto de los dos primeros supuestos (fines científicos y didácticos), los intereses derivados de la convivencia social o cultural no deben impunemente atacar la honestidad y la reputación, pues se está ante un bien de superior realce como es el honor o la dignidad; de los aspectos culturales refiere que deben entenderse por éstos aquellas obras que realmente propendan a formar la cultura general, ya sea por los títulos del autor, los materiales empleados, cualidades de la obra y el tipo de exhibición puramente cultural, y no al "pseudoarte" o del autollamado artista que pretende lucrar un cuadro al comercio publicitario; *c)* Cuando la exhibición del retrato se relaciona con hechos o acontecimientos de interés

³⁸³ CIFUENTES, Santos. *Derechos...*; *Ob. Cit.*, pp. 530 y ss.

público, con base en lo cual se ha considerada autorizada la exhibición de la fotografía del autor (o presunto autor, mejor dicho) de un delito, y precisa que tales consideraciones de seguridad pública e identificación de personas no debe extenderse a los delitos de acción privada (querrela) y, mucho menos, a la víctima, e incluso insinúa que tal difusión debe ser llevada a cabo por las autoridades y no por aquellos particulares que quieren alzarse en voceros de la seguridad e interés colectivo; *d)* Cuando se trata de hechos o acontecimientos que se hubieren desarrollado en público, en el entendido de que esta limitación debe actualizarse únicamente cuando exista un gran número de personas en un lugar público, *siempre* que medie un hecho o acontecimiento de naturaleza social como podría ser un tumulto, la inauguración de monumentos, desfiles, cortejos fúnebres de hombres célebres, ceremonias oficiales y solemnes, incendios, manifestaciones colectivas, mítines, desastres en general y demás similares de características análogas. En tal virtud, la difusión del retrato de una plaza, pese a que esté muy concurrida, si no se ha presentado alguno de los "hechos o acontecimientos" anteriores, no podría verse amparada por la ley. Asimismo, cuando la participación de un individuo en uno de los eventos anotados es "sacada" del contexto en que se capturó, la exhibición se torna en ilícita; y *e)* Transcurrido el plazo de veinte años después de la muerte del titular del derecho a la imagen, la exhibición de la fotografía (o retrato, pintura, etcétera) es libre, por lo que no es necesario recabar la autorización de los parientes, en el entendido de que la limitación es únicamente para la imagen del muerto, de modo que si se hiere el honor, los parientes tendrían un legítimo interés en defender la memoria del muerto (o aducir un agravio propio, según sea la postura que sobre el tema se tenga)³⁸⁴ y demandar el cese o la abstención del ataque.

³⁸⁴ *Cfr. supra* numeral 2.3 del Capítulo Segundo.

España

Ante el silencio legal, las demandas por virtud de las cuales se buscaba resarcir el daño producido a alguno de los derechos de la personalidad, esto es, un daño moral, utilizaron durante largo tiempo la vía de la responsabilidad extracontractual, contemplada en el artículo 1902 del Código Civil ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"). Terminado el régimen franquista, para el año de 1978 fue aprobada por las Cortes y por la sociedad civil mediante un referéndum una nueva Constitución, misma que fue sancionada por el Rey el día 27 de diciembre, así como publicada el 29 del mismo mes. Dicho texto fundamental presentó aspectos que a la fecha pueden ser considerados como novedosos, sobre todo en tratándose de derechos fundamentales, como clara respuesta a una etapa oscura de la que venían saliendo.³⁴⁵ Para los efectos que en este momento nos interesan, son de destacarse los siguientes numerales:

"...TÍTULO PRIMERO

"De los derechos y deberes fundamentales

"10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

"2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España...

"...CAPÍTULO II"

"Derechos y Libertades...

³⁴⁵ Para mayor información respecto de la gestación de este ordenamiento fundamental, así como de varias de las características que reviste, *Cfr.* APARICIO, Miguel A. "Introducción al sistema político y constitucional español", 6a ed., Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1993, pp. 39 y ss.

"14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

"SECCION PRIMERA

"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas...

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

Fue así como la Constitución española se colocó dentro de la vanguardia al tutelar no únicamente a los derechos de la personalidad en la legislación secundaria, sino que algunos de ellos pasaron a formar parte de los postulados dogmáticos de la Ley Fundamental.

Pese a las buenas intenciones del primer párrafo del artículo 18, el mismo no ha estado libre de críticas, puristas, pero fundadas. En efecto, se ha dicho, con cierta insistencia, que la redacción del primer párrafo del artículo 18 Constitucional no ofrece toda la claridad conceptual deseable. "Al menos se podría haber dicho que se garantizaban "los derechos" al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y no "el derecho", como si todos fueran uno mismo".³⁶⁶

Tal confusión conceptual parece haber influido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (publicada en el Boletín Oficial del Estado número 115, de 14 de mayo), pues en varios de los pasajes

³⁶⁶ MARTÍN MORALES, Ricardo. *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, Granada, 1994, p. 20.

En dicho sentido se pronuncia Martínez de Fison Cervero, ya que "... la misma redacción constitucional no es precisamente un ejemplo de claridad a la hora de precisar el estatuto de los derechos regulados en su artículo 18. Como ya ha quedado reflejado en estas páginas, la Constitución garantiza "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", aludiendo así, a primera vista, a tres derechos bien diferenciados: el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen... tesis esta que parece recoger una doctrina generalizada entre quienes estudian el derecho a la intimidad... De la letra de la redacción constitucional bien puede colegirse que éste era el deseo de los constituyentes: establecer tres derechos distintos. No obstante, lo cierto es que también puede hacerse una lectura contraria". *Cfr.* MARTÍNEZ DE FISON CERVERO, José. *Ch. Cit.*, pp. 91 y ss.

de la misma se da un tratamiento indiferenciado a los derechos que regula. Pero no haremos mayor referencia a este tema, pues nos habremos de concentrar en la definición de las injerencias o intromisiones "ilegítimas" del derecho a la propia imagen, a efecto de lo cual, el texto que nos interesa es el siguiente:

"CAPÍTULO PRIMERO

"Disposiciones generales

"1.1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo previsto en la presente Ley Orgánica.

"2. Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

"3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio a los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta Ley.

"2. 1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

"2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.

"La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

"3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas...

"CAPÍTULO II

"De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen

"7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley:

"... 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada fuera de ella, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

"6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga...

"8. 1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

"2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

"a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

"b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

"c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

"Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza..."

Es de hacer referencia en primer término al párrafo 5 del artículo 7 de la Ley 1/1982, ya que en el mismo se consagra de manera rotunda el derecho a la propia imagen, por cuanto considera el ordenamiento en cuestión como intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona, lo que de inmediato denota la amplitud de los términos en que aparece definida la intromisión, pues si la imagen es, como se ha dicho, la reproducción o representación de la figura humana en cualquier forma visible y reconocible, la simple captación por cualquier procedimiento (actual o futuro), seguida o no de la reproducción y publicación, que consuma la instrumentalización de la persona, constituye una intromisión ilegítima en el ámbito protegido. Adicionalmente, el párrafo siguiente (el 6) amplía los supuestos de intromisión y permite acoger todos aquellos supuestos en que se dé efectivamente una instrumentalización de la persona a través de diversos signos individualizadores (nombre, voz o imagen).³⁸⁷

³⁸⁷ Cf. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Ob. Cit.*, pp. 124 y ss., así como lo expresado en el numeral 5 del Capítulo Tercero.

Se ha repetido en varias ocasiones, que el derecho a la propia imagen, como prácticamente todo derecho subjetivo, es absoluto en cuanto es oponible *erga omnes*, lo que de ninguna manera significa que tenga tal carácter por ser ilimitado. La convivencia social impone necesarios límites al ejercicio de un derecho, limitaciones que pueden venir impuestos por la ley o de su propia naturaleza y en tal sentido se manifiesta la legislación en comento. Conforme a la Ley de 5 de mayo de 1982 parcialmente transcrita, las excepciones a la protección del derecho a la propia imagen devienen de la ley, del uso social, por la autoridad, por el interés público, por la proyección pública de la persona de que se trate y por accesoriaidad.³⁸⁸

a) Por las leyes: Conforme al artículo 2.1 de la ley en cuestión, se establece como un primer límite aquel que impongan las leyes. En este rubro, se encuentra el artículo 120.1 de la propia Constitución española al establecer que "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento", por lo que en consecuencia las imágenes que se capten, publiquen o transmitan con motivo de un proceso judicial no entran bajo la protección. Otra excepción legal la constituyen los supuestos del segundo párrafo del artículo 8 de la ley de referencia, que serán vistos más adelante; b) Por usos sociales: El propio artículo 2.1 enunciado dispone que son objeto de delimitación del derecho a la propia imagen los usos sociales (entendidos social y no jurídicamente hablando), a efecto de lo cual, se deberá atender al ámbito que, por sus propios actos, mantenga la persona reservado para sí misma o su familia, cuestión que de manera clara se entiende referenciada al derecho a la intimidad, pero no así al derecho a la imagen, por lo que quienes han tratado de encuadrar esta limitación a la imagen,

³⁸⁸ En un sentido estricto y muy punta, las excepciones devienen únicamente por imposición de la ley, sin embargo, seguiremos la clasificación y desarrollo de la misma propuestos por O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión...*; *Op. Cit.*, pp. 145 y ss.

necesariamente le otorgan un carácter de autorización tácita;³⁸⁹ c) For autorización o decisión de la autoridad, de acuerdo con la ley: Excepción prevista en el primer párrafo del artículo 8 de la multicitada ley, precepto que prevé que las intromisiones autorizadas o acordadas por la la autoridad competente de acuerdo con la ley, no se tendrán el carácter de ilegítimas, hipótesis que se actualiza en tres casos de forma muy clara: i) Las fotografías o dibujos de delincuentes buscados por la policía; ii) Las imágenes que se obtengan de procesos públicos (salvo excepciones que la leyes procesales prevean); y iii) Las fotografías o dibujos que se utilicen en un proceso o expediente judicial, como medio de prueba o para la procedibilidad del trámite; d) Interés histórico, científico o cultural: Tiene basamento en la presunción de que existe en el conflicto de derechos uno de mayor jerarquía o interés, por lo que la ley considera prevalente éste último y lo declara como límite de aquél. En este tenor se encuentra la parte final del primer párrafo de artículo 8 de la Ley de 5 de mayo de 1982, al disponer que no se reputan como intromisiones ilegítimas cuando predomine un interés histórico, cultural o científico relevante. Nótese que no debe ser cualquier interés de los apuntados, sino que la ley califica que debe ser relevante, es decir, que la imagen refleje un hecho importante para la evolución de la sociedad e interesante para el conocimiento general (aspecto histórico), para el desarrollo y conocimiento de la medicina (aspecto científico) o para el incremento del acervo espiritual de una nación o de la humanidad (aspecto cultural); e) Personaje público en acto público: Es el primero de los tres aspectos concretos que la Ley 1/1982 refiere como limitaciones exclusivas de la imagen en el segundo párrafo del artículo 8. Con excepción de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato (por ejemplo, tratándose de los jueces, fiscales, secretarios o procuradores que

³⁸⁹ Esta es una de las disposiciones comunes a los tres derechos regulados por la Ley Orgánica 1/1982, que por los motivos indicados de difícil aplicación para cada uno de ellos, ha sido blanco de constante crítica.

intervienen en procesos relacionados con el terrorismo), en base a esta hipótesis, deriva la imposibilidad de exigir la protección derivada del derecho a la propia imagen cuando se trata de la captación, reproducción o publicación, por cualquier medio, de la efígie de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y, siempre y cuando, la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. Se dice que este supuesto contiene tres elementos, a saber: *i)* Un elemento subjetivo integrado por un personaje público, independientemente de la razón que ha dado motivo a dicha fama o notoriedad, a pesar de que las causas que den tal carácter las limita la ley a las derivadas por la profesión o cargo, pues debe entenderse que la enumeración es meramente enunciativa; *ii)* El elemento objetivo que es la imagen en sí misma, que ha de ser tomada en acto público, fuera del círculo íntimo del sujeto. Tómese en consideración que este elemento se encuentra sumamente ligado al anterior, es decir, deben presentarse en forma simultánea, por lo que no es lícita la fijación de la imagen de una "persona pública" si el acto o lugar público son por razón de su vida privada; y *iii)* El tercer elemento es recogido por la doctrina -y no por la ley-, aunque es exigido en la jurisprudencia, consistente en el interés general de la información en relación con este límite del derecho a la imagen;³⁹⁰ *1)* En

³⁹⁰ Este elemento, no está recogido en la ley. Sin embargo, si lo ha exigido la sentencia del T. S. de 9 de mayo 1988, relativa a la comercialización de algunas fotografías, en forma de crumms, de unos jugadores de fútbol, sin consentimiento de éstos (que si lo hubia habido para anteriores temporadas); dice, en su largo fundamento 3o., que analiza este límite, que había sido alegado por la parte demandada: como viene entendiendo la doctrina más autorizada el carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legítima a su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales, y ello cabe sostenerlo por los siguientes argumentos: A) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental, como es el derecho a la protección a la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango, como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad en ser informada de cuando le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés circunstancial de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales. B) Porque así parece también desprenderse del tenor literal del número 1 del mismo artículo 8 de la repetida Ley de 1982, cuando señala que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas (sic) las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de noviembre 1984, en el sentido de que la Ley sólo puede autorizar las intromisiones por imperativo de interés público, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un

el inciso b) del segundo párrafo del artículo 8 de la Ley 1/1982, con la misma protección a las personas que desempeñan funciones que por su naturaleza necesitan el anonimato, se prevé que tampoco podrán exigir las personas de cargo o protección pública protección de este derecho fundamental, tratándose de la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. De la ley se colige que toda vez que la caricatura es una representación gráfica de la persona (siempre y cuando la haga reconocible), constituye una imagen de la misma, por lo que debe ser materia de protección, salvo la excepción que se contiene en este inciso;³⁹¹ g) El último límite que establece el artículo 8.2 se debe al carácter accesorio de la imagen, que lógicamente no puede ejercer su derecho frente a una imagen más amplia, por lo que un espectador de un partido de fútbol, de una corrida de toros o de un mitin político no puede impedir su retransmisión o publicación en base al derecho sobre su propia imagen.³⁹²

Estados Unidos de América

La existencia de un derecho a la intimidad fue sostenida por primera vez en el año de 1890 por Samuel Warren y Louis Brandeis, en el artículo

*intérés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediéndos, además, sin consentimiento del mismo. C) Esto cabe sostenerlo con mayor fuerza aun cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión". O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Libertad de expresión...". *Ob. Cit.*, pp. 150 y s.*

³⁹¹ *Cfr.* VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Ob. Cit.*, pp. 158 y s., para quien esta disposición en concreto para la caricatura puede hacerse extensivo "pues no hay obstáculo insalvable" a aquellos supuestos en que la imagen de la persona se obtenga mediante una escenificación de sus gestos o actitudes.

³⁹² El elemento subjetivo es, pues, la persona con cargo público o profesión de notoriedad o uroyección [sic] pública, tal como ha sido expuesto.

El elemento objetivo es la simple caricatura, sin necesidad de que se obtenga en lugar u acto público. Pero hay un elemento más, el elemento social; tal como dice la ley, *de acuerdo con el uso social*; lo que no puede significar otra cosa que la conformidad con la opinión de la sociedad respecto al uso de caricaturas para ilustrar un comentario o hacer una parodia o una broma, sin llegar al abuso que supondría que, a través de este tipo de imagen, se atentara al honor". O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Libertad de expresión...". *Ob. Cit.*, pp. 152 y s.

³⁹² *Cfr.* en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Ob. Cit.*, pp. 139 y s, los distintos supuestos en los que podría operar esta norma.

titulado *"The right of privacy"*, aparecido en el *Harvard Law Review*, vol. IV, Núm. 5,³⁹³ el cual fue motivado por la inquisitiva actitud de la prensa respecto de los *"social affairs"* de la esposa de Warren y sus amigas. No obstante este antecedente, la primera sentencia sobre la violación a la intimidad en los Estados Unidos se dió en el año de 1902 (*Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538, 64 NE 442 -1902-*), precisamente con motivo de un problema de uso comercial de la imagen:

"Abigail Roberson era una joven que alegaba que el demandado había utilizado su fotografía en un anuncio de su harina; a consecuencia de ello Abigail se sintió humillada ya que todo mundo la reconocía. Justice Parker, por la mayoría se negó reconocer un derecho no regulado y sin precedentes que podría provocar gran número de litigios. Los jueces disidentes lo admitieron por analogías con el derecho a evitar la intrusión física y con el derecho a evitar la apropiación de los productos de la mente: si su cara y su retrato tienen un valor, este le pertenece de manera exclusiva hasta que el titular lo ceda voluntariamente al público. Aceptando el refo, el juez Parker recogió el derecho al uso comercial de la imagen en el estatuto de New York en 1903. En 1903 la Corte Suprema de Georgia admite este derecho en *"Pavesich v. New England Life Insurance Co."*, 122 Ga. 190, 50 SE 68, en el que hacía uso de su imagen y el nombre del demandante para un anuncio, y que se convierte en *leading case*, basándose precisamente en las ideas de Warren y Brandeis".³⁹⁴

Dicho derecho a la privacidad, en virtud de no contar con una clara base constitucional, ha sido objeto de constante crítica y controversia. Su existencia se desprende, según sus defensores, de las libertades contenidas en la Primera Enmienda, en la libertad de no cateo sin la previa existencia de una orden judicial, en la protección a la no autoincriminación, así como en la cláusula de protección igual o de debido proceso (*Due process clause*).³⁹⁵ Su

³⁹³ Existe traducción a nuestro idioma en edición publicada recientemente: WARREN, Samuel y Louis Brandeis. *"El derecho a la intimidad"* (Traducción de Pilar Basquet), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1995, 73 pp.

³⁹⁴ ANAT LLAKE, *Eulalia*, *Op. Cit.*, p. 25.

³⁹⁵ "Es poco probable que los hombres que delinearon la Constitución y la Declaración de Derechos intentaran conferir, en contra del gobierno, un derecho a la privacidad en los términos en los que lo entendemos en nuestros días. Sin embargo, existen indicios de que los constituyentes intentaron crear una esfera de materias bajo protección, que los intérpretes contemporáneos podrían clasificar como un derecho general de la privacidad, contenido en la Cuarta Enmienda que prohíbe incautaciones y calcos "irrazonables". "En pero, la concepción de privacidad de la Cuarta Enmienda fue rudimentaria comparada con el derecho a la privacidad reconocido en nuestra ley en el último cuarto de siglo. Los constituyentes pudieron haber concebido

arriba a la Corte Suprema de los Estados Unidos se realizó hasta el año de 1965, que en *Griswold v. Connecticut* confirmó la existencia de un derecho constitucional a la privacidad, "no menos importante que cualquier otro derecho... reservado a la gente".³⁹⁶ Dicho criterio fue sostenido nuevamente en la polémica sentencia a *Roe v. Wade*, que en el año de 1973 dictó la Corte Suprema, en relación a una ley que prohibía el aborto, misma que fue declarada inconstitucional, en virtud de que se conculcaba el derecho a la privacidad.³⁹⁷

Fue así como la protección de la imagen del individuo a una probable violación se dió en forma indirecta, es decir, cuando la fijación y difusión de los rasgos fisonómicos de la persona producían una intromisión en la intimidad de la misma. Conforme se fueron desarrollando la doctrina y la jurisprudencia, se marcaron distintos tipos de violación. Para William Prosser,³⁹⁸ el derecho a la privacidad implica cuatro tipos distintos de invasión, o cuatro diferentes intereses que pueden ser motivo de querrela judicial, que si bien se encuentran ligadas por el nombre en común del derecho, no cuentan casi con ninguna otra característica coincidente. Los

una esfera peculiar del individuo en su casa, sus papeles, sus pertenencias; esfera que la Declaración de Derechos intromiso en contra de la intromisión gubernamental. Pero el derecho a la privacidad tiene, hoy en día, connotaciones constitucionales de, nada menos, una prerrogativa de los individuos para protegerse de cualquier intromisión ilegal en su vida privada. "Libertad en el sentido constitucional debe significar más que la privación ilegal por parte de la autoridad; debe incluir la privacidad, considerada esta como el depósito de aquella. El derecho de estar solo (*The right to be let alone*) es, de hecho, el principio de todas las libertades". SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*; Oxford University Press, New York, 1959, pp. 337 y s. ³⁹⁶ *Ibid.*, p. 338. En las páginas siguientes, pueden consultarse los detalles y razonamientos invocados por los *Justices* en la decisión.

³⁹⁷ Parecerá extraño, pero la invocación del aludido derecho ha sido el fundamento para que las cortes norteamericanas conozcan de las más disímiles cuestiones. *Cfr.* la obra anteriormente indicada, así como FACILEE Jr., Richard L. *The Transformation of the Supreme Court's agenda. From the new deal to the Reagan administration*; Westview Press, Inc., San Francisco, 1991, pp. 135 y s.; y SELAL, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. *The Supreme Court and the attitudinal model*; Cambridge University Press, New York, 1993, pp. 55, 56, 333 y ss.

Consúltese asimismo el reciente "*National Bestseller*" de ALDERMAN, Ellen y Caroline Kennedy. *"The Right to Privacy"*, 2ª ed. (1ª con esta editorial), Vintage Books, a Division of Random House, Inc., New York, 1997, 413 pp., que no es sino fiel reflejo de la atención que el jurista de la población está enfocando en esta materia.

³⁹⁸ *Cfr.* por CROSS, Larry, John Stuart Katz y Jay Ruby, "Introduction: A moral pause" en *Image Ethics. The moral rights of subjects in photography, film and television* (Editado por Larry Cross, John Stuart Katz y Jay Ruby), Oxford University Press, New York, 1988, pp. 8 y ss.

cuatro tipos de invasión que este autor distingue son: *a) La simple intromisión en el espacio privado de la persona, o la privacidad de que uno debe contar aun y cuando se encuentre en lugares públicos si no se ha solicitado la autorización para ser filmado o fotografiado; b) La violación del honor o de la reputación con motivo de la intromisión a la intimidad; c) El denominado "false light", que, como ya mencionamos en otra parte, es la distorsión de la verdad por virtud de la cual se crean falsas impresiones sobre las intenciones, gustos, carácter o acciones del sujeto agraviado; y d) La apropiación de la imagen, de la voz o de algún otro rasgo distintivo del individuo, normalmente con fines comerciales o, como dice Prosser,³⁹⁹ "El interés protegido es más material que mental, en el exclusivo uso del nombre y semblante como un aspecto de su identidad".*

La diferenciación entre la violación de la intimidad o del honor (*right of privacy*) de la persona cuyos rasgos o signos diferenciadores han sido fijados o reproducidos (o imitados, según algunas resoluciones que en estas tierras se han presentado) no siempre ha sido plenamente diferenciada de la explotación comercial de los mismos (*right of publicity*), pese a la gran cantidad de litigos que sobre el tema se han presentado. Por ejemplo, en 1984 la Corte Suprema de Nueva York determinó que los derechos de Jaqueline Kennedy Onassis fueron violados cuando la casa de modas Christian Dior contrató una modelo cuyos rasgos eran muy parecidos a los de la dos veces viuda, para lanzar una campaña de publicidad en la que se evocaba la figura de aquella. El *justice* que expuso el caso, ordenó a la modelo, Barbara Reynolds, a dejar de aparecer en los comerciales en los cuales se disfrazaba (*masquerades*) como la señora Onassis. Sin embargo, a Reynolds se le dejó en libertad de continuar trabajando en fiestas o en programas dramáticos para la televisión. "Especialistas legales... dijeron que no conocían de alguna decisión

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 13.

similar en que el uso comercial de la imagen podía violar el derecho a la privacidad de una celebridad".⁴⁰⁰

El *right of publicity*, tal como se conoce hoy, aparece en 1953, a raíz del caso *Haclan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.*⁴⁰¹ El demandante configuraba su derecho como derecho a la intimidad y el juez Jerome Frank declaró que se trataba de un uso comercial de la imagen. El demandante había contratado con un jugador para usar sus fotos en el envoltorio de un chicle y éste le había concedido el derecho en exclusividad; el demandado, también fabricante de chicles, conociendo la existencia del primer contrato, indujo al jugador a que él dejara utilizar también su fotografía. Para el demandante únicamente había permitido que se utilizara su foto, ya que el derecho a la intimidad no puede cederse, sino sólo consentirse su uso. La Corte Suprema (estatal) contraargumenta: además de su derecho a la intimidad un hombre tiene derecho al valor publicitario de su fotografía.

"Por mas de treinta años, la disputa y confusión han marcado el nacimiento y desarrollo del llamado *right of publicity*, derecho concerniente con el uso de los atributos de una persona normalmente identificable con el objeto de explotar el valor comercial en una empresa. Un denso y complejo caudal de casos, acompañado y analizado por un mas denso caudal de comentarios, ha sido el vehículo para alumbrar el naciente derecho.

"Muchas líneas de batalla se han escrito sobre si esta materia emergente de las comunicaciones masivas es una especie de propiedad o un simple interés personal a la privacidad. Donde quiera que se le vea, se encuentran rasgos de tortuosas analogías. ¿Es esta quimera más un derecho de autor? ¿Debe ser considerado como una marca de productos o de servicios? ¿O tenemos tan solo otra versión de las antiguas reglas de responsabilidad civil por ilegal apropiación o por competencia desleal? Únicamente existe consenso general respecto de cual fue el origen del mismo..."⁴⁰²

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ 202 F2d 866, cert. denied 346 VS 816, 1953. *Cit.* por AMAT LLARI, Eulalia. *Ob. Cit.*, pp. 25 y 26.

⁴⁰² HALPERN, Sheldon W. "The right of publicity: Commercial exploitation of the associative value of personality" en "Vanderbilt Law Review", Vanderbilt University School of Law, Nashville, Tennessee, vol. 33, Núm. 5, Octubre 1986, pp. 1200 y s.

Incluso, en algunas ocasiones posteriores el *right of publicity* ha sido rechazado por las cortes en virtud de que éstas no encuentran fundamento para el mismo, por lo que todavía se siguen realizando estudios para que su existencia sea regulada conforme a alguna de las figuras a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.⁴⁰³ En tales condiciones, resulta sumamente complicado tratar de establecer los límites de este derecho, máxime si se toma en consideración que un buen número de los estados integrantes del vecino país del norte, no se encuentra regulada la figura en algún cuerpo normativo, sino que son los precedentes los que la han establecido. Empero, cuando menos California, Florida, Kentucky, Massachusetts, Nebraska, Nueva York, Oklahoma, Rhode Island Tennessee, Utah, Virginia y Wisconsin prevén en sus códigos o estatutos normas que regulan el derecho que nos ocupa.⁴⁰⁴

El artículo 990 del Código Civil de California (por reforma de 1985) es el texto más relevante de los diversos ordenamientos estatales que lo contemplan.⁴⁰⁵ Su texto es el siguiente:⁴⁰⁶

"990. (a) Cualquier persona que en cualquier forma use el nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen⁴⁰⁷ de una "personalidad fallecida" en productos, mercancías o bienes, o con propósitos de publicitar o vender, o solicite compras de productos, mercancías, bienes o servicios, sin el

⁴⁰³ *Cfr.* MARKS, Kevin S. "An assessment of the copyright model in right of publicity cases" en *California Law Review*, University of California, School of Law, Boalt Hall, vol. 70, Num. 3, mayo 1982, pp. 1981 y ss.

⁴⁰⁴ *Cfr.* HAINES, James Barr. "First Amendment II: Developments in the right of publicity" en *1989 Annual Survey of American Law*, New York University School of Law, Arthur T. Vanderbilt Hall, Washington Square, New York City, volumen 1989, número 2, diciembre 1990, p. 215.

Igartúa Arregui señala que son cerca de veinte los estados que reconocen este derecho en el país en cuestión. IGARTÚA ARREGUI, Fernando. *Op. Cit.*, p. 17.

Información más reciente (14 de septiembre de 1996), proporcionada por el Legal Information Institute de la Escuela de Derecho de Cornell, indica que aproximadamente la mitad de las entidades federativas de los Estados Unidos de América han reconocido el *right of publicity*, en el entendido de que algunos estados no lo tienen reconocido bajo ese nombre, sino como un aspecto del derecho a la privacidad. En otros estados el *right of publicity* se encuentra protegido a través de las reglas de la competencia desleal, por responsabilidad civil derivada de apropiación ilegal o mediante las normas de *The Lanham Act*, si la imagen se encuentra registrada como marca. *Cfr.* la siguiente dirección por Internet: <http://www.law.cornell.edu/topics/publicity.htm>.

⁴⁰⁵ Según opinión de IGARTÚA ARREGUI, Fernando. *Op. Cit.*, p. 17.

⁴⁰⁶ Lo tomamos de la siguiente dirección por Internet: <http://www.jhhw.com/codes/civ/00001-01000/990-998>

⁴⁰⁷ Entiéndase en este texto por imagen el concepto o noción que ofrecen los vocablos "apariciencia" o "similitud" (*likeness*).

previo consentimiento de la persona o personas especificadas en el subinciso (c), será responsable e indemnizará de cualquier daño invocado por la persona o personas dañadas como resultado de ello. Adicionalmente, en cualquier acción de la presente sección (*Section 990-998*), la persona que la hubiere violado será responsable e indemnizará a la persona o personas dañadas por un monto igual al que resulte más alto entre setecientos cincuenta dólares o el de los daños efectivamente sufridos por la persona o personas lesionadas, como resultado del uso no autorizado, y cualquier ganancia del uso no autorizado que sea atribuible al uso, y que no hayan sido tomados en cuenta para computar los daños efectivamente causados. En el establecimiento de esas ganancias, el o los agraviados serán requeridos a presentar pruebas solo respecto del ingreso bruto atribuible al uso, y la persona que hubiere violado esta sección será requerida para que pruebe sus gastos deducibles. También podrán otorgarse daños punitivos al agraviado o agraviados.

"La parte o partes en cuyo favor se falle en cualquier acción derivada de la presente sección, también tendrán derecho a recuperar los gastos y honorarios de sus abogados.

"(b) Los derechos reconocidos en esta sección son derechos de propiedad, transmisibles libremente, en todo o en parte, por contrato, fideicomiso o testamento, en caso de que la transmisión ocurra antes de la muerte de la "personalidad fallecida", por ésta o las personas en cuyo favor se haya efectuado la transferencia, o, después de la muerte de la "personalidad fallecida", por la persona o personas a quienes tales derechos correspondan en los términos de esta sección, o a las personas en cuyo favor esa persona o personas hayan efectuado la transferencia.

"(c) El consentimiento requerido por esta sección será otorgado por la persona o personas a quienes se haya transferido el derecho de otorgarlo (o una porción de éste), de conformidad con el subinciso (b), o si la transmisión no ha ocurrido, por la persona o personas a quienes el derecho a ejercerlo (o una porción de éste) haya pasado, de conformidad con lo señalado en el subinciso (d).

"(d) Sujeto a las reglas establecidas en los subincisos (b) y (c), después de la muerte de cualquier persona, los derechos protegidos en esta sección pertenecerán a la siguiente persona o personas, y podrán ser ejercidos, en nombre y beneficio de todas estas personas, por aquellos beneficiarios quienes en conjunto tengan derecho a más de un medio del interés en los derechos:

"(1) El interés total en estos derechos pertenece al cónyuge superviviente de la "personalidad fallecida", a menos de que a ésta le sobrevivan hijos o nietos, en cuyo caso un medio de todo el interés en estos derechos pertenecerá al cónyuge superviviente.

"(2) El interés total en estos derechos pertenece a los hijos de la "personalidad fallecida" que le sobrevivan, así como a los hijos supervivientes de cualquier hijo que haya fallecido, a menos de que haya sobrevivido el cónyuge, en cuyo caso la propiedad de un medio del interés en los derechos se dividirá entre los hijos y nietos.

"(3) A falta del cónyuge, hijos o nietos supervivientes, entonces el interés sobre los derechos pertenecerá al padre o padres de la "personalidad fallecida" que sobrevivan.

"(4) En todo caso, los derechos de los hijos o nietos menores de edad de la "personalidad fallecida" se dividirán entre ellos y serán ejercidos de conformidad con lo establecido en la

sección 240 del *Probate Code*, según el número de hijos de la "personalidad fallecida" representados; la parte proporcional que corresponda a los hijos del hijo de la "personalidad fallecida" sólo puede ser ejercida mediante acción de la mayoría de ellos.

"(c) Si cualquier "personalidad fallecida" no transfiriere sus derechos derivados de esta sección por contrato, fideicomiso o testamento, y no sobreviviendo alguna de las personas contempladas en el subinciso (d), los derechos contemplados en el subinciso (a) se extinguirán.

"(f) (1) El sucesor del interés sobre los derechos de una "personalidad fallecida" contemplados en esta sección, o un licenciatario, podrán recobrar los daños derivados por un uso prohibido en términos de esta sección, si estos ocurren antes de que el sucesor del interés sobre esos derechos o el licenciatario registren la reclamación de reconocimiento de derechos, en términos del párrafo (2).

"(2) Cualquier persona que demande ser reconocida como sucesor del interés sobre los derechos de la "personalidad fallecida" de acuerdo con esta sección, o un licenciatario, podrán registrar su reclamación con el Secretario de Estado, de acuerdo con la forma prescrita por el Secretario de Estado, previo pago de derechos por diez dólares (\$10). La forma será verificada y deberá contener el nombre de la "personalidad fallecida", y su fecha de defunción, el nombre y dirección del reclamante, la base en la que se funda para su reclamación, así como los derechos reclamados.

"(3) Una vez recibido y registrado cualquier documento en los términos de esta sección, el Secretario de Estado podrá microfilmear o reproducir mediante otras técnicas las solicitudes o documentos presentados y destruir los originales. El microfilme o la otra reproducción de los documentos o solicitudes presentados de conformidad con esta sección, serán admisibles en cualquier corte. El microfilme o la otra reproducción podrán ser destruidos por el Secretario de Estado 50 años después de la muerte de la personalidad de que se trate.

"(4) Las reclamaciones de reconocimiento de derechos registradas de conformidad con este subinciso serán archivos públicos.

"(g) No podrá ejercerse acción alguna conforme a esta sección, por razón de cualquier uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen de una "personalidad fallecida", transcurridos 50 años de la muerte de ésta.

"(h) Para los efectos de la presente sección, "personalidad fallecida" significa cualquier persona física cuyo nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen tenga un valor comercial en el momento de su muerte, haya o no esta persona usado en vida su nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen en o sobre productos, mercancías o bienes, o con propósitos de comercialización o venta, o solicitud de la compra de productos, mercancías, bienes o servicios.

"Una "personalidad fallecida" incluye, sin limitación, cualquier persona física que haya muerto dentro de los 50 años anteriores al 1o de enero de 1985.

"(i) Para los efectos de esta sección, "fotografía" significa cualquier fotografía o reproducción fotográfica, fija o con movimiento, o cualquier cinta de video o transmisión en vivo por televisión, de cualquier persona, con tal de que la "personalidad fallecida" sea fácilmente identificable. Se considerará que una "personalidad fallecida" es fácilmente identificable en una

"fotografía" cuando cualquier persona a simple vista pueda razonablemente determinar quien es la persona representada en la "fotografía".

"(j) Para los efectos de esta sección, el uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen en relación con cualquier noticia, asuntos públicos, reportaje o transmisión deportiva, o cualquier campaña política, no constituirán un uso para el cual el consentimiento es requerido de conformidad con el subinciso (a).

"(k) El uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen en un medio comercial no constituirá un uso para el cual se requiera el consentimiento de acuerdo con el subinciso (a) exclusivamente porque el material que se contiene en el uso es comercialmente patrocinado o contiene publicidad pagada. Más bien, será una cuestión de hecho determinar si el uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen de una "personalidad fallecida" se encontró conectada con el comercial patrocinado o con la publicidad pagada de forma tal que constituya un uso para el cual se requiere el consentimiento, en términos del subinciso (a).

"(l) Nada de lo dispuesto en esta sección se aplicará a los propietarios o empleados de cualquier medio que haya sido utilizado para fines publicitarios, incluidos en forma enunciativa pero no limitativamente a, periódicos, revistas, cadenas y estaciones de radio y televisión, sistemas de televisión por cable, publicidad estática o móvil, por los que se haya violado las disposiciones de esta sección, a menos de que se establezca que los propietarios o empleados tuvieron conocimiento del uso no autorizado del uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen de la "personalidad fallecida".

"(m) Los remedios contemplados en esta sección son acumulativos a cualquier otro contemplado en la ley.

"(n) Esta sección no se aplicará al uso del nombre, voz, firma, "fotografía" o imagen de una "personalidad fallecida", en ninguno de los siguientes casos:

"(1) Obras de teatro, libros, revistas, periódicos, obras musicales de teatro, películas, programas de radio o televisión, distintos de publicidad o anuncios comerciales que no estén exceptuados en el párrafo (4).

"(2) Material que sea político o informativamente valioso.

"(3) Obras de arte originales individuales.

"(4) Publicidad o anuncios comerciales para los usos permitidos por los párrafos (1), (2) y (3)".

Se advierte en primera instancia la especial consideración que los regímenes de *common law* guardan para con el *right of publicity*, cuyas reflexiones hemos vertido en su oportunidad, remitiéndonos a dicho texto.⁴⁰⁸ Asimismo, es de notar que el precepto en cuestión se limita a prever la hipótesis de la autorización de la imagen (fotografía y apariencia) una vez

⁴⁰⁸ Cf. Numerales 2.2, 2.4 y 3 del Capítulo Segundo.

fallecido o transmitido el derecho el titular originario, sin embargo, resulta claro que si los causahabientes tienen derecho a prohibir la explotación de los rasgos individualizadores, con mayor razón se encontraba facultado quien los transmitió, sin que éste tenga necesidad de registrar o realizar trámite administrativo alguno para encontrarse legitimado a ejercitar la acción o invocar el derecho, como sucede con aquéllos. Tanto en uno como en otro caso, según las reglas que establece la legislación del Estado de California, no son aplicables las reglas del *right of publicity* tratándose de: *a)* Juegos, libros, revistas, periódicos, composiciones musicales, filmes, programas de radio y televisión u otros similares; *b)* Material que se constituya como informativa o políticamente valioso; *c)* Obras de arte originales individualmente consideradas; y *d)* Publicidad o anuncios comerciales respecto de las materias contenidas en los anteriores tres incisos. Adicionalmente, no se requiere de la autorización del titular del *right of publicity* o de sus causahabientes, cuando la imagen (fotografía o apariencia) se utilice con motivo de: *a)* Una noticia; *b)* Asuntos públicos; *c)* reportajes o eventos deportivos; y *d)* Asuntos relacionados con cualquier campaña política, ya sea para elecciones -primarias o definitivas- municipales, estatales o federales.

Así pues, denota lo anterior, que sobre la prerrogativa de explotar comercialmente y en exclusiva la apariencia física (u otros signos individualizadores) puede oponerse un interés colectivo o social como lo constituyen la libertad de expresión o la mayoría de las materias comprendidas en los incisos del párrafo anterior. De hecho, tal criterio subsiste tratándose de invasión al *right of privacy*, en donde existen incluso mayores requisitos para que se acredite la violación de éste cometido en contra de una figura pública, como se verá más adelante.

"Mediante la protección de las libertades de expresión y de prensa, la primera enmienda promueve el gobierno auto-democrático, facilita la búsqueda de la verdad, y permite el libre flujo de la información a través de los medios masivos de comunicación como revistas, periódicos, televisión y los filmes. Al mismo tiempo, el *right of publicity* crea un derecho exclusivo al individuo para comerciar el uso de su identidad (*sic*). La primera enmienda y el *right of publicity* entran en conflicto cuando una persona se beneficia comercialmente del uso constitucionalmente protegido de la identidad de otra. Cuando de la confrontación surge un conflicto, las cortes casi invariablemente subordinan los intereses protegidos por el *right of publicity* a los intereses de la libertad de expresión".⁴⁰⁹

Lo anterior queda mejor entendido con los siguientes ejemplos:⁴¹⁰ A mediados del mes de agosto de 1984, la actriz Elizabeth Taylor demandó, ante la Corte Suprema de Justicia de California en Los Angeles, a la cadena de televisión "NBC", a la compañía productora de televisión y al autor del guión, para prevenir que la referida cadena de televisión usara su nombre o apariencia mediante el uso de otra actriz que interpretara su papel en una miniserie acerca de la vida de la famosa estrella del cine. Taylor argumentó que la miniserie le infringía su *right of publicity*. La Corte rechazó tal argumento aduciendo que el *right of publicity* no puede ser invocado para impedir los comentarios acerca de la vida de la gente. Asimismo, el tribunal consideró que prohibir a la NBC la emisión del programa, podría constituir una inconstitucional censura previa a la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, por lo que únicamente son de otorgarse en muy limitados casos. Explicó, además, que la reproducción de eventos pasados y de biografías se encuentra tutelada en la referida Primera Enmienda.

En este mismo orden de ideas, en 1993, la Corte Federal de Apelaciones del 6o Distrito ordenó a un Juez de Distrito suspender su orden que prevenía la distribución de un libro en cuya cubierta se contenía la fotografía de una

⁴⁰⁹ HAINES, James Barr. *Ob. Cit.*, pp. 225 y s.

⁴¹⁰ Tomados de "RCJP First Amendment Handbook", Capítulo VIII relativo a la invasión de la privacidad, en la siguiente dirección por Internet: http://www.rcjp.org/1stamend/1a_c8p6.html.

victima de homicidio con pintura roja desparramada. El Juez había ordenado la suspensión de la distribución después de que la hermana de la víctima que aparecía en la portada argumentó que se estaba violando el *right of publicity* de su hermano. Sin embargo, la Corte de Apelaciones consideró que aun la más mínima interferencia con las libertades consignadas en la Primera Enmienda causa agravio a quien se le coarta.

En teoría, el *right of publicity* se aplica estrictamente a la explotación comercial de determinados aspectos individualizadores de la persona humana, el tipo de explotación que no interesa a la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, como ha quedado manifestado con los casos anteriores. Empero, se ha externado cierta preocupación de que los artistas (los principales beneficiados con el derecho exclusivo de explotación de su imagen) están intentando extender las connotaciones de "explotación comercial" hasta el punto de que colisionen con los intereses protegidos por la difusión de información de interés público en ejercicio libertad de expresión o, según sea la postura que se adopte, de la libertad de información.⁴¹¹

2 Delimitación legal de la libertad de expresión en relación con el derecho a la propia imagen.- Según se indicó en el Capítulo Tercero, la libertad social del individuo, misma que se manifiesta en formas concretas y determinadas, como medios para la consecución de los fines que se ha impuesto para lograr su felicidad, no es absoluta, sino restringida o acotada.

Del Castillo del Valle,⁴¹² en forma errada -estimamos- afirma que el hombre para estar en condiciones de llegar a los fines que se ha impuesto, es

⁴¹¹ Cf. los diversos casos que presenta en su ensayo VIERA, John David, "Images as property" en *Image ethics: The moral rights of subjects in photographs, film, and television*, *Op. Cit.*, pp. 154 y ss.

⁴¹² DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Op. Cit.*, p. 18.

imperioso que tenga conocimiento de lo que le es permitido para saber qué fines puede imponerse, de ahí la importancia de conocer el contenido de las leyes y demás disposiciones normativas, con base en las cuales el hombre podrá determinar "para qué es libre". No negamos que sería deseable que todo individuo, dentro de la medida de sus posibilidades, tenga pleno conocimiento de las disposiciones jurídicas, habida cuenta de la máxima de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.⁴¹³ Con lo que no estamos de acuerdo es con la forma en la que elabora su planteamiento el autor en cuestión, pues parte de que la persona debe conocer la ley para saber que le está permitido hacer, cuando, en virtud del principio de legalidad que nos rige, lo exacto y correcto es que el individuo debe conocer la ley para que conozca *que le está prohibido* realizar. La diferencia nos podrá ser criticada de superficial e innecesaria, sin embargo, guardar una postura o la otra acarrea consecuencias jurídicas distintas en la interpretación del Derecho.

Las limitaciones o restricciones a la libertad social del hombre que son establecidas en el orden jurídico tienen diversas causas, las cuales se han fundado desde la protección de un interés particular hasta el criterio consistente en que la libertad del individuo debe restringirse en aquellos casos en que su ejercicio significara un ataque o vulneración al interés estatal o interés social, siempre en el entendido de que las limitaciones a la libertad en presencia de éste, por un lado, deben estar plenamente justificadas, y por el otro, ser de tal naturaleza, que no impliquen la negación de la potestad humana que se pretende restringir.⁴¹⁴

⁴¹³ *Cf.*: Artículo 21 del CCDF.

⁴¹⁴ *Cf.*: BURGOA, Ignacio. "Las garantías...", *Ob. Cit.*, pp. 205 y ss.

En el mismo sentido se proyecta Castillo del Valle: "... los límites que la ley considere oportunos por imponerse a la libertad individual, serán válidos en cuanto atiendan a aspectos propios de la protección y salvaguarda de los derechos de los miembros de la sociedad. Toda restricción a la libertad humana ajena a éste propósito, será nula". DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Ob. Cit.*, p. 18.

A mayor abundamiento, los derechos humanos en su reconocimiento como derechos públicos subjetivos, oponibles al órgano estatal y sus autoridades, conocidos en nuestro medio como garantías individuales, nacen con ciertas limitaciones, pues todas las ramas de la normatividad jurídica precisan regulaciones a la conducta humana -o prevenciones relacionadas con ella-, que afectan la libre determinación y actuación de los seres humanos. Para legitimar esa actuación de las autoridades en la libertad de la persona, en su vivencia cotidiana, se requieren limitaciones a dichas libertades, pues de lo contrario, se deduce que sin limitación alguna las libertades se enfrentarían, se colisionarían, y finalmente sobrevendría el caos en las relaciones ordenadas de las personas.⁴¹⁵

La libertad legal que se da en sociedad, pues, únicamente puede estar restringida por mandato de constitucional y, en su caso, legal, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º Constitucional: *"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"*.

2.1 Derecho Mexicano.- Como quedó constatado en los numerales 2 y 3 (*in fine*) del Capítulo Tercero, la caricatura se presenta como una forma de manifestación del pensamiento que, en virtud de su naturaleza, necesariamente debe exteriorizarse en una superficie adecuada. Desde nuestro punto de vista, entra dentro de la tutela prevista en el artículo 7º de la

⁴¹⁵ Cf: CASTRO, Juventino V. *"Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan"*, Escuela Libre de Derecho (Fondo para la Difusión del Derecho), Miguel Ángel Porrúa, Grupo Editorial, México, 1990, p. 6.

En el mismo tenor se pronuncia Andrade Sánchez: "La libertad de expresión consagrada jurídicamente implica no un espacio carente de limitación, sino la necesidad de que, en virtud de la convivencia social, no se coarte ni límite esta capacidad pero sí se exija responsabilidad derivada de la misma, cuando conlleve la afectación de valores jurídicos que la sociedad está también interesada en preservar". ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 35.

Constitución. Por tal motivo, nos limitaremos a señalar los límites contenidos en dicho precepto, así como las leyes secundarias que lo reglamentan.⁴¹⁶

Por lo que respecta al artículo 7º de nuestra Ley Fundamental, tratándose de la libertad de imprenta, y a fin de que la misma no degeneren en libertinaje, en dicho precepto se establecen como limitaciones de la libertad de imprenta o prensa: a) El respeto a la vida privada; b) El respeto a la moral; y c)

⁴¹⁶ Del artículo 6º Constitucional, sólo habremos de hacer notar que, de acuerdo con dicho numeral, tratándose de la libre expresión de ideas, son restricciones a esta garantía los siguientes supuestos: a) Cuando se ataca la moral; b) Cuando se ataque los derechos de tercero; c) Cuando se provoque algún delito; y d) Cuando se perturbe el orden público. Para Burgoa ("*Las garantías...*", *Ob. Cit.*, p. 353.) dichas limitaciones, además de peligrosas por imprecisas, resultan inútiles en vista de la limitación contenida en el inciso c) aludido, y que consiste en que la autoridad judicial o administrativa pueden iniciar una inquisición cuando el ejercicio de la libertad de expresión tipifique algún delito. Las consideraciones en que funda su dicho consisten en afirmar que, cuando se ataca la moral pública, generalmente se comete cualquiera de los delitos previstos en los artículos 200 a 209 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para la República en materia de fuero federal (CPTF), que integran el Título Octavo de dicho ordenamiento, referente a los "delitos contra la moral pública y las buenas costumbres" (que a su vez comprende los tipos penales de ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, trata de personas y homicidio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio), por lo que su conducta en tal sentido puede ser inquirida por las autoridades judiciales o administrativas, al considerarse como copartícipe de la comisión del hecho delictivo de que se trate. De igual manera, cuando se atacan los derechos de un tercero por medio del ejercicio de la libertad de expresión, en la generalidad de los casos se cometen los delitos de injurias, amenazas, calumnias, difamación, entre los más destacados. Asimismo, la expresión del pensamiento, al perturbar el orden público, puede integrar las figuras delictivas de conspiración, rebelión, sedición, etcétera, de lo que se infiere que toda persona que exprese sus ideas tendientes a realizar tales actos, que siempre importan, actual o potencialmente, la alteración del orden público, puede ser procesada.

"En síntesis, implicando generalmente la manifestación de las ideas, cuando se ataquen la moral pública o los derechos de tercero o se perturbe el orden público, sendos delitos, bien como tentativas o como delitos consumados, y en cuya realización el sujeto de la infracción figura como autor intelectual o como coautor, habría bastado con que el artículo 6º constitucional consignase como restricción a ese derecho la de que se provocara un delito mediante su ejercicio. Además, de esta guisa se evitarían los inconvenientes de interpretación y aplicación que representan los criterios de "ataques a la moral" o "los derechos de tercero" y "perturbación del orden público" como generadores de sendas limitaciones a la manifestación de las ideas..." (*Ibid.*, p. 354). A similares conclusiones parece arribar Castro, para quien "la oportunidad de establecer que afectan a una sociedad concreta -por ejemplo matar, despojar, lesionar, invadir, usurpar, en materia penal; escandalizar, romper el orden y la tranquilidad para el trabajo y el descanso, ensuciar, impedir el libre tránsito; en lo administrativo-, esta precisamente en la utilización del sistema de trilogía de poderes dentro del cual existen el legislativo, fuente y adaptante a su tiempo, que señala con toda precisión -sin interpretaciones de un funcionario, o del poder público en general-, que es aquello que debe limitar la libre expresión del pensamiento individual para permitir al resto el ejercicio de las mismas libertades". Posteriormente, este autor remata (refiriéndose tanto a la libertad de expresión como a la específica de imprenta): "La primera limitación a ambas garantías, en el sentido de que el ejercicio de ellas no puede atacarse a la moral; a los derechos de terceros o a la vida privada; provocar algún delito; o perturbar la paz o el orden públicos, igualmente ha sido objeto de examen, exponiendo nuestra opinión de que todas estas áreas de no afectación o perturbación mediante el ejercicio de estas garantías, deben estar precisadas en leyes repressivas específicas y en los términos preclusos de estas-, sin posibilidades de interpretaciones subjetivas de los funcionarios que deben aplicarlas al caso concreto" (CASTRO, Juventino V. "*Garantías...*", *Ob. Cit.*, pp. 111 y 119. Las cursivas son nuestras). A similares conclusiones parece arribar Andrade Sánchez (*Cfr. Ob. Cit.*, pp. 34 y 5).

El respeto a la paz pública, restricciones que arrojan similares comentarios a los referidos para las excepciones del artículo 6º del mismo ordenamiento.⁴¹⁷

Para Burgoa⁴¹⁸ hablar de “vida privada” implica hacer prácticamente tantos matices como personas de que se trate, que bien pudiera entenderse comprendidas como violatorias de la misma a una amplia diversidad de actos, “que propiamente cualquier escrito que criticase una de esas múltiples modalidades estaría vedado por el artículo 7º constitucional”. Este mismo autor,⁴¹⁹ ante la problemática de delimitar en forma más o menos precisa este concepto, considera que esta garantía debe prohibirse únicamente en aquellos casos en que los ataques a la vida privada constituyan un delito contra las personas en su honor, tales como la injuria, la difamación y la calumnia.⁴²⁰ Asimismo, la subjetividad que denota el término “vida privada”, se repite, probablemente con mayor énfasis, en el vocablo “moral”, que tan sólo en forma impropia puede constituir una pauta para restringir un derecho público subjetivo. Finalmente, a diferencia de los dos anteriores, el criterio limitativo o prohibitivo de respetar la “paz pública” es aplicable con cierta facilidad por denotar un hecho objetivo: tranquilidad, inalteración del orden público en determinadas circunstancias y bajo sus múltiples y variados aspectos.⁴²¹

El criterio de Burgoa parece ser respaldado por la siguiente tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que si bien se refiere a la incompetencia de un juez civil, el razonamiento que sigue la Sala

⁴¹⁷ *Cfr.* nota de pie de página inmediata anterior; así como LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. “*Derecho de la información*”, *Ob. Cit.*, pp. 34 y ss.; y VILLANUEVA, Ernesto. “*El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*”, Trilena Editores, Universidad Nacional Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, 1995, pp. 79 y ss.

⁴¹⁸ BURGOA, Ignacio. “*Las garantías...*”, *Ob. Cit.*, p. 361.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 362.

⁴²⁰ De estas tres conductas típicas a que se refiere el autor en cita, tratándose del CDFD, el artículo 348 del dicho ordenamiento, mismo que contenía la injuria, se encuentra actualmente derogado.

⁴²¹ BURGOA, Ignacio. “*Las garantías...*”, *Ob. Cit.*, p. 365.

para determinar dicha incompetencia, parte de considerar que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser mediante el establecimiento de tipos penales:

*Instancia: Primera Sala.

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

*Época: 5A.

*Tomo: XCIII.

*Página: 733.

*REPARACIÓN DEL DAÑO. COMPETENCIA TRATÁNDOSE DE (CALUMNIA Y DIFAMACIÓN).-

"Dentro del sistema de libertad de expresión que rige nuestro país, todas las apreciaciones de índole histórica literaria o artística, son actos lícitos, a menos de que se compruebe que son delictuosas. La libertad de manifestar y publicar ideas, es un derecho consignado en la Constitución como garantía del individuo. El uso de ese derecho tiene el sólo límite que señala la propia Constitución y que sancionan las leyes penales; por consiguiente, no puede ser penado sino cuando las autoridades correspondientes declaren que se ha abusado de la libertad de expresión y cometido un delito. Consecuentemente, tratándose de actos cuya ilicitud de que sean delitos, resulta indudable que un juez de lo civil, dentro de sus atribuciones, no puede hacer la declaratoria correspondiente, puesto que sólo un juez penal tiene la facultad para fijar que hechos constituyen *(sic)* delito, y ante tal imposibilidad, el juez de lo civil no podría determinar la existencia del acto ilícito para condenar la reparación de los daños y perjuicios resultantes de tal acto ilícito.

*TOMO XCIII, Pág. 752.- Amparo en Revisión 5273/42, Sec. 1a.- Basham Hervey A.- 17 de julio de 1947.- Unanimidad de cuatro votos".

El respeto a la vida privada, desde luego, no implica que se imposibilite de criticar a un funcionario público en el ejercicio de su cargo o comisión y aun en aquellos aspectos de su vida privada que impacten en asuntos de interés público.⁴²² La cuestión es, pues, determinar que debemos entender por "vida privada", a efecto de lo cual, obviamente, no goza de la misma intimidad un obrero común que una estrella de cine, o la de una ama de casa que la de un líder sindical. Parece ser que, conforme la notoriedad ante los demás aumenta, por la actividad que se desarrolle o por cualquier

⁴²² Pues, según Raymundo Riva Palacio, la vida privada deja de serlo para convertirse en tema de interés colectivo. *Cfr.* por DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Op. Cit.*, p. 101.

otra causa, el espacio íntimo o privado disminuye de manera inversamente proporcional.⁴²³ En todo caso, la ley debe -o debiera- establecer los parámetros objetivos que la autoridad administrativa o judicial debiera tomar en cuenta para determinar si se acreditan, o no, los extremos de violación de la vida privada de un sujeto.

La moral pública es harto difícil de poder definir en un concepto valedero como regla general, porque implica principios o normas de carácter ético-social comúnmente aceptadas por la sociedad, o por una parte de la misma, que suelen variar de tiempo en tiempo, y de lugar a lugar. Sin embargo, hemos de aceptar que, cuando el comportamiento de un individuo trasciende de su esfera puramente individual, afectando los intereses o derechos de terceros, consideramos que la situación pasa del ámbito meramente moral al que es propio del derecho, y así es como entendemos el calificativo de “pública” a que el precepto se refiere, esto es, a la costumbre que ha sido reconocida por el derecho e incorporada a las normas legales, de ahí que, igual que sucede en la “vida privada”, debe ser la ley, y únicamente ésta, la que determine pormenorizadamente los casos en los que se estaría violentando la “moral pública”.

A pesar de que coincidimos con Burgoa en el sentido de que el término “paz pública” tiene a un carácter más objetivo que las otras dos limitaciones, concluimos que, en vista de que lo que se está restringiendo en un derecho fundamental de todo individuo que se encuentre en territorio nacional, debe ser la ley la encargada de reglamentar los supuestos que estime pertinentes, respetando siempre la limitación constitucional, a fin de evitar cualquier las

⁴²³ “Es menester aceptar que el ámbito de intimidad es distinto en un hombre común que en aquel que tiene vida pública más desarrollada (p.ej., políticos, deportistas, artistas, etc.). En estos casos la esfera de la privacidad es más reducida y, por ende, se reduce también la amplitud de la protección jurídica de tal derecho”. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. “El derecho a la información”, *Ob. Cit.*, p. 52.

interpretaciones subjetivas y tendenciosas en la aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

En la siguiente tesis,⁴²⁴ tal parece haber sido el criterio por parte del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

"LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CARECE DE FACULTADES PARA RESTRINGIRLA. Es un derecho inalienable de los particulares el de manifestar sus ideas y exigir información, y si la libertad de expresión, o sea de expresar y recibir ideas, ha de tener algún sentido democrático, y si la televisión y la radiodifusión, de los medios más poderosos para la difusión de las ideas políticas, científicas y artísticas, en cuyos campos no cabe (de) ninguna manera ni la más pequeña posibilidad de intromisión del gobierno como censor, resulta absolutamente infundada la pretensión de que la autoridad administrativa esté facultada para manejar a su albedrío o a su capricho o conveniencia, las concesiones de radiodifusión, con lo cual uno de los medios más poderosos de expresión de ideas políticas, científicas y artísticas quedaría sujeto a su propia voluntad, sin control alguno por el Poder Legislativo, para darle lineamientos a los cuales deba ceñirse su actuación, o sin control por el Poder Judicial, el que tiene el derecho y la obligación constitucional de analizar todos los actos de las autoridades administrativas que puedan lesionar en alguna forma los derechos constitucionales de los particulares, de los cuales, uno de los más importantes, sino el que más, lo constituye la libertad de expresión de ideas políticas, científicas o artísticas, como se ha dicho, sin que pueda ser sufficientemente repetido.

"Amparo en revisión RA-1601/82. Visión por cable de Sonora, S. A. de C. V. y coagraviados. 13 de abril de 1983. Unanimidad de votos. Magistrado: Fernando Lanz Cárdenas. Secretario: Licenciada Martha Elba Hurtado Ferrer".

Independientemente de las críticas que, por los vicios de origen que le vieron nacer y por sus ámbitos temporal y espacial de validez, le han dirigido,⁴²⁵ la Ley de Imprenta, ordenamiento temporal hasta en tanto se expidiera la ley reglamentaria de los artículos 6º y 7º Constitucionales, y de aplicación "en el Distrito Federal y Territorios, en lo concerniente a los delitos

⁴²⁴ Tomada de LOPEZ AYLLÓN, Sergio. "El derecho a la información", *Ob. Cit.*, p. 272.

⁴²⁵ BURGOA, Ignacio. "Las garantías...", *Ob. Cit.*, pp. 363 y s.; CASTRO, Juventino V. "Garantías...", *Ob. Cit.*, pp. 121 y ss.; y MADRAZO, Jorge y José de Jesús Orozco Henríquez. Comentario al artículo 7º en "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada", *Ob. Cit.*, p. 40. En contra de lo sostenido por estos autores y a favor de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cfr. BAZDRESCHI*, Luis. *Ob. Cit.*, pp. 121 y s.; y DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Cfr. Cit.*, p. 46.

del orden común previstos en ella, y en toda la República por lo que toca a los delitos de la competencia de los Tribunales Federales”,⁴²⁶ contempla lo que debe entenderse por ataques a la vida privada, a la moral y a la paz pública en sus primeros tres artículos, que bien pueden resumirse en las siguientes líneas:

a) Constituyen ataques a la vida privada: *i)* Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses; *ii)* Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados anteriormente, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren; *iii)* Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos; y *iv)* Cuando con una publicación prohibida expresamente por la ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

⁴²⁶ Cfr. el artículo 36 del ordenamiento en cuestión. Es de sobra conocido que, actualmente, ya no existen “territorios federales” en nuestro país.

b) Se entienden ataques a la moral: *i)* Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier modo, con la que se defienda o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de uno de ellos o de sus autores; *ii)* Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los señalados, con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia o las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales, todos aquellos que, en el concepto público, estén considerados de contrarios al pudor; y *iii)* Toda distribución, venta o exposición al público, de cualquier manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno o que representen actos "lúbricos" (*sic*).

c) Constituyen ataques al orden o a la paz pública: *i)* Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la nación mexicana, o a las entidades que la conforman; *ii)* Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios a que se ha hecho referencia anteriormente, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque

o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al ejército o guardia nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la comisión de un delito determinado; *iii)* La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad de la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la nación o de algún estado o municipio, o de los bancos legalmente constituidos; y *iv)* Toda publicación prohibida por la ley o por la autoridad por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público.

Por su parte, el artículo 9º establece un catálogo de prohibiciones (de dudosa constitucionalidad), en tanto que los numerales 31, 32 y 33 establecen las penas a que se harán acreedores aquellos que “ataquen” la vida privada, la moral o a la paz pública.

Como se observa de la lectura de los supuestos que comprenden lo que puede constituir un ataque a la vida privada, lo que realmente tutelan es el honor de las personas y no tanto su intimidad. Probablemente, tal situación se deba a que no es sino hasta tiempos muy recientes que se ha logrado establecer en términos más o menos claros la distinción de estos dos aspectos. Así, una intromisión o ataque a la intimidad o vida privada pueda al mismo tiempo constituirse como una violación al honor del sujeto en cuestión y viceversa. Pero tales reglas no son de carácter absoluto, esto es, no

necesariamente una transgresión en la vida privada acarreará la del honor. Y tal es defecto técnico de que adolece la mencionada Ley de Imprenta en su artículo 1º.

Independientemente de lo anterior, tras haber visto las limitaciones que establece el artículo 7º Constitucional, la interpretación con que deben entenderse, así como la legislación secundaria aplicable, es de concluirse que se estará en posibilidad de fincarsele responsabilidad legal, derivada del ejercicio de la libertad de expresión en su forma específica de la de imprenta, cuando se acutalice cualquiera de los supuestos contenidos en los artículos 1º a 3º de la Ley de Imprenta, se tipifique alguno de los delitos comprendidos en los ordenamientos penales aplicables (que se relacionen con los supuestos generales comprendidos en la propia Constitución) o si se cumplen los extremos que dispongan preceptos de carácter administrativo o civil (que igualmente se relacionen con las limitaciones constitucionales).

2.2 Derecho Comparado aplicable.- Al igual que hicimos al referirnos al Derecho Comparado en tratándose de las reglas que rigen en algunos países para determinar los límites del derecho a la propia imagen, en el presente numeral nos referiremos a los mismos sistemas jurídicos que tratamos en ese momento, a fin de estar en mejores posibilidades de ver los recíprocos diques que operan en dichos sistemas.

Argentina

La Constitución de la Nación Argentina, cuyas últimas reformas de que fue objeto, en el año de 1994, introdujeron un nuevo de Capítulo denominado “De los Nuevos Derechos y Garantías”, y modificaron considerablemente su aspecto orgánico. Sin embargo, los artículos referentes a las “Declaraciones,

Derechos y Garantías” no fueron materia de modificación. De éstos, son dos los que nos interesan en el tema de la libertad de expresión, a saber los siguientes:

“Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender...”

“Art. 32.- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Adicionalmente, en virtud de las referidas reformas de 1994, en la materia que nos ocupa, fue previsto a rango constitucional un nuevo derecho relacionado con el ejercicio de la libertad de prensa o imprenta, contenido en la parte final del penúltimo párrafo del artículo 43, relativo al derecho absoluto por parte del periodista de mantener en secreto sus fuentes de información (“No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”).

El artículo 14, en la parte correspondiente a “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, denota un significado muy similar al que hace nuestra Constitución, caso contrario del texto del artículo 32,⁴²⁷ más parecido con la redacción de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, ya que a diferencia de la Constitución mexicana, la prohibición directa de no restringir o coartar la libertad de imprenta recae

⁴²⁷ “Sobre esta prohibición debemos decir, ante todo, que: a) literalmente, está enderezada exclusivamente a la libertad de imprenta, no pudiendo extenderse a otras formas de expresión; b) dentro de la distribución de competencias entre estado federal y provincias, recae sobre el primero; c) dirigida al *estado federal*, recae en el *congreso*; d) recayendo en el congreso, le irroga un impedimento como congreso *federal*, pero no como *legislatura local*”. BIDART CAMPOS, German. *Tratado...? Ob. Cit.*, Tomo I (Derecho constitucional de la libertad), p. 419.

sobre el Poder Legislativo. Sin embargo, una interpretación sistemática y funcional de los artículos antes transcritos, así como tomando en consideración lo preceptuado por el artículo 19 del mismo ordenamiento⁴²⁸ se desprende que *a)* En ningún momento la censura o licencia para expresar algo podrá ser anterior a la manifestación de esta libertad; *b)* Que la restricción impuesta a los órganos legislativos de no expedir leyes que restrinjan la libertad de imprenta se debe entender referida al principio expuesto en el inciso inmediato anterior; y *c)* Que las leyes que sancionen los excesos de que haga uso un individuo ejercitando esta garantía deberán restringirse a los casos en los que se ofenda al orden, a la moral pública, o perjudiquen a un tercero.

A decir de Ekmeckdjian,⁴²⁹ la “Constitución nacional no tiene disposiciones que contemplen las distintas manifestaciones del derecho a la información, salvo en lo que se refiere a uno de sus aspectos: el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa...”⁴³⁰ El mismo autor,⁴³¹ resalta y explica el hecho de que la prohibición expresa a la censura es el único aspecto de la libertad de expresión regulada constitucionalmente en virtud de que, como toda Constitución decimonónica, el ordenamiento

⁴²⁸ Relativo a la “Frivacidad” y “Principio de legalidad” y que a la letra dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁴²⁹ EKMECKDJIAN, Miguel Ángel. “Tratado de Derechos Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina”, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1993, Tomo I (Arts. 1 a 14), p. 519.

⁴³⁰ Recuerdase que este autor considera al “derecho a la información” como el conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de ideas y noticias. Por su parte, Bidart Campos señala que la libertad de expresión no se agota en la prensa y en los medios distintos de ella, sino que comprende otros aspectos fundamentales, a saber: *a)* La libertad de información que importa el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias y transmitirlas, y de resguardar razonablemente el secreto de la fuente de donde esas noticias se han obtenido; *b)* La libertad de no expresarse, es decir, la cara negativa de la libertad de expresión, o también llamado derecho al silencio; *c)* El secreto profesional; *d)* La libertad de creación artística, que implica la creación artística a través de todas sus formas; *e)* La expresión cinematográfica; *f)* La expresión por radio y televisión; *g)* Los contenidos humorísticos, cómicos, de entretenimiento, etcétera; y *h)* El derecho de réplica, también llamado de rectificación y respuesta. *Cf.* BIDART CAMPOS, Germán. “Tratado...”, *Ob. Cit.*, Tomo I (Derecho constitucional de la libertad), pp. 401 y ss.

⁴³¹ EKMECKDJIAN, Miguel Ángel. “Tratado...”, *Ob. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), p. 522 y ss.

supremo se caracteriza por contener un repertorio de medidas tendientes a imponer al poder estatal un recorte de su espacio. Contrariamente a lo que afirman algunos periodistas e incluso cierta doctrina, la prohibición de censura previa no significa que el derecho de expresión pública de las ideas sea absoluto, en cuanto a que no cuenta con límites en su ejercicio, en virtud de que existen valores superiores que el Estado debe preservar en caso de producirse un conflicto de ellos con este derecho, por lo que la Corte Suprema de Justicia Argentina ha sostenido que la libertad de prensa debe armonizarse con los restantes derechos constitucionales, entre los que se hallan el de la integridad moral y el honor de las personas, posición con la cual no está de acuerdo el autor en cita, ya que considera que si existen derechos en conflicto se debe preferir uno en beneficio del de mayor jerarquía.

"En efecto -dado que el orden jerárquico que tienen los derechos humanos... y atento a la categoría en que se halla el derecho a la información, éste debe ceder ante las categorías superiores. Así, no se puede involucrar el derecho a expresar públicamente las ideas si con él se lesionan o se ponen en peligro cierto la dignidad, la vida, la intimidad, etc., o bien se pretende instigar a la comisión de un delito o se efectúa la apología de algunos de ellos.

"De tal modo que ante una injuria, o una expresión que lesione a la moral o la salud pública o se incite a la comisión de un delito, o se haga apología de uno de ellos, la sociedad tiene derecho a protegerse, castigando el ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

"También la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que cuando se trata de noticias con potencialidad calumniosa o difamatoria la prensa debe actuar con prudencia, atribuyendo al contenido del informe directamente a la fuente o utilizando un tiempo verbal potencial o bien guardando reserva sobre la identidad de los implicados".⁴³²

⁴³² *Ibid.*, p. 24.

"El ejercicio de la libertad de expresión no cuenta con impunidad una vez que esa expresión se ha exteriorizado. Si *antes* está exenta de censura, *después* aparece todas las responsabilidades civiles y penales, o de cualquier otra índole. Kecien en esa instancia posterior podrá llevarse a cabo la reparación de la eventual lesión a derechos ajenos, o compatibilizarse o preferirse esos otros derechos en relación con la libertad de expresión que les ha inferido daño, etc. Allí y entonces jugará -acaso- la prelación axiológica de otros bienes o valores perjudicados por la libertad de expresión". BIPART CAMPOS, Germán. "Tratado...", *Ob. Cit.*, Tomo I (Derecho constitucional de la libertad), p. 408.

Por lo que hace al artículo 19, Ekmekdjian⁴³³ indica que los contenidos concretos de la libertad que en dicho precepto se tutela son los siguientes: a) El reconocimiento de la dignidad humana como derecho fundamental y al mismo tiempo como fundamento de la libertad; b) El reconocimiento del *derecho a la privacidad o a la intimidad*, como derivado o consecuencia directa de la dignidad humana; c) La libertad de conciencia; d) La capacidad jurídica del individuo para ser titular de los derechos humanos; e) El principio de legalidad o de clausura, según el cual todo lo que no esté expresamente prohibido está implícitamente permitido, esto es, que la regla es la libertad y la restricción de ella la excepción; f) El principio de razonabilidad; y g) El derecho a la desobediencia civil.

Este autor, en el desarrollo del derecho a la intimidad como instituto jurídico contemplado constitucionalmente, subsume dentro de su concepto al derecho a la propia imagen, cuestión sobre la cual ya nos hemos pronunciado en páginas anteriores:⁴³⁴

"Nuestra Constitución nacional no menciona con ese rótulo al derecho a la intimidad, pero lo incluye expresamente en el art. 19 que estamos analizando.

"También en diversas disposiciones de ella se contemplan aspectos parciales de aquel, de los cual se puede inferir, sin lugar a dudas, que los padres fundadores lo tuvieron presente. Así, v. gr., en el artículo 18 se incluyen algunas de sus aplicaciones más frecuentes: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados...

"Existen algunas normas legislativas que se refieren a este derecho: el artículo 31 de la ley 11.723 reconoce a toda persona la facultad de impedir que se reproduzca la propia imagen..."⁴³⁵

⁴³³ EKMEKDJIAN, Miguel Angel. "Tratado...", *Ob. Cit.*, Tomo II (Arts. 14 bis a 27), pp. 456.

⁴³⁴ *Cf.*: supra numeral 2 del Capítulo Segundo.

⁴³⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Angel. "Tratado...", *Ob. Cit.*, Tomo II (Arts. 14 bis a 27), p. 462.

Referente a los límites del derecho a la libertad de expresión, es de destacarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa “*Ponzetti de Bulbin, Indalia, c. Editorial Atlántida, S. A.*”, en donde se afirma que el derecho a la intimidad y privacidad se fundamenta constitucionalmente en el artículo 19 de la Ley Suprema argentina: “La protección del ámbito de intimidad de las personas no cede ante la preeminencia de ésta (la libertad de expresión); máxime cuando el art. 1071 bis del Cod. Civil es consecuencia de otro derecho inscrito en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la carta magna”.⁴³⁶

Posteriores resoluciones del mismo órgano jurisdiccional, con ciertos matices, han continuado admitiendo que el derecho a expresar las ideas está limitado, entre otros, por el derecho a la dignidad, a la privacidad, al honor, a la reputación, etc.⁴³⁷

España

Mientras que en otros ordenamientos fundamentales el reconocimiento de la libertad de información se entiende implícito en el de la libertad de expresión, el artículo 20.1 de la Constitución Española menciona en apartados distintos el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (apartado a) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (apartado d), sea cual sea el medio de difusión empleado, además de que se encuentran bien determinadas las limitaciones de estas libertades (párrafo 5 del mismo artículo), lo que no ha sido óbice para que estos derechos, junto con los del honor, intimidad e imagen se encuentren en

⁴³⁶ Considerando 6 del voto de los ministros Belluscio y Caballero. *Cfr.* por EKMEKTIYIAN, Miguel Angel. “*Tratado...*”, *Op. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), p. 492.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 576.

un "amplio margen gris, indefinido, sobre el cual todos los autores han puesto el acento".⁴³⁸ Este reconocimiento diferenciado se encuentra expresado como un derecho fundamental, al igual que el derecho a la propia imagen, en los siguientes términos:

"...TÍTULO PRIMERO

"De los derechos y deberes fundamentales

"10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

"2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España...

"...CAPÍTULO II"

"Derechos y Libertades..."

"14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

"SECCIÓN PRIMERA

"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas..."

"20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

"a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

"b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

"c) A la libertad de cátedra.

"d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cátedra de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

"2. El ejercicio de esta libertades no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

"3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos

⁴³⁸ Señalamiento de Julio César Rivera, *Cit. por VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Ch. Cit.*, p. 67.*

medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

"4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

"5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial".

Inicialmente, el Tribunal Constitucional no dio mayor importancia a este reconocimiento diferenciado y consideró al apartado d) del primer párrafo del artículo 20 Constitucional como una mera explicitación de la libertad de expresión.⁴³⁹ Sin embargo, del texto constitucional se desprende que libertad de expresión y el derecho-deber de información veraz sean no son lo mismo, aunque éste va englobado a aquélla, tal como dice la Declaración de Derechos Humanos, a cuya luz debe interpretarse (Artículo 10.2 Constitucional). En tal virtud, se habla en la doctrina española del derecho a la libre información o de libertad de información, en el entendido de que no se puede concebir la libertad de expresión sin el derecho-deber de información veraz: "aquella no tendría sentido ni contenido de éste. En este sentido, la libertad de expresión como derecho de libre información tienen la categoría de derecho fundamental reconocido por la Constitución".⁴⁴⁰

A pesar de que la doctrina predominante ha optado por encerrar este conjunto de libertades bajo el concepto de "libertad de información", es de distinguirse, y así lo ha hecho el Tribunal Constitucional, entre "libertad de expresión", como emisión de juicios y opiniones, y "libertad de información", como manifestación de hechos.⁴⁴¹

⁴³⁹ *Cfr.* BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. "El régimen jurídico de la comunicación social", Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, p. 7.

⁴⁴⁰ O'CALLAGAN MUÑOZ, Xavier. "Libertad de expresión...", *Ob. Cit.*, p. 4.

⁴⁴¹ *Cfr.* CARMONA SALGADO, Concepción. *Ob. Cit.*, pp. 7 y ss.

"... El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicio -*sic*- y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión el ámbito de la ideológica garantizada por el artículo 16.1 de la C.E., según señalamos en nuestra S.T.C. 20/1990. Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso, habrá de atenderse al elemento predominante".⁴⁴²

La libertad de expresión, como derecho constitucional, por mandato del segundo párrafo del artículo 20 de la Ley Fundamental, carece de límite previo a su ejercicio. Sin embargo, una vez ejercitado el derecho, éste encuentra como límites (entendámos como límites el surgimiento de alguna responsabilidad para quien ha ejercitado el derecho) el "respeto a los derechos reconocidos en este Título" (relativo a los derechos y deberes fundamentales), los que se deriven de las leyes que reglamenten tales derechos y deberes fundamentales y, "especialmente", los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el de la protección de la juventud y de la infancia.⁴⁴³

Conforme ha emitido sus fallos, el Tribunal Constitucional ha interpretado de diversas maneras los conflictos derivados de la libertades de prensa y expresión con los otros derechos fundamentales, como lo es el de la

⁴⁴² Extracto de la sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990, de 6 de junio. *Cfr.* por O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. "Libertad de expresión...", *Ob. Cit.*, p. 5.

⁴⁴³ "Por tanto, ni la libertad de expresión ni ninguna otra, pueden ser concebidas desde el momento en que se desarrollan en un plano colectivo con carácter absoluto su ejercicio... tiene que ajustarse, no sólo a las normas como expresión formal del ordenamiento, sino también a los valores y postulados que lo integran materialmente, debiendo coexistir con los demás principios y derechos, lo que origina un conjunto de limitaciones con carácter extrínseco concretadas en ella, como ocurre con el artículo 20.4 de la Constitución". CARMONA SALGADO, Concepción. *Ob. Cit.*, p. 65.

propia imagen. Así, desde las primeras ocasiones dejó sentado el valor eminente de la libertad de expresión por su carácter de libertad-condición para el ejercicio de otros derechos y por su trascendencia como presupuesto indispensable del pluralismo político y del sistema democrático.⁴⁴⁴ Empero, ya con posterioridad el Tribunal Constitucional ha hecho eco de la concepción que fue seguida por la jurisprudencia norteamericana, conocida por la expresión "*balancing of interest*", es decir, la libertad de expresión debe quedar atemperada por los derechos de los demás, pues no es un derecho absoluto, sino que debe ser contrapesado, ponderado, con los derechos e intereses de los demás.⁴⁴⁵

Herrero-Tejedor⁴⁴⁶ distingue tres fases en la evolución de la teoría de la ponderación de intereses por parte del Tribunal Constitucional: *a)* Fase del régimen de exclusión: si se vulnera el derecho a la propia imagen, o cualquier otro derecho fundamental, la libertad de expresión no entra en juego; *b)* Fase de la necesaria ponderación: si se plantea colisión entre la libertad de expresión y otro derecho de orden fundamental, se impone una necesaria y casuística ponderación; y *c)* Fase de régimen de concurrencia normativa: considera la libertad de información como una libertad preferente, pero en un contenido mínimo, núcleo esencial, frente al que se rinden los demás derechos; se determina, con precisión cual es el núcleo esencial, precisándose

⁴⁴⁴ "La libertad de información puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicos. En especial puede colisionar con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos últimos son derechos constitucionales reconocidos por el artículo 18.1 CE, que gozan de plena protección jurídica y se erigen en claros límites a la libertad de información. Esto no obstante, con frecuencia la realidad ofrece zonas de perturbación en las que no siempre es fácil delimitar con claridad los ámbitos que unos y otros derechos protegen. En estos casos debe aceptarse el pluralismo de la libertad de información."

"Esta es la línea marcada por nuestro Tribunal Constitucional, que en reiteradas ocasiones ha afirmado que -en el conflicto con otros bienes jurídicos protegidos- el derecho a la información tiene un superior valor "en la medida en que, al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales". LAQUINA DE PAZ, José Carlos. *Régimen jurídico de la televisión privada*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1994, pp. 148 y s.

⁴⁴⁵ Cf. CARMONA SALGADO, Concepción. *Ob. Cit.*, pp. 63 y ss.; y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1987, pp. 54 y ss.

⁴⁴⁶ Cf. por O'CALLAGHAN MÚÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión...*; *Ob. Cit.*, pp. 13 y s.

muy bien a donde llega la libertad de expresión frente a los derechos de los demás, con lo que se llega la conclusión de que la libertad de expresión es básica en el sistema democrático, pero no absoluta: su límite se halla en los derechos fundamentales de los demás, especialmente, en el honor, la intimidad y la imagen, por lo que en consecuencia se debe ponderar, matizar y extremar la delimitación exacta de estos derechos para que -debida y exactamente ponderados- puedan constituir límites a la libertad de expresión.

Así pues, a la vista del cuarto párrafo del artículo 20 Constitucional, debe entenderse por ponderación la delimitación exacta y precisa de los demás derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, no cabe mantener que un derecho fundamental -el de libre información veraz o el de libertad de expresión- sea preferente o prevalezca sobre los demás, pues no es tal el texto constitucional, sino que éste afirma lo contrario, es decir, que no debe lesionar los derechos de los demás. En tal perspectiva, no es posible aceptar las teorías que mantienen una preferencia de la libertad de expresión e información, muy a pesar de que la trascendencia colectiva de éstas sea un presupuesto de la existencia de un sistema democrático completo, pues esta consideración y respeto a la libertad de expresión y al derecho de libre información veraz no es preciso que se alcance a costa de los derechos fundamentales de otras personas, entendidos estos derechos no en un exagerado y subjetivo ámbito, sino que es necesario realizarse un estudio "ponderado" y correcto.

"Puede parecer que el T.C. (Tribunal Constitucional) de valor preferente a la libertad de expresión y al derecho-deber de información, sobre los derechos al honor, intimidad e imagen. Pero cuando lo dice o se desprende de su texto (así, en las dos sentencias de 12 de noviembre 1980) siempre parte de la veracidad y relevancia pública. Lo que no significa otra cosa que en casos concretos no hay honor (porque lo dicho era verdad) o no hay intimidad (porque no la había, ante la relevancia pública del hecho o de la persona)".⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 19.

Estados Unidos de América

Debemos tener presente que este país se caracteriza por un sistema jurídico (*common law*) notoriamente distinto al nuestro (*civil law*), lo que denota un desarrollo histórico distinto, fuentes del derecho con reglas diferentes y un papel del juzgador más relevante, que sustituye en gran medida el papel de la doctrina. Resulta incluso curioso remarcar que la Constitución vigente, que data de 1787, no previó la existencia de una declaración de derechos fundamentales del gobernado frente al aparato estatal, sino que la misma fue motivo de las primeras diez enmiendas a dicho ordenamiento fundamental, propuestas el 25 de septiembre de 1789 y ratificadas el 15 de diciembre de 1791.⁴⁴⁸

Es en los Estados Unidos de América donde con mayor frecuencia se ha invocado la libertad de expresión como característica ineludible de un sistema democrático, llegándose incluso a afirmar que la "... libertad depende de la libertad de prensa, libertad que no puede ser limitada sin el riesgo de perderla".⁴⁴⁹ La desconfianza que experimentaba la mayoría de los constituyentes a propósito de todo sistema de gobierno -en especial del Ejecutivo- y el temor que había por los abusos que se consideraban inherentes al poder público, había que controlar al gobierno no sólo mediante los contrapesos públicos de los otros poderes, sino también mediante la institución de una prensa libre, ya que, según las ideas de la época, que persisten hasta nuestros días, el gobierno no existe sino por el acuerdo de los

⁴⁴⁸ "La Constitución de los Estados Unidos de América. Con notas explicativas", Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987, p. 44.

⁴⁴⁹ Palabras de Thomas Jefferson, *Cit.* por TOINET, Marie-France. "El sistema político de los Estados Unidos" (Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordán), Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 451.

gobernados, y éstos deben estar tan bien informados como sea posible, a fin de otorgar su apoyo sólo a ciencia cierta.

Y es así que en la Primera Enmienda se estableció que el Congreso no puede elaborar ninguna ley cuyo objeto sea limitar la libertad de prensa. Como se advierte de la sola lectura, los estados integrantes de la federación no se encuentran comprendidos en dicha restricción. En este estado, valga la pena hacer hincapié respecto de las notas que caracterizan el sistema de los derechos individuales en este país: a) La imprecisión en la Constitución y sus enmiendas respecto del sujeto titular del derecho, ya que suelen utilizarse los siguientes términos: “el pueblo”, “los ciudadanos de cada Estado”, “los ciudadanos de los Estados Unidos” o en ocasiones “la persona”. Tal situación ha dado lugar a distintas posibilidades con referencia al destinatario de estos derechos, que en ocasiones ha comprendido al extranjero y en otras se ha limitado al ciudadano norteamericano, al tiempo que el vocablo “persona” ha permitido la extensión de ciertos derechos constitucionales -en especial el de propiedad- a las sociedades de derecho privado; b) Las garantías individuales (usando nuestro léxico jurídico) establecidas por la Constitución federal aparecen, de manera clara y patente, como limitaciones al poder político, sea éste de la federación, sea el de los estados, dependiendo del derecho de que se trate. En este sentido, se da el caso de que hay derechos garantizados frente a los estados miembros, pero que no lo están, en cambio, frente a la federación, y viceversa, aunque la interpretación judicial ha tendido a una cierta homogenización. Por lo demás, y en cuanto que cada Estado tiene su propia tabla de derechos, resulta claro que la esfera jurídico-política individual no es uniforme para todos los ciudadanos estadounidenses; c) A pesar de la existencia de un sistema de derechos constitucionales federales, estos muestran un carácter fluyente, pues la constante interpretación judicial da lugar a que una descripción de las garantías individuales hoy podría no ser la

misma mañana, pues si bien los derechos establecidos son fijos y estáticos, en cambio las condiciones en las que rigen y se aplican son constantemente cambiantes; d) Las características socioeconómicas de los distintos estratos que conforman el pueblo norteamericano, denotan que la principal amenaza para la violación de la personalidad humana y su libertad, no es principalmente el Estado, sino los grupos autónomos, pujantes y vigorosos de diversa índole.⁴⁵⁰

Con arreglo al texto constitucional, la libertad de prensa, y en consecuencia la de expresión, sólo está aseguradas frente a la federación, pero no frente a los estados. Sin embargo, aparte de que éstos la reconozcan en sus constituciones, desde 1920 la Corte Suprema ha mantenido que la palabra "libertad" expresada en la Enmienda XIV, incluye la libertad de prensa, de palabra y de agitación política, e incluso el derecho a enseñar lenguas extranjeras en escuelas privadas.⁴⁵¹ En efecto, si bien es cierto que las enmiendas sólo se aplicaban al gobierno federal, la XIV Enmienda (Propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868) declara que ningún estado puede privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el proceso judicial apropiado, de lo cual, la Corte Suprema ha interpretado estas palabras en el sentido de que, casi en su totalidad, la declaración de derechos contenida en las primeras diez enmiendas se aplica también a los estados. De tal forma, la cláusula de proceso judicial apropiado (*due process clause*) contenida en la Quinta Enmienda fue consagrada y extendida directamente a todas las entidades de la federación.

⁴⁵⁰ Cfr. GARCÍA-FELAYO, Manuel. "Derecho constitucional comparado"; la reimpresión a la 1ª ed., Alianza Editorial Textos, Madrid, 1987, pp. 442 y s. Respecto de la afirmación contenida en el inciso *id.*, léase el interesante ensayo de FISS, Owen. "El efecto silenciador de la libertad de expresión" en *Taxonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*; Instituto Tecnológico Autónomo de México, Distribuciones Fontamara, S. A., México, Núm. 4, Abril 1996, pp. 17-27, en donde se replantea la función del Estado en relación con la libertad de expresión, ya no considerado como enemigo natural de ésta, sino como actor principal en asegurar la libertad de expresión.

⁴⁵¹ GARCÍA-FELAYO, Manuel. *Op. Cit.*, p. 444.

Aunque de esta manera se encuentre protegida contra todo hecho arbitrario las libertades de expresión y prensa, las mismas deben someterse a las leyes de orden general, esto es, existen límites a dichas garantías. Si bien con poca actividad, el Congreso norteamericano ha intervenido con los siguientes ordenamientos: a) Las leyes de 1798 sobre los extranjeros y la sedición (*Alien and sedition acts*), por virtud de las cuales se disponía que quien escribiera, imprimiera, difundiera o publicara escritos falsos, escandalosos o mal intencionados contra el gobierno de los Estados Unidos de América, para difamarlo, injuriarlo o desacreditarlo, o para provocar contra él el odio de los buenos estadounidenses, podía ser castigado con una multa de dos mil dólares y dos años de cárcel; b) Las leyes sobre el espionaje de 1917 y 1918 (*Espionage acts*), que limitaban, en forma estricta y en términos similares a las anteriores -aunque con mayor severidad en la sanción-, los derechos de prensa durante tiempos de guerra, lo que no fue óbice para que la misma se aplicara en tiempos de paz al analista de la Marina y eventual corresponsal de una revista inglesa Samuel Lorin Morison en febrero de 1985; c) La ley de 1934 sobre comunicaciones (*Communications act*), con la que se pretende controlar las ondas del espectro electromagnético (de propiedad pública), y, por ende, la totalidad de las telecomunicaciones; d) La ley de 1966 sobre la libertad de información (*Freedom of information act*), por virtud de la cual se amplió el acceso de la prensa a la documentación oficial; y e) La ley de 1970 sobre la protección de los diarios (*Newspaper preservation act*), que protegía a los diarios en cuestión de las disposiciones antimonopólicas (*antitrust*), ya que durante los años inmediatos anteriores los tribunales habían considerado que los acuerdos de cartel (precios, impresión y publicidad) establecidos entre varios diarios de distintas ciudades eran contrarios a las leyes antitrust.⁴⁵²

⁴⁵² Cf. TOINET, Marie-France. *Ob. Cit.*, pp. 455 y ss.; así como HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos* (Traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero), 2a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 167 y s.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha remarcado en diferentes ocasiones la importancia de la libertad de prensa, sin embargo, también ha distinguido entre la prohibición de publicar o la censura (*prior restrain*) y las persecuciones tras de la publicación. Se llega a equiparar la libertad de prensa con la ausencia de censura, y no que las publicaciones injuriosas estuvieran protegidas de toda persecución.

"La libertad de prensa es en efecto esencial a la naturaleza de un Estado libre; pero eso implica no imponer la prohibición de aparecer a publicaciones de índole criminal. Sin duda alguna, todo hombre libre tiene el derecho de exhibir en público los sentimientos que el parezca; prohibir eso sería destruir la libertad de prensa; pero si publica algo impropio, engañoso o ilegal, debe aceptar las consecuencias de su propia temeridad...

"... La imposibilidad en la que se encuentra el Estado de justificar la censura no atenta de ninguna manera contra su derecho constitucional a condenar una publicación criminal... Si [fuera criminal publicar] uno solo de los documentos aquí discutidos... yo no tendría ninguna dificultad en admitir esas condenas".⁴⁵³

De tal suerte, podemos observar que se está en aptitud de publicar prácticamente todo lo que se desee,⁴⁵⁴ en el entendido de que posteriormente se podrá ser sujeto de proceso, por hacer acusaciones difamatorias (en las que podríamos ver dañado el honor o fama de una persona) o por violación de su intimidad (*Privacy*). En este sentido, la fijación, reproducción y difusión de la imagen de una persona, podría dar lugar al entablamiento de una demanda

⁴⁵³ Afirmaciones de Balckstone y White, *Cit.* por TOINET, Marie-France. *Op. Cit.*, pp. 462, 463 y 467. Sin embargo, no hay que perder de vista el apuntamiento que expresa Hughes, en el sentido de que "si la libertad de prensa significa sólo la inmunidad frente a las restricciones previas a la publicación, y si el poder legislativo alcanza sin limitación al castigo de la publicación una vez realizada ésta, la inmunidad sería de poco valor", por lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América "reconoció que la prohibición constitucional no se limitaba a restricciones previas a la publicación, aunque ese había sido su principal propósito". HUGHES, Charles Evans. *Op. Cit.*, pp. 167 y s.

De ahí que en el Capítulo Tercero señaláramos que la razón de la garantía constitucional de libertad de expresión e imprenta, se ubicaba en la de no ser castigado arbitrariamente por las declaraciones formuladas.
⁴⁵⁴ Omitiremos los casos en los que el gobierno ha pretendido prohibir la publicación de información que considera perjudicial a los intereses de los Estados Unidos de América, mismos que no se empezaron a presentar sino hasta principios de la década de los setenta.

por responsabilidad civil (*Torts*) cuando por virtud de estos actos se viole la privacidad o el honor de un sujeto. Ciertamente, dada la relativa frecuencia con la que los tribunales cambian de criterios para distinguir en qué casos se está o no exhibiendo o difamando a alguien, nos es muy difícil establecer principios a seguir. Además, hay que tener en cuenta que la regulación del *libel* (Difamación) varía en cada entidad.

Empero, no estará de más hacer ver que para algunos estudiosos, el derecho constitucional a la privacidad limita el alcance de cualquier derecho constitucional a la información (incluida en éste la libertad de expresión), como lo hacen las leyes que protegen a los individuos para evitar que se les imponga la obligación de proporcionar información o materiales.⁴⁵⁵ Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que los periódicos pueden publicar legalmente cualquier información que obtengan sobre cuestiones de interés público aun cuando haya individuos que arguyan invasión de privacidad.

"Si en los procedimientos judiciales hay intereses de privacidad que deban ser protegidos, los Estados deben responder en tal forma que se evite la documentación pública de otra exposición de información privada. Sus instituciones políticas deben sopesar los intereses en la privacidad, en relación con los intereses del público en la información y de la prensa para publicar. Una vez que en un tribunal público se presente información verdadera y se abre a la inspección pública, no se podrá sancionar a la prensa por publicarla".⁴⁵⁶

Además, la Corte Suprema ha declarado, en *New York Times v. Sullivan*, que la violación a la intimidad o al honor no da lugar a responsabilidad civil cuando la información sea errónea, sino únicamente cuando es falsa, esto es, cuando tiene la intención de engañar y su autor actúa con dolo o mala fe (*actual malice*), cuando tenía serias dudas respecto de la

⁴⁵⁵ Cf. O'BRIEN, David M. *Ob. Cit.*, pp. 23 y ss.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 120.

veracidad de la información, bien, cuando en su desempeño como periodista se conduce en forma irresponsable o sin la diligencia necesaria (*reckless disregard of the truth*). Esta doctrina se aplica a los funcionarios públicos que son víctimas inexactas, o tratándose de figuras o cuestiones públicas, aun cuando haya particulares involucrados en ellas. Por virtud de lo anterior, se excluye a los funcionarios, figuras publicas o particulares cuando se trate de situaciones privadas.⁴⁵⁷

Respecto del *right of publicity*, la Corte Suprema⁴⁵⁸ se ha enfrentado sólo en una ocasión al conflicto entre éste y la libertad de información, asunto en el que prevaleció el primero, aunque advierte Igartúa Arregui⁴⁵⁹ que los razonamientos vertidos en *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* (433 US 564, 1977) no pueden utilizarse como ejemplo para resolver el conflicto por la especial naturaleza de los hechos involucrados, mismos que versaron sobre Hugo Zacchini, un conocido hombre-bala (*The "Human Cannonball"*) que se encontraba actuando en una feria y la cadena de televisión local filmó su acto, emitiéndolo por entero en su informativo nocturno. Los tribunales de Ohio decidieron que, a pesar de la vulneración del *right of publicity* de Zacchini, existía un interés público que justificaba la emisión de la actuación, pues se trataba de un asunto noticiable, pero la Corte Suprema consideró que la libertad de información no podía permitir el que se transmitiera la actuación entera de Zacchini, pues ello suponía una clara lesión de sus intereses económicos. La sentencia fue fruto de una apretada votación,

⁴⁵⁷ Cf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado...*, *Ob. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), pp. 376 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Ob. Cit.*, pp. 109 y ss.; así como TOINET, Marie-France. *Ob. Cit.*, pp. 469 y s. Bianchi, en su obra "New York Times v. Sullivan" y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema", ofrece una síntesis jurisprudencial norteamericana, donde se advierte que tratándose de persona pública e interés público, se aplica el *actual malice*; si es persona particular e interés público, la prueba de la negligencia común; pero si es persona particular e interés particular, el demandado debe probar la verdad de la publicación y la responsabilidad es, entonces, "objetiva". Cf. CIFUENTES, Santos. "Derechos...", *Ob. Cit.*, pp. 496 y s. en nota.

⁴⁵⁸ Hacemos referencia a la federal (tómese en consideración que en cada Estado existe una de carácter local).

⁴⁵⁹ IGARTÚA ARREGUI, Fernando. *Ob. Cit.*, p. 113, que es la fuente de donde tomamos esta información.

manteniendo los disidentes encabezados por el juez Powell, que la conducta de la cadena de televisión estaba protegida. Se basaban en el uso que habían realizado de la identidad de Zacchini, pues cuando "una filmación es utilizada como ocurre aquí, como una típica porción de un programa de noticias, yo decidiría que la Primera Enmienda protege a la emisora frente a una demanda por apropiación o vulneración del *right of publicity*, ausente una clara prueba por parte del demandante de que la retransmisión fuera un subterfugio o encubrimiento para una explotación privada o comercial".

Comenta Igartúa Arregui:⁴⁶⁰

"Ambos acercamientos al tema, tanto el de la mayoría como el de los disidentes, adolecen de cierta imperfección. La interpretación de la mayoría porque no nos ofrece una doctrina general sobre el conflicto entre la libertad de información, pues el criterio de la prohibición de la utilización de un 'acto completo' no es muy útil, por la especialidad del caso en cuestión y, lo que es más peligroso, su aplicación puede llevar a fijarse tan sólo en el daño económico sufrido por el interesado, sin fijarse el interés público que puede aparecer. Tampoco la postura de los disidentes es absolutamente correcta, pues no todo lo que se presenta como noticia... debe ser considerado como tal.

"Sin embargo, creo que en este caso la postura tomada fue correcta, pues efectivamente se estaba lesionando los posibles beneficios económicos de Zacchini, privándole de gran número de espectadores futuros. Hay que tener en cuenta, además, que Zacchini cobraba una entrada por contemplar el espectáculo.

"Y una consideración final: si el evento es noticiable, la actuación podría ser retransmitida sin consentimiento en cualquier cadena de televisión, cuantas veces estimara oportuno. No parece que la libertad de información exija cercenar el medio de vida de una persona de una manera tan tajante".

3 Valoración de los derechos en conflicto.- Ante la existencia de un conflicto entre una prerrogativa fundamental como lo es la libertad de expresión y otro de naturaleza personalísima como

⁴⁶⁰ *Ibid.*, pp. 116 y s.

el derecho a la propia imagen, se han propuesto distintas formas de abordar el problema para encontrar una justa solución. Ya hemos visto en las líneas que anteceden como se ha tratado la disyuntiva en otros sistemas jurídicos distintos al nuestro, dedicaremos las páginas siguientes a explicar brevemente las recientes posturas que proponen algunos autores, para finalmente formular la nuestra en relación específica al derecho a la propia imagen con la caricatura como manifestación en concreto del ejercicio de la libertad de expresión.

Pasemos en primer lugar a desarrollar la teoría de la prelación de derechos que ha formulado Ekmekdjian⁴⁶¹ respecto de los derechos consignados en la parte dogmática de las Leyes Fundamentales. Parte para la elaboración de la misma señalando que, según la doctrina y la jurisprudencia generalizadas en la mayoría de los países iberoamericanos, todos los derechos y garantías constitucionales tienen igual jerarquía, por lo que se suele sostener que la interpretación de los tribunales debe tratar de armonizarlos cuando dos o más de esos derechos entran en conflicto. Ekmekdjian discrepa totalmente de este criterio, por considerarlo “erróneo y simplista”.

Así, prescindiendo de las diversas definiciones del derecho subjetivo que las distintas escuelas han elaborado, concuerda que cada derecho subjetivo es la cobertura jurídica de uno o de varios valores, es decir, se traduce en un medio de brindar protección jurídica a un valor, el cual, por definición, es un fin en sí mismo. Y como toda teoría de los valores parte de la base de que éstos se hallan ordenados jerárquicamente (si admitimos que los derechos individuales son medios en relación con los valores, a los que brindan

⁴⁶¹ EKMEDJIAN, Miguel Ángel. “Tratado...”. *Op. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), pp. 475 y ss. Es de advertir que en la misma este autor restringe su estudio a los llamados derechos civiles, sin incluir a los políticos, los sociales y los denominados derechos de la tercera generación. Al respecto, *Cfr. supra* el numeral 1.1.2 del Capítulo Segundo.

protección jurídica), por medio de un simple silogismo se puede afirmar que los derechos individuales (o garantías individuales en nuestro medio) también están ordenados jerárquicamente. Según el autor, procede en consecuencia un ordenamiento de los derechos individuales, diseñando una escala jerárquica, en cuya cúspide estarán los derechos o valores fundamentales, y a medida que se va descendiendo por ella, los derechos o valores que se hallan en sus peldaños aparecerán ubicados en orden decreciente.

Para auxiliarse en esta tarea, construye un sistema axiomático, conformado por la siguiente lista de axiomas: *a)* Los derechos dan cobertura o protección jurídica a valores éticos; *b)* Los valores están estructurados jerárquicamente; *c)* El orden de prelación o jerarquía de los valores que se debe tomar es el comúnmente aceptado por una sociedad en el momento actual; *d)* Son derechos del primer grupo aquellos que sólo son ejercidos por uno o más seres humanos, individualmente; *e)* Son derechos del tercer grupo aquellos que sólo pueden ser ejercidos por la humanidad; *f)* Son derechos del segundo grupo los que no están incluidos en alguno de los dos axiomas anteriores; *g)* Para determinar el orden de prelación de los derechos, se debe observar cuál es el grado de protección relativa (en relación a los demás) que tiene cada derecho en el orden jurídico determinado por el axioma señalado en el inciso *c)*; *h)* Los derechos de jerarquía superior están más protegidos que los de rango inferior; *i)* Los derechos de jerarquía superior son menos restringibles que los de rango inferior; *j)* Todo conflicto entre dos o más derechos es factible de solución; *k)* Se produce un conflicto de derechos en el momento en que es necesario resolver una contradicción entre dos o más titulares que pretender hacer prevalecer uno o más derechos de cada uno sobre el (los) de los otros;⁴⁶² *l)* Cuando los derechos en conflicto son de

⁴⁶² "... el conflicto se produce en el momento en que es necesario resolver la contraposición entre los dos (o más) titulares, porque ya se produjo la lesión. Nunca antes o después. En otras palabras, el orden jerárquico debe ser aplicado para resolver el conflicto sólo en la oportunidad en la cual -por las leyes o por la naturaleza

distinto rango, la solución se obtiene conservando el derecho de rango superior y sacrificando al de rango inferior y siempre que el sacrificio de éste sea condición necesaria y suficiente para la preservación del otro;⁴⁶³ *m*) Cuando los derechos en conflicto son del mismo rango y grupo, la solución no puede ser obtenida dentro del sistema axiomático; y *n*) Cuando los derechos en conflicto son de distinto grupo, a igualdad de rango, prevalecen los del tercero sobre el segundo y primero, y los del segundo sobre los del primero.

Aplicando las reglas de los axiomas contenidos en los incisos *c*) y *h*) anteriores, así como las de “razonabilidad”, de “intuición filosófica” y la posibilidad de renunciabilidad del derecho por el titular de éste, llega a una primera y gruesa división consistente en separarlos en *a*) Derechos personales; y *b*) Derechos patrimoniales, pues “intuitivamente” percibe (y considera que tal afirmación no necesita ser demostrada) que los derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad física, entre otros, son más valiosos que el derecho de propiedad. En la primera categoría se pueden agrupar a los derechos que la integran en dos clases: *i*) Los derechos de la personalidad (Ekmekdjian los llama personalísimos, como la mayoría de la doctrina argentina);⁴⁶⁴ y *ii*) Los restantes derechos personales, en donde resulta que, aplicando los mismos métodos reseñados, los primeros están un peldaño más arriba que los segundos. A su vez, los derechos de la personalidad pueden ser subdivididos

de los hechos o por ambas- el órgano jurisdiccional deba resolver el pedido de reparación, acogiéndolo o rechazándolo.

⁴⁶³Un ejemplo aclarar lo que estoy expresando. Supongamos que alguien alegue que peligra su derecho a la intimidad o al honor a causa de una nota periodística próxima a ser publicada. El conflicto se produce en el momento en que -ya publicado el texto presuntamente injurioso- el juez deba condenar o absolver al periodista responsable. De otra manera, si se adelantara y -por ejemplo- prohibiera la publicación antes de que esta se hubiere efectuado, estaría incurriendo en censura previa prohibida por el art. 14 de la Constitución...” EKMEDIJIAN, Miguel Ángel. “Tratado...”, *Ob. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), pp. 478 y s. *Cfr. supra* numeral 2 del Capítulo Tercero, en donde nos manifestamos en términos similares respecto de la caricatura como manifestación de la libertad de expresión de ideas y su conflicto con el derecho a la propia imagen.

⁴⁶⁴ “... significa que la preterición del derecho de rango inferior tiene que traer como efecto necesario la preservación del de rango superior, es decir que exista una relación de causalidad entre el sacrificio y la conservación. Si, al contrario, ésta dependiera, además, de otras causas concurrentes, la preterición del derecho inferior no es procedente y el conflicto no puede resolverse de esta manera”. EKMEDIJIAN, Miguel Ángel. “Tratado...”, *Ob. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), p. 479.

⁴⁶⁴ *Cfr. supra* numeral 1.2 del Capítulo Segundo.

nuevamente, para lo que es necesario comparar los valores relativos del derecho a la dignidad y del derecho a la vida. A tales efectos, se debe entender por dignidad humana: en sentido amplio, como el valor esencial, fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos individuales (humanos); en tanto, en sentido restringido, que es el que toma el autor en cita, es el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano y con todos los atributos de su humanidad, esto es, el derecho que tiene todo ser humano a ser considerado como un fin en sí mismo, y no como un medio o instrumento de los otros hombres.

"... si hiciéramos una encuesta sobre la relación jerárquica de ambos -esto es: el derecho a la dignidad y el derecho a la vida- posiblemente gran parte de las respuestas ubicarían en primer término al derecho a la vida y sólo más abajo de éste el derecho a la dignidad. El argumento que aparenta ser decisivo es el de que sin vida no es posible la dignidad.

"Esta afirmación puede parecer impactante, pero es errónea. Implica una transposición de términos. Desde un punto de vista biológico, es cierto que nos es concebible la dignidad en un ser inerte, en una piedra, o en un vegetal. Pero *los parámetros biológicos no tienen por qué ser correlativos de los axiológicos*. Así como se afirma que sin vida no hay dignidad (lo que acepto sólo en el sentido biológico), me pregunto si la vida sin dignidad merece ser vivida. ¿Qué vida es esa? ¿Era vida la de los esclavos tratados como animales que servían sólo para trabajar y reproducirse, dándole ganancias al amo, como cuando una vaca tiene cría? Biológicamente sí, pero axiológicamente no. Cuando quienes cuestionan mi tesis piensan en la vida, inconcientemente le endosan el calificativo de vida *digna*, con lo cual la transposición señalada mas arriba es fácil observar.

"La demostración de lo que expreso es simple. Nadie, ni el criminal más feroz y despreciable, puede ser privado de su dignidad. Sin embargo, la sociedad puede exigirle a una persona el sacrificio de su vida (v. gr., para defender a la Patria, en el caso de artículo 21 de la Constitución nacional) o privarle de ella como castigo a un delito grave... Si bien la pena de muerte ya no rige en la República Argentina, a partir de la sanción del actual Código Penal, tuvo vigencia en el anterior... en el Código de Justicia Militar está legislada y actualmente tiene vigencia para ciertos delitos militares graves".⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ EKMEKJIAN, Miguel Angel. "Tratado...", *Ob. Cit.*, Tomo I (Arts. 1 a 14), p. 484.

En virtud de las anteriores consideraciones, el autor en cita, tomando en cuenta que es impensable que un valor de rango menor tenga más protección que uno de rango mayor, estima que el derecho a la dignidad tiene un rango superior al derecho a la vida. Asimismo, aclara que no debe confundirse entre derecho a la dignidad y derecho al honor, puesto que éste es la reputación de una persona, relacionado con la circunstancia de cada individuo y, en consecuencia, de naturaleza relativa; en tanto, el derecho a la dignidad es una categoría absoluta, "patrimonio" inalienable de cada persona humana, por lo que concluye su supremacía jerárquica respecto del honor, "ya que es posible vivir, no obstante tener el honor mancillado".

De lo anterior, resulta la siguiente escala jerárquica: *a)* Derecho a la dignidad y sus derivados (conciencia, intimidación, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones, no servir de cobayo, etcétera); *b)* Derecho a la vida y sus derivados (preservación de la salud, etcétera); *c)* Derecho al honor; *d)* Los restantes derechos de la personalidad; *e)* Los restantes derechos personales; y *f)* Derechos patrimoniales.

Nuevamente, siguiendo con su método, Ekmekdjian afina los conceptos y subdivide las categorías comprendidas en los incisos *d)* y *c)*, ya que el derecho a la libertad física está por encima de los restantes derechos, por cuanto es prerequisite indispensable para que los de más abajo puedan ser ejercidos. En situación similar -continúa- se encuentra el derecho a la información y el derecho de asociación, motores básicos de la vida social. Distingue asimismo entre derechos "fines" (derecho de aprender) y derechos "medios" (derecho de enseñar), en donde los primeros están en un rango superior a los segundos, y otorga un valor más alto al derecho a la libertad física respecto del derecho al honor. De lo anterior, se desprende la escala definitiva:

a) Derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones, etcétera);

b) Derecho a la vida y sus derivados (derecho a la preservación de la salud, a la integridad física y psicológica, etcétera);

c) Derecho a la libertad física;

d) Los restantes derechos de la personalidad (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etcétera);

e) Derecho a la información;

f) Derecho de asociación;

g) Los restantes derechos personales, primero los derechos "fines" y luego los derechos "medios"; y

h) Los derechos patrimoniales.

Por su parte, Ghersi⁴⁶⁶ estima que es "muy difícil establecer un orden jerárquico" de derechos fundamentales del individuo (incluidos por supuestos los derechos de la personalidad) *a priori*, que ubique a unos sobre otros. Respecto de la teoría de Ekmekdjian, sostiene que no basta decir que los derechos (garantías) individuales tienen fundamento en la dignidad humana y deben prevalecer siempre respecto de otro derecho, quizá tan importante como el que ha sido subordinado, sin conectarlo con el contexto social, económico e histórico de un país en un momento determinado, ya que, por

⁴⁶⁶ GHERSI, Carlos Alberto. *Ob. Cit.*, p. 211.

ejemplo, un insulto en el siglo pasado era una afrenta muy difícil de sobrellevar y sólo podía lavarse con un duelo a muerte.

"Al respecto coincidimos con Barcesat cuando dice: "La dignidad y su reconocimiento y protección expresa una remisión necesaria al contexto social histórico. Esa dignidad expresa el desarrollo social".

"En la actualidad, el derecho de libertad de expresión y la publicación de las ideas por medio de la prensa ha alcanzado una relevancia trascendental como instrumento al servicio del control de los actos de gobierno; por otra parte, están los derechos personalísimos como a la intimidad, al honor, etc., que están revitalizados a la luz de nuevas doctrinas.

"No es válido tomar posición en abstracción acerca de cuales son los derechos que uno va a privilegiar, dependerá siempre del caso particular, pero con un aditamento: que "el fin perseguido al privilegiar un derecho sobre otro -p. ej., censura previa para evitar un daño a un derecho personalísimo- debe estar en proporción con la medida aplicada".

"No tener en cuenta el contexto histórico social de un país, en un momento determinado, sin duda conduce a resultados desvalorosos. En consecuencia, hoy el intérprete está obligado a realizar una tarea harto compleja, cual es realizar un análisis dinámico del caso particular y su relación con el contexto".⁴⁶⁷

Para Cifuentes,⁴⁶⁸ en cambio, la teoría que pone de relieve una escala de valores jerárquicos de unos frente a otros y disputa con la que les da similitud y los armoniza en un orden de igualdad, ha llevado en la práctica a pensar que en cada caso ha debido establecerse la prevalencia, con lo que no está de acuerdo, pues para este autor no se trata de un problema de preferencias o prevalencias, sino de juzgamiento de conductas para desentrañar si se ha conculcado, o no, el derecho de la personalidad de que se trate. Cuando ello es así, sostiene que no se ha elevado el jerárquicamente el bien frente a la libertad de expresión o de información, sino tan sólo sancionada la intromisión dañosa, la injerencia injusta. "Y con esto no se

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 212.

⁴⁶⁸ CIFUENTES, Santos. *Derechos...*; *Ob. Cit.*, p. 579.

juzgó la prevalencia sino la responsabilidad". Asimismo, afirma que el llamado carácter estratégico de la libertad de expresión no es de pertenencia exclusiva, toda vez que los derechos de la personalidad y otros derechos pueden institucionalizarse de igual manera; así, la vida, la libertad individual, la propiedad son tan estratégicos y esenciales como escribir y hablar por los medios masivos de comunicación. Continuando con su punto de vista pragmático, Cifuentes⁴⁶⁹ estima que es incorrecto tratar de establecer límites a alguna de esas manifestaciones, rigurosamente imprescindibles del ser humano, ni de enfrentarlas en abstracto como si una de ellas importara una especie de valla o barrera para el goce y el ejercicio de la otra, pues desde su punto de vista, tan sólo hay ocasiones en que, según las circunstancias, tal ejercicio puede ser antijurídico:

"... Si, por ejemplo, a través de la libertad de información se comete un hecho ilícito, pues se lesiona la dignidad o la integridad espiritual de una persona, el orden jurídico debe reaccionar en su defensa o en su prevención. No veo como puede suponerse que, ante el aparente conflicto, haya un límite, sino simplemente el estudio y prueba de la proyección legal de una facultad y un daño reparable. Ahora bien, si no se llega a la comisión de un hecho ilícito, por ejemplo, difundiendo lo cierto y real pero de un modo que importe avanzar sobre la buena fe, la moral y las buenas costumbres, o bien en que se desborda el acto con relación a un individuo concreto atendiendo a las miras que tuvo la ley al conceder el derecho de informar o de recibir información, se habrá producido o podrá producirse un ejercicio abusivo que la ley no ampara y que debe ser impedido o reparado en tutela de aquel".

Entendemos el razonamiento de Cifuentes, aunque consideramos que su planteamiento parte de considerar por "límites" lo que su significado literal implica, es decir, al término, lindero o confin de algo, cuando lo que realmente se trata de hacer notar con esa expresión son los parámetros a partir de los cuales el ejercicio de un derecho (libertad de expresión o de información) o la protección que a un individuo puede resguardar determinada prerrogativa (derecho a la propia imagen en nuestro caso)

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 586 y s.

acarrea la imputación de responsabilidad legal (civil, penal o administrativa) o la ausencia de acción que pueda hacerse valer en invocación del derecho en cuestión. En estos términos entendemos y utilizamos en el presente trabajo la expresión "límites" de la libertad de expresión o del derecho a la propia imagen. Desde este punto de vista, no concordamos con la opinión sustentada por el jurista argentino: habrá lugar a fincar responsabilidad legal cuando alguien haya excedido los "límites" del libre (e "irresponsable" si entendemos ésta palabra desde su gramatical concepción) ejercicio de la libertad de expresión; por el contrario, la protección que deriva del derecho a la imagen, no podrá legítimamente hacerse valer, cuando en la fijación, reproducción o difusión concorra alguna de las causas de justificación que la ley prevea, en otras palabras, cuando la conducta aparentemente lesionadora del derecho se encuentre fuera de los "límites" de protección del derecho en comento.

Tal postura no nos lleva a aceptar la tesis de Ekmekdjian de que existen valores conaturales e impuestos por la sociedad en un tiempo determinado sobre los cuales nos podemos basar, incluso *a priori*, para determinar si un derecho debe prevalecer sobre otro. Ya hemos afirmado en ocasiones posteriores que no existen valores absolutos, ilegislables e ilimitados en un orden normativo. Insinuar la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles a los mismos es resultado de un planteamiento idealista, dogmático y, probablemente, ingenuo, que no advierte el sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social. En tal virtud, el carácter plural y conflictivo del orden social crea una interdependencia funcional de los derechos en él considerados y una actitud valorativa en el jurista, que desautoriza todo planteamiento apriorístico al respecto.

Bajo este aspecto, somos de la idea -como lo sostiene Ghersi y lo insinúa Cifuentes-, de seguir una técnica jurídica basada en la armonización,

includible cuando se trata de conjugar derechos y libertades fundamentales para el desarrollo del hombre como tal cuando entran en colisión. Por tanto, deben buscarse las moderaciones recíprocas conducentes a su mutuo reajuste, considerando simultánea y conjuntamente una y otra de las vertientes protegidas, sin que en principio ninguna de ellas venga suprimida por la otra, sino ambas acomodadas en el contexto concreto de la hipótesis de que se trate.

Con estas ideas a cuestas, trataremos de demostrar que la caricatura no debe entenderse como una causa de violación del derecho a la propia imagen, por las razones a continuación exponemos:

Por virtud del derecho a la propia imagen la persona cuenta con la prerrogativa de autorizar la fijación, reproducción, publicación o difusión de los rasgos fisonómicos que le identifican, en los términos que hemos establecido en el Capítulo Segundo (aspecto positivo). En tal sentido, los estudiosos que han profundizado en esta materia, postura que ha sido adoptada por las legislaciones más recientes, han entendido que la imagen del ser humano puede ser reproducida de muy diversas formas, entre otras: fotografía, cine, televisión, video, grabado, litografía, molde, vaciado, pintura, dibujo y, por supuesto, la caricatura.⁴⁷⁰ Se ha establecido asimismo que por virtud del derecho a la propia imagen la persona puede legítimamente negarse a la fijación, reproducción, publicación o difusión que de su efigie se realice sin su asentimiento (aspecto negativo), con la consecuente posibilidad

⁴⁷⁰ "El carácter bufonesco, suavemente satírico e incluso halagador que ha tomado en nuestros días este tipo de creación, hace que la caricatura sea considerada con cierta benevolencia. Sin embargo, es evidente que se trata en este caso de una imagen protegible, en cuanto representación de la figura humana, entrando pues en el ámbito de protección del derecho a la propia imagen". ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según la Ley 5 de mayo de 1982*, Editorial Colex, Madrid (2), 1987, p. 27.

En términos similares se expresa Cítrama González: "De la caricatura podrá decirse, por tanto, que casi siempre es la parodia o la sátira de la imagen, del retrato de la persona. En tanto cuanto tal persona sea reconocible bajo los trazos bufonescos del dibujante caricaturista o del fotógrafo que opera con lentes deformantes en el objetivo de su cámara-, puede haber lugar a que el efigiado invoque en su apoyo la justicia...". CÍTRAMA GONZÁLEZ, José. *Op. Cit.*, p. 305.

de accionar las instancias judiciales pertinentes para hacer valer la cesación de la infracción (supuesto éste último no contemplado expresamente en nuestra legislación), así como para exigir la indemnización correspondiente en virtud de haberse causado un daño moral (supuesto igualmente no considerado en el CCDF en forma autónoma) o el pago derivado del enriquecimiento ilícito que derive de la explotación económica de la imagen. Manifestamos también nuestra postura, de acuerdo con la tendencia predominante, que el derecho a la propia imagen cuenta con un carácter autónomo, pese a que mediante el uso indebido de la imagen de una persona pueda igualmente causarse una lesión a la intimidad, al honor o al derecho a la identidad personal (hipótesis que no contempla el CCDF). Finalmente, se ha dicho que no es necesario recabar la autorización expresa del retratado (en sentido amplio), cuando concurre alguna de las causas de justificación que la ley contemple, en nuestro caso, de conformidad con el artículo 87 de la LFDA, cuando el efigiado forme parte menor de un conjunto, o cuando la fotografía sea tomada en un lugar público, o la misma se destine a fines informativos o periodísticos, o bien, cuando hayan transcurrido 50 años de la muerte de la persona retratada.

Por otro lado, tenemos a la caricatura, esa reproducción de los rasgos de la persona dibujada, en donde los defectos de la misma son puestos de relieve -normalmente en forma grotesca o burlona-, a fin de causar gracia en el lector, y que se ha convertido en una forma de expresar el punto de vista de algún medio (como sucede normalmente en los Estados Unidos de América) o del propio caricaturista, en relación con la actuación o comportamiento de un funcionario público o de una persona con proyección pública. En forma indudable, la caricatura se constituye como una manifestación concreta de la libertad de expresión en su vertiente específica de la libertad de imprenta, en virtud de que con la caricatura, usualmente, se pretende comunicar una

opinión, un punto de vista, crítica o reflexión, y no informar de un acontecimiento o noticia; asimismo, por su naturaleza, en los términos que hemos adoptado para este trabajo, se requiere que la caricatura sea plasmada en una superficie material adecuada para su difusión, que regularmente se realiza a través de un medio impreso, aunque excepcionalmente se lleve a cabo por algún otro medio *visual*, como lo serían las participaciones de Rafael "la ranita" Freyre en el noticiario "24 Horas". Por las consideraciones anteriores, el ejercicio de la caricatura se encuentra amparado como garantía individual en el artículo 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin posibilidad jurídica de intentar una censura previa, y limitado el ejercicio de esta libertad a la eventual posibilidad de fincarle responsabilidad legal (administrativa, civil o penal) al caricaturista cuando, conforme citado precepto constitucional invocado, con la caricatura se viole la vida privada, a la moral o a la paz pública. Estos tres supuestos deben entenderse conforme la legislación secundaria que expidan los distintos Congresos en sus respectivos ámbitos de facultades, que en el que nos corresponde devendrían cuando se tipifique alguno de los delitos contemplados en el CPDF a que nos hemos referido en el numeral 2.1 del presente Capítulo, cuando se actualice alguna de las intromisiones a la vida privada (que constituyen realmente ataques al honor), a la moral y al orden y paz públicos previstas en la Ley de Imprenta, o cuando se acrediten los extremos del artículo 1916 del CCDF.

Visto lo anterior, se impone como necesario ahora analizar si con la realización de la caricatura cabe la posibilidad de violentar el derecho a la propia imagen. Desde el punto de vista de las excepciones que contempla la LFDA, consideramos que la realización de la caricatura bien queda comprendida dentro de los poco claros "fines informativos o periodísticos", pues si bien hemos visto que no se le debe dar al último de los vocablos

indicados una interpretación irracionalmente extensiva, al incluir a la caricatura dentro de dicho supuesto no nos estamos conduciendo de esa manera, pues es de sobra conocido que el cartón político (especie de caricatura) se ha convertido en parte primordial de la sección editorial de un diario o revista (lo que no implica que necesariamente se deba publicar en dicha sección), a grado tal que se afirma que una proporción de más de tres entre cinco lectores ven la caricatura editorial.⁴⁷¹ Hablar de diario o periódico, pues, conlleva a contemplar como una de sus fundamentales secciones, la caricatura editorial, que normalmente incidirá en el tema político, aunque consideramos que esta circunstancia no es óbice para que en cada una de las secciones especializadas de la publicación se pueda insertar una caricatura que se refiera al tema de que se trate. Por otro lado, conforme a los límites que contempla el artículo 7o Constitucional para el ejercicio de la libertad de imprenta, así como la legislación secundaria aplicable a la norma en concreto, la realización de la caricatura podrá causar una violación al derecho a la intimidad (vida privada) o un ataque al derecho al honor, pero nunca, por sí misma, podrá violentar el derecho a la propia imagen.⁴⁷² La norma legal secundaria que contraric tal disposición devendría en inconstitucional.

Este último sería también el fundamento para sostener que la realización de cualquier caricatura, se publique o no, en la que se dibuje a

⁴⁷¹ Estadística que tomamos de FRASER BOND, F. *Op. Cit.*, p. 263.

⁴⁷² Un caso que consideramos como clara violación del honor (aunque la nota aduce que se violentó la "vida privada") de una persona por medio de la caricatura lo encontramos en la nota periodística intitulada "Contra Penthouse", publicada en la página 26A del periódico *Reforma, Corazón de México*, el 23 de abril de 1997, y cuyo texto es el siguiente: "El Canciller Federal de Alemania, Helmut Kohl, demandó a la revista Penthouse por publicar una caricatura de su esposa desnuda, informaron ayer diversos medios de prensa locales. Según los medios, la caricatura en la revista de circulación internacional muestra a Hannelore Kohl, inclinata y sin ropa, sentada al volante de un Mercedes Benz y a Kohl mirándola con voracidad. El Canciller consiguió en enero pasado que se impusiera una prohibición provisional contra la publicación para evitar que se siguiera difundiendo la caricatura de su esposa sin paños menores en la serie "las 100 más bellas". "De acuerdo con las fuentes, Kohl demandó a la Editorial Peiri, que hace Penthouse, por casi 70 mil dólares. "En el escrito que acompañó a la demanda se estableció que la caricatura constituye una agresión contra la vida privada del Canciller".

una persona con proyección social o política notorias, o a la vecina de la casa de enfrente, sobre cualquier materia, en tanto no actualice alguna de las limitaciones constitucionales legisladas secundariamente, es perfectamente lícita. Tal criterio podría hacerse extensivo a la pintura, dibujo, y otras manifestaciones del arte semejantes.

Además del razonamiento estrictamente legal que hemos realizado, consideramos que la solución es éticamente correcta, por las razones que a continuación acompañamos. Como hemos visto, el nacimiento de una teoría para defender la existencia de un derecho sobre la propia imagen no se da sino hasta que fueron creados por el hombre los aparatos mecánicos capaces de capturar en un instante la efigie de un sujeto. Realmente, hasta ese entonces, nadie había puesto en tela de duda la legitimidad del pintor o dibujante para trazar los rasgos de otro. Y creemos que la aparición del derecho a la propia imagen como consecuencia de la facilidad con que la imagen de la persona podía ser fijada, reproducida y difundida indiscriminadamente no debe cambiar la consideración del legítimo actuar del caricaturista, pintor o dibujante, pues lo que estos hacen no es reflejar exactamente una reproducción de la imagen de la persona, de los rasgos de la misma, sino que la elaboración de un dibujo, de una pintura o de una caricatura lleva implícita un proceso de interpretación, por parte de quien la realiza, de la realidad objetiva derivada del reflejo de los rayos de luz, a los rasgos que finalmente quedan plasmados en papel, lienzo, cartoncillo, etcétera.⁴⁷³ El resultado de su obra es y debe ser considerado una manifestación de expresión del mundo y personas que le rodean, de envergadura tal que se encuentran protegidos adicionalmente como derechos de autor. En consecuencia de lo que hemos señalado, prohibir, o intentar

⁴⁷³ Prueba de ello está en la consideración de que si un caricaturista realiza un cartón de "x" 1,000 veces, en 1,000 ocasiones tendremos caricaturas distintas, tal vez muy parecidas, pero distintas al fina y al cabo.

hacerlo, que una persona realice una caricatura, pintura, dibujo o escultura de otro individuo, sería tanto como restringir la posibilidad de emitir juicios u opiniones respecto de alguien más. Cosa distinta de lo que sucede con la fotografía, el cine, el video, y otros mecanismos diversos, en donde únicamente se fija la imagen en material adecuado, son meros procesos de captación de reflejos luminosos. Desde luego, la facultad de poder dibujar, pintar o caricaturizar a quien quiera uno no debe interpretarse como prerrogativa irrestricta para dañar los sentimientos de otros (intimididad y honor, principalmente), así como para tampoco lucrar indebidamente con el escudo de la producción de arte. Cuando se lucre con la imagen de otro, así sea mediante dibujo, pintura o caricatura, debe requerirse necesariamente la autorización expresa del efigiado, pues la libertad de expresión que amparaba su fijación no puede aplicarse en la difusión y explotación con fines publicitarios o comerciales, y será en este momento cuando se haga oponible un aspecto del derecho a la propia imagen, que si desde este punto de vista se ve, vendría siendo (no queremos decir que en efecto lo sea) una especie de *droit de suite*⁴⁷⁴ para aquellos cuyos rasgos fisonómicos han sido fijados y cuya comercialización se pretende.

⁴⁷⁴ Para determinar los aspectos que cubre y regula esta figura, Cfr. RANGEL-MEDINA, David. "El droit de suite de los autores en el derecho contemporáneo" en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1988-1989, número 19, pp. 430 y ss.

CONCLUSIONES

1 El concepto de persona debe partir de la consideración integral del conjunto de intereses que le son propios, procurando superar la fragmentación de sus esferas de actuaciones, derivada de la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, pues el Derecho es único en cada ámbito espacial y temporal de validez de las normas que lo componen. Se hace necesario pues, encontrar una nueva y diferente gradación al conceder o reconocer la libertad de la actuación individual en los distintos campos en que la persona puede proyectar y desarrollar su actividad, razón por la cual el legislador debe operar con sumo cuidado y establecer un justo equilibrio entre los intereses individuales y los de la sociedad, entre la libertad y la seguridad.

2 La persona es un *prius* del Derecho, en tanto éste tiene como función servir a aquella, para ordenar la convivencia en vistas al cumplimiento de los fines que se ha propuesto la persona humana, que por ser trascendente, un fin en sí mismo, es superior a todo orden jurídico. En consecuencia, la persona humana es una categoría ontológica y moral, no meramente histórica o jurídica.

3 Todo individuo humano (varón o mujer) por su propia naturaleza y dignidad es persona para el Derecho, sin que medie consideración de

edad, sexo, religión, profesión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

4 El concepto de persona ha experimentado una ampliación por cuanto en él se han incorporado a ciertas organizaciones sociales a las que el Derecho reconoce o atribuye personalidad jurídica independiente a la de los miembros que la componen.

5 La personalidad es una situación jurídica subjetiva, una aptitud o cualidad reconocida por el Derecho al hombre y a ciertas organizaciones sociales para ser sujeto de relaciones jurídicas, sujeto de Derecho, esto es, la proyección o manifestación del ser humano en el mundo jurídico-objetivo, constituyéndose en consecuencia, en el presupuesto de toda relación jurídica.

6 El derecho general de la personalidad se ha sustentado como el derecho a la conservación, invulnerabilidad, dignidad, designación reconocida y libre actuación de la personalidad en todas direcciones, del cual se derivan los demás derechos subjetivos especiales, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia comparadas han terminado por no acoger la concepción de un derecho general de la personalidad, por no ser claramente diferenciable de los derechos especiales que presumiblemente contendría, cuestión que conduciría a una variedad ilimitada de problemáticas en la práctica, lo que resulta innecesario cuando existen instituciones añejas en el campo del Derecho Civil por medio de las cuales podría atacarse la violación de los bienes que se pretende tutelar.

7 La proyección de la persona en el campo del Derecho, es decir, el surgimiento de la personalidad, se da con el hecho biológico del nacimiento, aunque el Código Civil para el Distrito Federal atribuye ciertos efectos jurídicos al concebido no nacido, relaciones jurídicas condicionadas a que el feto sea desprendido enteramente del seno materno y viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Esta personalidad, en la persona física, concluye con la muerte, momento en el que, por regla general, se extinguen sus relaciones personales, las de duración vitalicia y sus derechos de la personalidad, en tanto que las de carácter patrimonial se transmiten a sus herederos o legatarios.

8 Los derechos humanos han sido denominados de muchas maneras, sin embargo, la connotación que refieren todos y cada uno de esos vocablos es unívoca: alude, en su acepción primigenia, a las facultades fundamentales o esenciales de todo ser humano que tienden a proteger el ámbito de acción del individuo en sociedad, a fin de que logre realizar sus fines y desarrollarse como ser humano. Con el tiempo, a este primer concepto de derechos humanos, se han incorporado los llamados derechos de la segunda y tercera generaciones, los cuales tienen por objeto pretensiones que los individuos y los grupos pueden hacer valer frente al Estado y que implican el poder exigir determinadas pretensiones (derechos económicos, sociales y culturales), o bien, derechos con vocación comunitaria en los que no es posible individualizar a sus integrantes (derechos de solidaridad). Por las razones que motivaron su concepción y desarrollo, en un primer momento fueron considerados como facultades del sujeto en contra del aparato estatal. El devenir social, hizo necesaria la extensión de su obligatoriedad hacia los

demás particulares, cuestión que si bien admite excepciones, puede estimarse como regla general.

9 Los derechos humanos, considerados en sí mismos, se constituyen como imperativos de carácter ético, pues la historia ha demostrado que no siempre se ha admitido su existencia como derechos innatos, esto es, derivados del orden natural de las cosas. Por el contrario, es de sostenerse que no es hasta su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo, que es posible hablar de la existencia de auténticos derechos subjetivos, por virtud de los cuales el titular del derecho puede accionar los órganos jurisdiccionales o administrativos para que la conducta u omisión lesionante pueda ser combatida. Merced de este reconocimiento legal, los derechos humanos al ser contemplados por las diversas leyes que integran un sistema normativo, suelen adquirir o revestir caracteres propios que se han denominado de diversas formas al constituirse figuras jurídicas con autonomía legal, procedimental y doctrinal propias. Tal es el caso de las garantías individuales y los derechos de la personalidad.

10 Las tendencias más novedosas optan por realizar la incorporación de los derechos humanos desde el texto fundamental del sistema jurídico de que se trate, en donde se encuentran las bases rectoras sobre las cuales deberá partir la legislación secundaria, entre la que se encuentra la de orden civil, lo que no obsta para que otros ordenamientos, ya sean de carácter adjetivo, administrativo o penal, regulen determinados aspectos de los bienes que se tutelan y protegen con los derechos de la personalidad.

11 A pesar que se especula que desde la antigua Roma han existido diversas facultades relacionadas con la imagen de las personas, lo cierto es que no es hasta la aparición de los mecanismos idóneos para fijar ésta en materiales duraderos, que se empieza a argumentar, exigir y desarrollar el concepto del derecho a la propia imagen en términos parecidos a los que hoy conocemos.

12 A pesar de los vínculos que el derecho a la propia imagen guarda con los derechos al honor y a la intimidad, relaciones que han cuestionado su autonomía durante su desarrollo y consolidación, hoy en día la tendencia predominante en la doctrina y el Derecho positivo justifica su carácter autónomo, del cual se desprende el concepto que sobre la facultad que nos ocupa se tiene: Es la facultad por virtud de la cual una persona física se encuentra legitimado, con las restricciones que la ley indique, para disponer de los rasgos fisonómicos que le caracterizan, encontrándose igualmente facultado para impedir la fijación, reproducción o divulgación de los mismos cuando no exista su autorización o cuando se haya excedido de los términos fijados al habilitado para difundirlos.

13 Así como las constantes intromisiones al individuo por medio de la captación y exposición de su imagen en los medios impresos de comunicación dieron paso a la concepción del derecho a la propia imagen, las necesidades prácticas han orillado a que este derecho presente características que lo apartan de los derechos de la personalidad y lo asemejan con el derecho de propiedad o con los derechos de autor. Así, el titular del derecho a la imagen se encuentra en posibilidades de autorizar la fijación, reproducción o difusión de sus rasgos fisonómicos, persiguiendo o

no fines de lucro. De igual manera, el principio por virtud del cual los derechos de la personalidad se consideran vitalicios, en el derecho a la propia imagen encuentra excepciones, pues por previsión legal, la mayoría de las ocasiones se faculta a determinados parientes para que, faltando el titular originario, se encuentren en aptitud de continuar otorgando autorizaciones para la utilización de la imagen del fallecido.

14 El derecho a la propia imagen no es un derecho de autor, ni forma parte de los conexos a éste, como tampoco se identifica con una modalidad del mismo, toda vez que no implica creación artística o cultural alguna, ni conlleva a la ejecución o interpretación de una obra de estas características.

15 El derecho a la propia imagen se encuentra regulado en los códigos civiles de algunas entidades federativas. Asimismo, la Ley de Propiedad Industrial contiene una norma específica protectora de este derecho. El Código Civil para el Distrito Federal no contiene disposición expresa alguna en relación con el derecho a la propia imagen, sino que es la Ley Federal del Derecho de Autor la que en sus artículos 86 y 87 prevé las reglas generales del mismo, cuestión que, al constituir la facultad que nos ocupa un derecho de autor, ni un derecho conexo o modalidad de éste, devienen en inconstitucionales al no constituir alguna de las materias que, expresa o implícitamente, correspondan a los Poderes de la Unión.

16 A pesar de que el derecho a la imagen es absoluto en cuanto es oponible *erga omnes*, no guarda tal característica por ser

ilimitado, es decir, existen ciertas situaciones que la ley en consideración a un interés público presente, restringe el ejercicio de la acción para impedir la fijación y difusión de la imagen de una persona. Son las llamadas causas de justificación o límites del derecho del efigiado.

17 Conforme a nuestra legislación vigente, la reproducción y/o difusión ilegal de la imagen de un individuo puede acarrear únicamente la violación de este derecho, o bien, la conculcación adicional de los derechos al honor y/o a la intimidad, éste último caso en el que se actualizan los supuestos de violación contenidos en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, esto es, se produce un daño moral. Por el contrario, cuando únicamente se lesiona el derecho a la propia imagen, si no existe un ánimo de lucro en la conducta ilícita, no es posible demandar reparación alguna, toda vez que, desde nuestro punto de vista, la violación de este derecho, por sí, no se encuentra contemplada en los supuestos del artículo 1916 invocado. En caso de que exista un lucro en la exclusiva violación del derecho a la propia imagen, la acción que corresponde es la de un enriquecimiento ilegítimo, ya que se actualizan sus supuestos, y no los de un daño moral.

18 El conjunto de deberes y libertades relacionados con la emisión de ideas, hechos e informaciones ha experimentado una constante evolución en los últimos años, por lo que la tradicional idea de la libertad de expresión, entendida como el derecho subjetivo público por virtud del cual las personas se encuentran facultadas para manifestar sus ideas, pensamientos u opiniones y de las cuales se desprendían garantías específicas de expresión (entre ellas la de imprenta o de prensa), ha sido

subsumido a la noción de “derecho a la información”, término que además de contener las nociones de las garantías indicadas, incluye el derecho a informar y a ser informado, abarcando además todos los derechos y libertades que dirigen a la expresión y a la comunicación pública de las ideas y de las noticias.

19 La tendencia dominante desde la Revolución Francesa hasta nuestros días, de considerar al hombre como un fin trascendente en sí mismo, conlleva necesariamente a la idea de admitir que el hombre se encuentra en aptitud de seleccionar los fines u objetivos que considere necesarios para obtener su satisfacción o felicidad, así como también se halla en posibilidades de establecer los medios para la consecución de las metas que se ha fijado, siendo el momento de la materialización o exteriorización de dichos medios cuando su conducta entra bajo el espectro del orden normativo. Como consecuencia de esa materialización concreta, definida, es posible hablar de libertades específicas del individuo en su actuación, trasladadas en garantías individuales que el sujeto puede oponer en contra del aparato estatal, o en acciones que el Derecho Privado o el Derecho Público establezca cuando exista eventualidad de violación, o la actualización de esta, de los valores que se protegen con dichas libertades. En este contexto en el que debemos entender la libertad de expresión y su especie la de imprenta.

20 Superada la concepción del individualismo a ultranza, y reconocidos valores de índole social superiores al interés

particular de cualquier ser humano, son de admitirse ciertas restricciones al ejercicio de las libertades del individuo, aun y cuando se estén atacando o afectando en forma directa su esfera de derechos.

21 Las limitaciones a los derechos subjetivos del ser humano, en virtud de que por el ejercicio de los mismos se ataque o vulnere un interés estatal o social, deben estar plenamente justificadas y ser de naturaleza tal que no impliquen la negación de la potestad humana que se pretende restringir.

22 La caricatura, en un *sentido amplio*, es la realización de un dibujo (“cartón”) por virtud del cual quien lo realiza pretende causar o provocar la risa del lector, valiéndose el caricaturista de los más variadas técnicas, desde presentar situaciones extremas, hasta deformar en exceso los rasgos de los personajes dibujados, personajes que no necesariamente implican la reproducción de los rasgos de una persona de existencia real, de “carne y hueso”. Empero, para que eventualmente pudiera actualizarse una violación del derecho a la propia imagen, es necesario que en la caricatura se representen los rasgos fisonómicos de un individuo, el cual, normalmente, goza de notorio reconocimiento dentro del ámbito geográfico en el que se distribuye la publicación, rasgos que son deformados con el fin de satirizar o ridiculizar a la persona representada, lo que, desde nuestro punto de vista, conlleva un proceso de interpretación de la realidad que está percibiendo el autor de la caricatura.

23 La caricatura -sobre todo la caricatura política- se ha consolidado en nuestro país como una de las formas de manifestación de la libertad de imprenta, desde los años del virreinato y hasta nuestros días.

24 Atendiendo a la naturaleza de la libertad de imprenta y del derecho a la propia imagen, la realización de la caricatura no puede constituirse como una violación de este último derecho, en virtud de que la protección del bien jurídicamente tutelado con el mismo no fue ideada con tales alcances ni propósitos. Admitir que la caricatura viola el derecho a la imagen, significaría negar esta forma de expresión tutelada constitucionalmente y con un arraigo en la idiosincrasia nacional indiscutible.

25 Conforme a los preceptos constitucionales aplicables de la Constitución Política Mexicana, de la Ley de Imprenta y de la Ley Federal del Derecho de Autor, la realización y difusión propios de una caricatura, conforme el uso y costumbre con que le tenemos conceptualizada (que desde luego no comprende su difusión con una intención lucrativa o publicitaria única), no constituye violación del derecho a la propia imagen.

26 La realización y difusión de la caricatura eventualmente podría violentar otros derechos de la personalidad, como son los relativos al honor y a la intimidad, supuestos que si son contemplados como restricciones del ejercicio de la libertad de imprenta, en términos de nuestra legislación aplicable.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA Y LEGISLACIÓN CONSULTADAS

La obtención de la bibliografía y legislación consultada para la elaboración de la presente tesis recepcional, no hubiera sido posible sin la apreciable ayuda de Alejandra de Ibarrola Dávalos (*AID*), Adin Antonio de León Gálvez (*AALG*), Sandra Nieto Bautista (*SNB*), Cecilia Jurado Rebollo (*CJR*), Antonio Pérez Fonticoba (*APF*), Liliana Ríos Curiel (*LRC*), Juan Carlos Silva Adaya (*JCSA*), Héctor Solorio Almazán (*HSA*), Rodolfo Terrazas Salgado (*RTS*) y Gabriela Vargas Gómez (*GVG*), que nos proporcionaron muchos de los libros que integran la presente relación.

De igual forma, nos hallamos en el deber de agradecer a Antonio Quiraso Dibes, Guillermo Uribe Lara y Felipe de la Mata Pizaña por la información que sobre distintos tópicos nos facilitaron aunque en el trabajo final la misma no fuera ya contemplada.

Hemos de mencionar que muchos documentos fueron consultados o fotocopiados en los siguientes centros de información especializada, a donde puede acudir quien se encuentre interesado en ahondar los temas que tratamos: Biblioteca "Antonio Caso" de la Facultad de Derecho de la U. N. A. M. (*FD*), Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho (*ELD*), Biblioteca Nacional de la U. N. A. M. (*BN*), Biblioteca Central de la U. N. A. M. (*BC*), Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U. N. A. M. (*IJJ*), Biblioteca de la Dirección General del Derecho de Autor (hoy Instituto Nacional del Derecho de Autor) (*DGDA*), Biblioteca del Centro Universitario de

Investigaciones Bibliotecológicas de la U. N. A. M. (CUIB) y, principalmente, el Centro de Documentación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (antes Tribunal Federal Electoral) (TEPJF), en donde recibimos la valiosísima ayuda, para la localización y obtención de diferentes textos y bases de datos, de Adriana Vázquez Cermeño, Josefina Córtes Rodríguez, Claudio Romero Villalobos, Patricia Barrera Galán, Gloria Alejandra Jiménez Delgadillo y Ernesto Serna Ávila, todos ellos dirigidos por Jorge Tlatelpa Meléndez, a quien adicionalmente debemos agradecer sus observaciones al presente trabajo, así como el incondicional apoyo en la impresión de varias de las versiones preliminares, cuestión en la que también fuimos auxiliados por Jorge Galán Reséndiz, Leticia Juárez Mendoza, César Trejo Waldo y Alfredo Hernández Ceballos. A todos ellos, nuevamente, muchas gracias.

A continuación, se enlistan las referencias bibliohemerográficas citadas a lo largo del presente trabajo, así como la legislación consultada. Cuando es el caso, entre paréntesis -al final de la referencia- se incluyen las iniciales con que se identifica la biblioteca o centro de documentación donde fue consultado, o la persona que nos facilitó el documento.

- ACEBEY, Pedro Carlos. *Derecho de Autor. Régimen legal de la propiedad intelectual y su reglamentación*; Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1967.
- ADAME GODDARD, Jorge. "Persona humana y persona jurídica" en *Ars Iuris*; Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, número 14, 1995.
- AFP. "La Schiffer desnuda entre panes de "hot dog"" en *"EL Universal"*, Sección de Espectáculos, México, viernes 17 de mayo de 1996.

- AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. *"Segundo curso de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones"*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1960.
- ALDERMAN, Ellen y Caroline Kennedy. *"The right to privacy"*, 2a ed. (1a con esta casa editorial), Vintage Books, A Division of Random Horse, Inc., New York, 1997.
- AMAT LLARI, Eulalia. *"El derecho a la propia imagen y su valor publicitario"*, La Ley, Madrid, 1992. (DGDA)
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Comentario al Artículo 6º en *"Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada"*, 5a. ed., Procuraduría General de la República, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- ANDREWS, V. C. *"Fulgur Oculto"* (Traducción de Elisa Cerdán), Plaza y Janés Editores, S. A., Barcelona, 1996.
- ANSA. "Román Polanski demandó al semanario Paris Match" en *"El Universal"*, Sección de Espectáculos, México, miércoles 21 de diciembre de 1994.
- "Anteproyecto de Ley Federal de Comunicación Social" en *"El Universal"*, Primera Sección, México, 6 y 7 de octubre de 1996. (GVG)

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *“Consideraciones sobre el Derecho de Autor. Con especial referencia a la legislación venezolana”*, Buenos Aires, 1977. (DGDA)
- APARICIO, Miguel A. *“Introducción al sistema político y constitucional español”*, 6a ed., Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1993.
- ARAUJO VALDIVIA, Luis. *“Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones”*, 2a ed., Editorial José M. Cajica Jr., S. A., Puebla, 1972.
- ARCE Y CERVANTES, José. *“De los bienes”*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
- ASPRÓN FELAYO, Juan Manuel. *“Sucesiones”*, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A. de C. V., México, 1996, pp. 1 y s.
- BALLESTER, Eliel C. *“Derecho de respuesta. Réplica. Rectificación. El público, la información y los medios”*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1987.
- BARAJAS, Rafael. Voz “Caricatura” en *“Enciclopedia de México”*, Edición Especial 1987, Compañía Editora de Enciclopedias de México, S. A. de C. V., Secretaría de Educación Pública, Consejo Nacional de Fomento Educativo, México, 1987, Tomo III.
- BARBIERI, Daniele. *“Los lenguajes del cómic”* (Traducción de Juan Carlos Gentile Vitale), Editorial Paidós Ibérica, S. A., Barcelona, 1993.

- BASTIDA FREJEDO, Francisco J. *"El régimen jurídico de la comunicación social"*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994. (TEJF)
- BAZDRESCH, Luis. *"Garantías constitucionales. Curso introductorio actualizado"*, 1a. reimpresión de la 4a. ed., Editorial Trillas, S. A. de C. V., México, 1992. (TEJF)
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *"Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1987.
- BERTRÁN, Antonio. "Ley del Derecho de Autor, sometida a revisión" en *"Reforma. Corazón de México"*, Sección C, Cultura, México, lunes 18 de noviembre de 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *"Teoría General de los Derechos Humanos"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.
- —————, *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"*, Nueva edición ampliada y actualizada, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1993, Tomo I (El derecho constitucional de la libertad). (TEJF)
- BIELSA, Rafael. *"Los conceptos jurídicos y su terminología"*, 3a ed., Ediciones DePalma, Buenos Aires. 1993.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *"Derecho Constitucional"*, 3a. ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1987. (TEJF)
- BORDA, Guillermo A. *"Tratado de Derecho Civil"*, 10a ed., Editorial Ferrot, Buenos Aires, 1980, Tomo I (Parte General). (FD)
- BORJA SORIANO, Manuel. *"Teoría general de las obligaciones"*, 11a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.
- BORREL MACIÁ, Antonio. *"La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres"*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.
- BURGOA, Ignacio. *"Las garantías individuales"*, 24a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1992.
- —————, *"Derecho Constitucional Mexicano"*, 7a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"*, 21a ed., Editorial Heliastra, S. R. L., Buenos Aires, 1989, Tomos III y IV. (BC)
- CAPILLA RONCERO, Francisco. *"La persona jurídica: funciones y disfunciones"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984.
- CARBONNIER, Jean. *"Derecho Civil"* (Traducción de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz y prólogo de Antonio Hernández Gil), Bosch, Casa Editorial,

Barcelona, 1960, Tomo I, vol. I (Disciplina General y Derecho de las personas). (FD)

- CARMONA SALGADO, Concepción. *“Libertad de expresión e información y sus límites”*; Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., Madrid, 1991. (TEPJF)
- CARRASCO PUENTE, Rafael. *“La caricatura en México”* (Prólogo de Manuel Toussaint), Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1953.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *“Los derechos de la personalidad”*, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Julio-Agosto de 1952, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A., Madrid, 1952. (ELD)
- CASTRO, Juventino V. *“Garantías y amparo”*, 7a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991. (TEPJF)
- —————, *“Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan”*, Escuela Libre de Derecho (Fondo para la Difusión del Derecho), Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial, México, 1990. (TEPJF)
- CHANG SANTOS, Ricardo. *“El Derecho a la Imagen”*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, México, 1961. (BN)

- CIFUENTES, Santos. *"Derechos personalísimos"*, 2a ed. actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1995.
- —————, *"Elementos de Derecho Civil. Parte general"*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992.
- *"Código Civil"*, Ministerio de Justicia, Edición Oficial, Talleres Gráficos de Editorial Monterrico, Lima, 1986. (DGDA)
- *"Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California"*, Tipografía de Aguilar e Hijos, México, 1879.
- *"Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California"*, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884.
- *"Código Civil Español"* (Edición preparada por Cesar Sampere Rodríguez, bajo la dirección de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 11ª ed. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1992.
- *"Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales"*, Secretaría de Gobernación, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.
- *"Código Civil para el Estado de Quintana Roo"*, 2ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.
- *"Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos"*, Berbera Editores, S. A. de C. V., México, 1995.

- *“Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla”*, 3ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- *“Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala”*, 3ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- *“Código Civil y de Procedimientos Civiles y Ley del Registro Civil”*, LIV Legislatura de Jalisco, Congreso del Estado de Jalisco, 1995. (TEPJF)
- *“Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 1997.
- *“Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal”*, 57a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1996 (con Addendum conteniendo las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación hasta el día 24 de diciembre de 1996).
- COMA, Javier. *“El diccionario de los comics. La edad de oro”*, Plaza y Janés Editores, S. A., Barcelona, 1991.
- “Constitución Nacional. Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional” en *“Revista de Legislación Argentina”*, Jurisprudencia Argentina, S. A., Buenos Aires, edición extraordinaria, septiembre de 1994, N° 533. (TEPJF)

- *“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 1997.
- *“Constitución Política del Perú”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. (TEPJF)
- *“Consulta Pública en materia de comunicación social”*. Relatoria de los foros regionales de consulta (versión preliminar), Comisión Especial de Comunicación Social, LIV Legislatura de la Cámara de Diputados, 25 de octubre de 1995. (GVG)
- *“Contra Penthouse”* en *“Reforma. Corazón de México”*, Primera Sección, México, miércoles 23 de abril de 1997.
- CRUZ PONCE, Lisandro y Gabriel Leyva. *“Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal Concordado”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
- *“Cuadernos de Derecho. Compilación y actualización legislativa”*, Año 3, vol. XXXIV, Núm. 25, 1º de marzo de 1997.
- DANIELS, Les. *“Sixty years of the World’s favorite comic book heroes”* (Introducción de Jenette Kahn), 2a. reimpresión a la 1a. ed., Bulfinch Press Book, Little, Brown and Company, Boston, 1995.

- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso; Manuel De Cossío y Martínez y José León-Castro Alonso. *"Instituciones de Derecho Civil"*, 2a ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991, Tomo I (Parte General, Obligaciones y Contratos). (TEPJF)
- DE CUPIS, Adriano. "I diritti della personalità", Tomo I, en *"Trattato di diritto civile e commerciale"* de Antonio Cicu y Francesco Mesineo (Dir.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, vol. IV, Tomo 1. (AFF)
- DE IBARROLA, Antonio. *"Cosas y sucesiones"*, 7a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés. Voz "Derecho a la propia imagen" en *"Diccionario de Derecho Privado. Derecho Civil, Común y Foral, Derecho Mercantil, Derecho Notarial y Registral, Derecho Canónico"* (Dirigido por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro), 2a reimpresión a la 1a ed., Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1961, Tomo I (A-D). (BC)
- DE LA PEZA, José Luis. *"De las obligaciones"*, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A. de C. V., México, 1997.
- DE PINA, Rafael. *"Elementos de Derecho Civil Mexicano"* (Revisión y actualización por Rafael De Fina Vara), 16a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989, vol. I (Introducción-Personas-Familia).
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *"La libertad de expresar ideas en México"*, Editorial Duero, S. A. de C. V., México, 1995.

- DEL REFUGIO GONZÁLEZ, María. *"El Derecho Civil en México 1821-1871 (Apuntes para su estudio)"*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988.
- DEL RÍO, Eduardo (Rius). *"El arte irrespetuoso. Historia incompleta de la caricatura política según Rius"*, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1988.
- —————, *"La vida de cuadritos (Guía incompleta de la historieta)"*, 3a. ed., Editorial Grijalbo, S. A., México, 1984.
- —————, *"Un siglo de caricatura en México"*, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1984.
- *"Diccionario de la Lengua Española"*, 21a ed., Real Academia Española, Madrid, 1993. (HSA)
- DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *"Instituciones de Derecho Civil"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1973, vol. I.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. *"Algunos aspectos jurídicos de los transplantes de órganos"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *"Convenio y contrato. Replanteamientos sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1996.

- —————, *"Derecho Civil: Parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez"*, 2a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
- DUGUIT, León. *"Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)"* (Traducción del francés por Adolfo G. Posada y Ramón Jaén y Carlos G. Posada), Editorial Heliastra, S. R. L., Buenos Aires, 1975.
- DUVERGER, Maurice. *"Instituciones políticas y Derecho Constitucional"* (Traducción de Isidro Molas, Jorge Solé-Tura, José Ma. Vallés, Eliseo Aja y Manuel Gerpe), 5a. ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel. *"Derecho a la información"*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1992.
- —————, *"Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina"*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1993, Tomos I (Arts. 1 a 14) y II (Arts. 14 bis a 27). (TEJF)
- ENNECCERUS, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *"Tratado de Derecho Civil"* (Revisada por Hans Carl Nipperdey y traducido por Blás Pérez González y José Alguer), 2a ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1953, Tomo I (Parte general), vol. I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho, objeto del derecho). (TEJF)
- ESPÍN CANOVAS, Diego. *"Las facultades del derecho moral de los autores y artistas"*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991.

- *"Estatuto legal de los extranjeros"*, 14a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1996.
- *"Exposición de motivos de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la Comisión al presentar el proyecto al Gobierno de la Unión"*, Imprenta de E. Ancona y M. Peniche, México, 1871.
- FARELL CUBILLAS, Arsenio. *"El sistema mexicano de derechos de autor"*, Ignacio Vado Editor, México, 1966.
- "Federal Estate tax and right of publicity: taxing estates for celebrity value" en *"Harvard Law Review"*, vol. 108, Núm. 3, The Harvard Law Review Association, Cambridge, Ma., Enero 1995. (IJJ)
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *"Derecho a la identidad personal"*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992. (FD)
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *"El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982. (FD)
- FISS, Owen. "El efecto silenciador de la libertad de expresión" en *"Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho"*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Distribuciones Fontamara, S. A., México, Núm. 4, Abril 1996, pp. 17-27.

- FLORES FLORES, Armando. *"Implicaciones jurídicas de la imagen como proyección de las personas físicas"*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, 1989. (BC)

- FRASER BOND, F. *"Introducción al periodismo. Estudio del Cuarto Poder en todas sus formas"* (José Silva L.), 9a. reimpresión a la 1a. ed., Editorial Limusa, S. A. de C. V., México, 1987.

- GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *"Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia"*, 9a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1989. (AALG)

- —————, *"Estudios de Derecho Civil"*, 2a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. "Elecciones, derechos políticos y transición a la democracia" en *"Tendencias contemporáneas del Derecho Electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral"*, Cámara de Diputados (LV Legislatura), Instituto Federal Electoral, Tribunal Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993. (GVG)

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *"Introducción al estudio del Derecho"*, 39a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1988.

- GARCÍA-FELAYO, Manuel. *"Derecho constitucional comparado"*, 1a reimpresión a la 1a ed., Alianza Editorial Textos, Madrid, 1987. (TEPJF)

- GHERSI, Carlos Alberto. *"Derecho Civil. Parte General"* (Colaboradores: Mariana Di Prospero y Leandro Vergara), Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1993.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. "Imagen (Derecho a la propia)" en *"Nueva Enciclopedia Jurídica"* (Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix-Editor, Barcelona, 1979, Tomo XI. (FD)
- GRANADOS CHAPA, Miguel Angel. "Derecho a la información: crónica de un despropósito" en *"Comunicación y Política"*, Editorial Océano, S. A., México, 1986.
- GROS ESPIELL, Héctor. *"La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- GROSS, Larry; John Stuart Katz y Jay Ruby. "Introduction: A moral pause" en *"Image Ethics. The moral rights of subjects in photographs, film and television"* (Editado por Larry Gross, John Stuart Katz y Jay Ruby), Oxford University Press, New York, 1988. (CUIB)
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. "Los derechos humanos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica" en *"Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México"*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *"Derecho de las obligaciones"*, 8a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- -----, *"El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio"*, 3a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
- HAINES, James Barr. "First Amendment II: Developments in the right of publicity" en *"1989 Annual Survey of American Law"*, New York University School of Law, Arthur T. Vanderbilt Hall, Washington Square, New York City, volumen 1989, número 2, diciembre 1990. (II)
- HALPERN, Sheldon W. "The right of publicity: Commercial exploitation of the associative value of personality" en *"Vanderbilt Law Review"*, Vanderbilt University School of Law, Nashville, Tennessee, vol. 39, Núm. 5, Octubre 1986. (III)
- HATTENHAVER, Hans. *"Conceptos fundamentales del Derecho Civil"* (traducción de Gonzalo Hernández), Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1987.
- HAURIUO, André. *et al. "Derecho Constitucional e instituciones políticas"* (Traducción, adaptación y apéndice sobre el Derecho Constitucional y las instituciones políticas de España, con un análisis de la Constitución de 1978, a cargo de José Antonio González Casanova), 2a. ed., Ariel, S. A., Barcelona, 1980.

- HERRERA MEZA, Humberto Javier. *"Iniciación al Derecho de Autor"*, Editorial Limusa, S. A. de C. V., México, 1992.
- HUGHES, Charles Evans. *"La Suprema Corte de los Estados Unidos"* (Traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero), 2a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1971. (TEPJF)
- IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991.
- *"Instituciones del Emperador Justiniano"* (Traducción al castellano de Ismael Calvo y Madroño), 3a ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1915.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *"Derecho Penal Mexicano"*, 7a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1986, Tomo II (La tutela penal de la vida e integridad humana).
- *"La Constitución de los Estados Unidos de América. Con notas explicativas"*, Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *"Régimen jurídico de la televisión privada"*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1994. (TEPJF)
- LAGUNES PÉREZ, Iván. Voz "Derechos de la Personalidad" en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, 4a ed., Editorial Porrúa, S. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991. (CJR)

- LEMUS GARCÍA, Raúl. *"Derecho Romano (Compendio)"*, Editorial Limsa, México, 1979.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. *"Derecho de la persona"*, 2a ed., Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991.
- *"Legislación de la administración pública federal"*, 4a ed., Ediciones Delma, S. A. de C. V., México, 1995.
- *"Legislación sobre Derechos de Autor"*, 15º ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1995.
- *"Legislación sobre derechos humanos"*, 3a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1995.
- *"Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual"*, publicada en el Boletín Oficial del Estado (España) número 275, de 17 de noviembre de 1987. (TEJF)
- *"Ley Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Reglamento de los Organismos Electorales y Previsiones para la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales"*, 5a ed. actualizada, Comisión Federal Electoral, México, 1985.
- *"Ley Federal del Derecho de Autor"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1996, reformada por Decreto publicado en dicho diario el 19 de mayo de 1997.

Nacional Autónoma de México, México, 1987, Libro Cuarto-Primera Parte (De las Obligaciones).

- LÓPEZ OLIVERA SÁNCHEZ, César Netzahualcoyotl. *“La valoración pecuniaria en la reparación del agravo del derecho a la imagen”*, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales ACATLÁN, tesis profesional, Acatlán, Méx., 1985. (BC)
- LÓPEZ-PORTILLO Y VERNON, Guillermo y María Aurora Cruz Jiménez. *“Primer curso de Derecho Romano”* (Prólogo del Dr. Guillermo Floris Margadant), Anaya Editores, S. A., México, 1996.
- LOREDO HILL, Adolfo. *“Derecho Autoral Mexicano”*, 2a ed., Editorial Jus, S. A. de C. V., México, 1990.
- MADRAZO, Jorge y José de Jesús Orozco Henríquez. Comentario al artículo 7º en *“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada”*, 5a. ed., Procuraduría General de la República, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. (CJR)
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *“Instituciones de Derecho Civil”*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1987, Tomos II (Atributos de la personalidad) y IV (Derechos reales).
- MALUQUER DE MOTES, Carlos. *“Derecho de la persona y negocio jurídico”*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1993.

- MARGADANT S., Guillermo Floris. *"El Derecho Privado como introducción a la cultura jurídica contemporánea"*, 14a ed., Editorial Esfinge, S. A. de C. V., México, 1986.
- MARKS, Kevin S. "An assessment of the copyright model in right of publicity cases" en *"California Law Review"*, University of California, School of Law, Boalt Hall, vol. 70, Núm. 3, mayo 1982. (III)
- MÁRQUEZ ALURRALDE, Maximiliano. *"Régimen jurídico de las comunicaciones (Pluricultura)"*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1986.
- MARTÍN MORALES, Ricardo. *"El derecho fundamental al honor en la actividad política"*, Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, Granada, 1994. (TEPJF)
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *"El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional"*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1993.
- MAZEAUD, Henri; León Mazeaud y Jean Mazeaud. *"Lecciones de Derecho Civil"* (Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, Parte Primera, vol. I (Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos) y vol. II (Los sujetos de derechos. Las Personas). (TEPJF)
- MÉJAN, Luis Manuel C. *"El derecho a la intimidad y la informática"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

- MELGAR ADALID, Mario. "El derecho a la información" en *"Revista de la Facultad de Derecho"*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XLIII, Núms. 189-190, Mayo-Agosto 1993.
- MEZA SALAZAR, Martha Alicia. "Derechos difusos, su incorporación a la Constitución" en *"75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992. (RTS)
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier. *"José María Iglesias y la justicia electoral"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. (AID)
- MOLINERO, César. *"Teoría y fuentes del derecho de la información"*, 2a. ed., Escuela Superior de Relaciones Públicas, EUB, S. L., Barcelona, 1995. (TEPIF)
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro. *"Estudio sobre garantías individuales"*, 5a. ed. facsimilar, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "El deber del profesional frente a la intimidad de su cliente. Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y culpa" en *"Revista de la Facultad de Derecho"*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XLII, Núms. 187 y 188, Enero-Abril 1993.
- MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González. *"Derecho Romano"*, Harla, S. A. de C. V., México, 1988.

- MOUCHET, Carlos. *“Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- MUSACCHIO, Humberto. *Voz “Caricatura” en “Diccionario Enciclopédico de México”*, 3a. reimpresión a la 1a. ed., Andrés León Editor, México, 1990.
- NAVA NEGRETE, Justo. *“Derecho de las marcas”*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.
- NIETO BAUTISTA, Sandra. *“Análisis filosófico, histórico y jurídico de la libertad de prensa”*, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, tesis profesional, México, 1992. (SNB)
- NOTIMEX. “Busca García talento en Perú” en *“Reforma. Corazón de México”*, Sección E, Gente, México, domingo 2 de junio de 1996.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *“Derecho a la vida privada y libertad de información”*, 4a ed., Siglo XXI Editores, S. A. de C. V., México, 1989.
- O'BRIEN, David M. *“El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E. U. A. y la Primera Enmienda Constitucional”* (Traducción de Agustín Barcena), Publigráficos, S. A., México, 1983.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *“Compendio de Derecho Civil”*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, Tomo I (Parte General). (FD)

- —————, *“Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen”*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991. (TEFJF)
- O'DONNELL, Daniel. *“Protección Internacional de los Derechos Humanos”*, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1988. (TEFJF)
- OBÓN LEÓN, J. Ramón. *“Derecho de los artistas intérpretes, autores cantantes y músicos ejecutantes”*, 3a ed., Editorial Trillas, S. A. de C. V., México, 1996.
- —————, *“Los derechos de autor en México”* (Premio Broadcast Music Inc. en el Certamen para juristas jóvenes de Latinoamérica, organizado por el Consejo Panamericano de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores -CISAC-) (Prólogo del Dr. Carlos Mouchet), Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Buenos Aires, 1974.
- OCHOA OLVERA, Salvador. *“La demanda por daño moral”*, Grupo Editorial Monte Alto, S. A. de C. V., México, 1993
- OCHOA RESTREPO, Guillermo. “Derecho a la imagen” en *“Estudios de Derecho”*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Año XXV, Segunda Época, Marzo 1964, vol. XXIII, núm. 65. (IJJ)

- -----, Voz "Imagen" en *"Enciclopedia jurídica Omeba"*, Bibliográfica Omeba, Driskill, S. A., s/e, Tomo XIV (Hijo-Impe). (JCSA)
- OLIVERA TORO, Jorge. *"El daño moral"*, Editorial Themis, México, 1993.
- OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta. *"Estudio sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen"*, Presidencia del Gobierno, Secretaria General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980. (IJ)
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. Voz "Libertad de Expresión" en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, 4a ed., Editorial Porrúa, S. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991. (CJR)
- ORTEGA SERRALDE, Eulalio M. *"Proyecto de Legislación sobre Propiedad Artística Musical y su fundamentación"*, tesis profesional, México, 1933.
- OTAMENDI, Jorge. *"Derecho de Marcas"*, Abeledo-Ferrot, Buenos Aires, 1989.
- FACELLE Jr., Richard L. *"The transformation of the Supreme Court's agenda. From the new deal to the Reagan administration"*, Westview Press, Inc., San Francisco, 1991. (TEJF)
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto. *"La persona en el Derecho Civil mexicano"*, 2a ed., Panorama Editorial, S. A., México, 1991.

- PECES-BARBA, Gregorio. *et. al. "Derecho Positivo de los Derechos Humanos"*, Editorial Debate, Madrid, 1987.
- PETIT, Eugene. *"Tratado elemental de Derecho Romano"* (Traducción de José Fernández González), 9a ed., Editorial Época, S. A., México, 1977.
- PLANIOL, Marcel y George Ripert. *"Tratado Elemental de Derecho Civil"*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, Tomo I.
- PUIG BRUTAU, José y Luis Puig Ferriol. *"Fundamentos de Derecho Civil"*, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1979, Tomo I, vol. I (sujeto y objeto del Derecho).
- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Angel. *"Derecho de las obligaciones"*, 2a ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981.
- RANGEL MEDINA, David. *"Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual"*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- -----, *"Los derechos de autor. Su naturaleza jurídica y comentarios acerca de su protección legal en México"*, Universidad Nacional de México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Escuela de Jurisprudencia, tesis profesional, México, 1944. (BN)
- -----, "El droit de suite de los autores en el derecho contemporáneo" en *"Jurídica"*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1988-1989, número 19.

- -----, *"Tratado de Derecho Marcario. Las Marcas Industriales y Comerciales en México"*, el autor, México, 1960.
- REVEL, Jean-François. *"El conocimiento inútil"* (Traducción de Joaquín Bochaca), 1a. reimpresión a la 1a. ed., Grupo Editorial Planeta, México, 1990. (GVG)
- RODRÍGUEZ CASTAÑEDA, Rafael. *"Prensa vendida. Una historia del periodismo mexicano y su vínculo con el poder"*, 1a. ed., Editorial Grijalbo, S. A. DE C. V., México, 1993.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Voz "Derechos Humanos" en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, 4a ed., Editorial Porrúa, S. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991. (CJR)
- ROGEL VIDE, Carlos. *"Autores, coautores y propiedad intelectual"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984.
- ROJAS, Isidro y Francisco Pascual García. *"El ampuro y sus reformas"*, Tipografía de la Compañía Editorial Católica, México, 1907.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *"Compendio de Derecho Civil"*, 23a ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, tomo I.
- ROYO JARA, José. *"La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según la Ley 5 de mayo de 1982"*, Editorial Colex, Madrid (?), 1987. (IJ)

- RUIZ ELDREDGE, Alberto. "Nuevos conceptos jurídicos para la información" en *"El desafío jurídico de la comunicación internacional"* (Compilación de Alberto Ruiz Eldredge), Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales, Editorial Nueva Imagen, S. A., México, 1979.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *"De los contratos civiles"*, 14a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1995.
- SANTAELLA, Manuel. *"Introducción al Derecho de la Publicidad"*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982. (TEPFF)
- SATANOWSKY, Isidro. *"Derecho Intelectual"*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo II. (IJ)
- SCHWARTZ, Bernard. *"A History of the Supreme Court"*, Oxford University Press, New York, 1993. (TEPFF)
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *"Derecho Internacional Público"*, 8a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1982. (LKC)
- SEGAL, Jeffrey A. y Harold J. Spaeth. *"The Supreme Court and the attitudinal model"*, Cambridge University Press, New York, 1993. (TEPFF)
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos. *"De los derechos personales, de crédito u obligaciones"*, 3a ed., Editorial Font, S. A., Monterrey, N. L., 1995, Tomo I.

- SEPÚLVEDA, César. *"Derecho Internacional"*, 16a ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
- SERRA ROJAS, Andrés. *"Ciencia Política. La proyección actual de la Teoría General del Estado"*, 9a. ed., Editorial Porrúa, S. A. de C. V., México, 1988. (TEPJF)
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. "El derecho al honor y al buen nombre" en *"El Universal"*, Primera Sección, viernes 2 de mayo de 1997.
- SORENSEN, Max (Editor). *"Manual de Derecho Internacional Público"* (Traducción a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional), 4a reimpresión a la 1a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992. (LRC)
- SQUELLA, Agustín. *"Positivism Jurídico, Democracia y Derechos Humanos"*, Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1995.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Voz "Derecho Subjetivo" en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, 4a ed., Editorial Porrúa, S. A., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- TERRAZAS SALGADO, Rodolfo. "El juicio de amparo y los derechos político-electorales" en *"Justicia Electoral"*, Revista del Tribunal Federal Electoral, vol. V, No. 8, 1996, México: El Tribunal, 1996.

- -----, "Naturaleza jurídica de los derechos políticos" en *"75 aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992. (RTS)
- TERRAZAS, Ana Cecilia. "El bisnieto de Porfirio Díaz demanda a Televisa y a los historiadores Krauze y Zerón por las deformaciones de "El Vuelo del Aguila"" en *"Proceso. Semanario de información y análisis"*, Núm. 1000, 1º de enero de 1996.
- TIMOTEO ALVAREZ, Jesús. *"Del viejo orden informativo. Introducción a la Historia de la Comunicación, la Información y la Propaganda en Occidente, desde sus orígenes hasta 1880"*, 3a. ed., Editorial Actas, S. L., Madrid, 1991. (TEPJJ)
- TOBIÁS, José W. *"El fin de la existencia de las personas físicas"*, Editorial Astrea de Alfredo y Rivardo DePalma, Buenos Aires, 1988.
- -----, *"La inhabilitación en el derecho civil"*, 2a ed., Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992.
- TOINET, Marie-France. *"El sistema político de los Estados Unidos"* (Traducción de Glenn Amado Gallardo Jordán), Fondo de Cultura Económica, México, 1994. (TEPJJ)
- VEGA VEGA, José Antonio. *"Derecho de Autor"*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1990.

- VELA, Jaime A. *"Apuntes de Derecho Musulmán"*, Editorial Kadmús, México, 1996.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *"El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 5-5-1982"*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1984. (FD)
- VIERA, John David. "Images as property" en *"Image ethics. The moral rights of subjects in photographs, film, and television"*, (Editado por Larry Gross, John Stuart Katz y Jay Ruby), Oxford University Press, New York, 1988. (CUIB)
- VILLANUEVA, Ernesto. *"El sistema jurídico de los medios de comunicación en México"*, Triana Editores, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, 1995. (TEPJF)
- Voz "Caricature, Cartoon and Comic Strip" en *"The New Encyclopaedia Britannica"*, Encyclopaedia Britannica, Inc., Macropaedia (Knowledge in Depth), Chicago, 1992, vol. 15. (TEPJF)
- WARREN, Samuel y Louis Brandeis. *"El derecho a la intimidad"* (Traducción de Pilar Baselga), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1995.
- WOHL, Leonard A. "The right of publicity and vocal larceny: sounding off on sound-alikes" en *"Fordham Law Review"*, vol. LVII, Núm. 3, New York, Diciembre 1988. (IJ)
- ZAFFORE, Jorge. *"La comunicación masiva. Regulación, libertad y pluralismo"*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1990.

- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *“Derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982. (FD)

Adicional al listado anterior, fueron consultados los siguientes discos compactos en los temas o referencias que se indican en cada uno de los mismos:

- *“Código Civil y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación 1996”*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1996 (Para las tesis invocadas en el Daño Moral -numeral 5 del Capítulo Segundo-).
- *“COMPILA. Compilación de Leyes”*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Documentación y Análisis (Edición especial para el Poder Judicial de la Federación), México, 1997 (Para las referencias a la Ley General de Salud y la Ley de Imprenta).
- *“Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados”*, LV Legislatura, Comité de Biblioteca, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, México, 1994, 3 discos (Para las notas relativas a la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948, la Ley Federal de Derechos de Autor de 1956, así como para el historial de los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal).

- **"IUSG. Jurisprudencia y Tesis aisladas 1917-1996"**, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1997 (Para toda jurisprudencia o tesis mencionada en este trabajo salvo las referentes a daño moral y aquel excepcional caso en que se hubiere mencionado una fuente distinta).

De igual forma, las referencias a la legislación francesa (en específico a los Códigos Civil y Penal) fueron tomadas del apéndice que ofrece María Vicenta Oliveros Lapuerta en su obra consagrada en esta bibliohemerografía, en tanto que las del Código Civil del Estado de California corresponden al texto que obra en la dirección de Internet citada en su oportunidad.