

218



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"

EL DERECHO DE IMAGEN COMO UN ATRIBUTO
DE LA PERSONALIDAD Y NO COMO UN
DERECHO DE AUTOR

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CARLOS MORAN RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. JUAN DEL REY Y LEÑERO



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

OCTUBRE 2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

AGRADEZCO A DIOS

POR DARMEN LA OPORTUNIDAD DE VIVIR,
REALIZAR MIS SUEÑOS Y LOGRAR MIS METAS.

A MIS PADRES

POR HABERME CONDUCIDO POR EL MEJOR DE LOS
CAMINOS, POR SU COMPRENSIÓN, POR EL AMOR
QUE SIEMPRE ME HAN DEMOSTRADO, POR SUS CONSEJOS,
Y POR EL APOYO QUE SIEMPRE ME BRINDARON.

EN MEMORIA A MI PADRE

A MIS HERMANOS Y FAMILIARES

POR TODO EL APOYO QUE SIEMPRE ME
HAN DEMOSTRADO.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES CAMPUS ACATLAN**

POR SER NUESTRA MÁXIMA CASA
DE ESTUDIOS Y DARME LA OPORTUNIDAD
DE FORMARME EN SUS AULAS, PARA
SER UN PROFESIONISTA Y PODER SERVIR A MI PAIS.

**A MI ASESOR
LIC. JUAN DEL REY Y LEÑERO**

POR EL APOYO, LA ASESORIA Y CONOCIMIENTOS
QUE ME APORTO PARA EL LOGRO DEL PRESENTE TRABAJO.

**A YURI GUERRERO, DANIEL ESPERON,
FABIOLA VAZQUEZ, JESUS PARETS,
Y JANETH C. OSPINA**

POR CREER EN MI, POR SU APOYO Y COMPRESIÓN
AUN EN MOMENTOS DIFÍCILES, A CADA UNO
DE ELLOS MI SINCERO AGRADECIMIENTO,
CON TODO CARIÑO PARA USTEDES

EL HOMBRE DE ÉXITO

El secreto del éxito en la vida está en prepararse para aprovechar la ocasión cuando se presente.

A veces el éxito reside en la capacidad de apreciar el punto de vista del prójimo y ver las cosas desde ese punto de vista, así como el propio.

El éxito jamás es una donación, sino una conquista.

El éxito material no es tal éxito si no va paralelamente acompañado del éxito moral.

El hombre de éxito se toma generalmente mas tiempo en hacer las cosas que sus competidores....

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
<u>CAPÍTULO PRIMERO</u>	
<u>GENERALIDADES RELATIVAS AL DERECHO DE AUTOR</u>	
1.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE AUTOR	3
1.2 CONCEPTO LEGAL Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE AUTOR Y SU REGULACION EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR	4
1.3 EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR	9
1.4 SUJETOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR	14
1.5 CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR	16
1.6 DERECHOS CONEXOS, VECINOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR	25
1.6.1 ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES	26
1.6.2 EDITORES DE LIBROS	28
1.6.3 PRODUCTORES DE FONOGRAMAS	29
1.6.4 PRODUCTORES DE VIDEOGRAMAS	31
1.6.5 ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN	32
1.7 RESERVA DE DERECHOS AL USO EXCLUSIVO	34
1.7.1 PUBLICACIONES PERIÓDICAS	35
1.7.2 DIFUSIONES PERIÓDICAS	36
1.7.3 PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN, O FICTICIOS O SIMBÓLICOS	38
1.7.3.1 PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN	40
1.7.3.2 PERSONAJES FICTICIOS O SIMBÓLICOS	41
1.7.4 PERSONAS O GRUPOS DEDICADOS A ACTIVIDADES ARTÍSTICAS	42
1.7.4.1 NOMBRE ARTÍSTICO	42
1.7.4.2 DENOMINACIÓN DE GRUPO ARTÍSTICO	44
1.7.5 PROMOCIONES PUBLICITARIAS	44
1.8 BREVE REFERENCIA A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR	47

1.8.1 CONVENIO DE BERNA	47
1.8.2 CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN	48
1.8.3 CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS CONTRA LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA DE SUS FONOGRAMAS, 1971.	49
1.8.4 CONVENCION UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR, FIRMADA EN GINEBRA EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1952	50
1.8.5 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE (TLCAN)	51
1.8.6 ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, INCLUIDO EL COMERCIO DE MERCANCIAS FALSIFICADAS (ADPIC).	52
1.8.7 TRATADO DE LA OMPI SOBRE LA INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS, FIRMADOS EN GINEBRA EL 20 DE DICIEMBRE DE 1996.	53

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

2.1 CONCEPTO DE IMAGEN	55
2.2 COMPONENTES DE LA IMAGEN DE UNA PERSONA	56
2.3 EL DERECHO A LA IMAGEN	60
2.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IMAGEN	64
2.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA IMAGEN	68
2.6 REGULACIÓN EXISTENTE EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SU REGLAMENTO, CON RELACIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN	71
2.6.1 LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR	71
2.6.2 REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR	81
2.7 DISTINCIÓN ENTRE LA IMAGEN, EL DERECHO A LA IMAGEN, EL RETRATO, LA OBRA FOTOGRÁFICA, Y LA RESERVA DE DERECHOS AL USO EXCLUSIVO.	85
2.8 LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN COMO INFRACCIÓN EN MATERIA DE COMERCIO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 231 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR	92

CAPÍTULO TERCERO
ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO A LA IMAGEN

3.1 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ARGENTINA	95
3.2 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA	96
3.3 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ITALIA	100
3.4 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	103
3.5 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN SUIZA	105
3.6 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN PERÚ	106
3.7 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN NORUEGA	107
3.8 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN SUECIA	108

CAPÍTULO CUARTO
EL DERECHO A LA IMAGEN
COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

4.1 PERSONA Y PERSONALIDAD	109
4.1.1 CONCEPTOS	109
4.1.2 PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS	115
4.1.3 ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD	116
4.1.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	117
4.2 EL DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO QUE SOBREVIVE A LA PERSONALIDAD	118
4.3 EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO A LA IMAGEN	122
4.4 EL DERECHO A LA IMAGEN COMO LÍMITE A LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN	123
4.5 PROPUESTA DE REFORMA A LA ACTUAL REGULACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN	126
CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFÍA	145

INTRODUCCIÓN

El propósito primordial del presente trabajo recepcional es realizar una revisión sobre los aspectos fundamentales del llamado Derecho a la Imagen, proporcionando las bases fundamentales para su estructuración y su eficiente regulación dentro de los derechos de la personalidad.

Si bien es cierto que el derecho a la imagen se encuentra reconocido en nuestra legislación dentro de la LFDA y su Reglamento, también lo es que dicha regulación es deficiente, situación que ha provocado que el individuo en sí mismo, no goce de los derechos que le son inherentes a su persona, como lo es la imagen. Por lo que resulta primordial que el derecho a la imagen sea reconocido de forma irremediable como un derecho de la personalidad, inherente a la persona por el solo hecho de serlo.

Por tal motivo, la imagen considerado como un derecho de la personalidad, es un bien jurídico que hoy en día se encuentra más propenso a ser violado, debido a la diversificación de los medios de comunicación o difusión, tales como la televisión, cine, video, periódico, etc.; motivo por el cual resulta elemental que el derecho a la imagen sea reconocido de manera expresa y regulado efectivamente, para así evitar intromisiones de terceros.

Para lograr lo anterior, el presente trabajo de investigación se encuentra estructurado en cuatro capítulos, el primero de los cuales titulado "*Generalidades relativas al Derecho de Autor*", tratará sobre los conceptos básicos del derecho de autor, los derechos conexos y la reserva de derechos al uso exclusivo; indicándose la regulación legal existente en nuestro país, así como en los diversos acuerdos y tratados internacionales en los que México es parte.

En el segundo capítulo denominado *"El Derecho a la Imagen y su Regulación en la Ley Federal del Derecho de Autor"*, versará sobre el estudio de la imagen, desde su concepto y componentes, hasta desarrollar la definición del derecho a la imagen, así como su naturaleza jurídica y características. De igual forma, se realiza un estudio acerca de la regulación legal del derecho a la imagen que existe en la LFDA y su Reglamento. También se incluye un análisis de la distinción que existe entre la imagen, el derecho a la imagen, la obra fotográfica y la reserva de derechos al uso exclusivo; y por último, se analiza la utilización de la imagen como una infracción en materia de comercio prevista en la fracción II del artículo 231 de la vigente LFDA.

El tercer capítulo intitulado *"Análisis comparado del Derecho a la Imagen"*, se estudia la regulación vinculada con el derecho a la imagen existente en diversos países, tales como Argentina, España, Italia, Estados Unidos de América, Suiza, Perú y Suecia.

Finalmente, en el cuarto capítulo denominado *"El Derecho a la Imagen como Derecho de la Personalidad"*, se versará el estudio sobre los conceptos de persona y personalidad, indicándose el principio y fin de la personalidad, así como los atributos, características y clasificación de los derechos de la personalidad. Asimismo, se realizará un estudio sobre el derecho de la personalidad y el derecho a la imagen, y cuándo éste último derecho resulta ser el límite a la garantía de libertad de expresión.

En este apartado se indicará en forma específica la propuesta de reforma a la actual regulación legal sobre el derecho a la imagen; intentándose así, dar una regulación legal eficiente para el derecho a la imagen en México.

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES RELATIVAS AL DERECHO DE AUTOR

1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

El fundamento constitucional en donde se encuentra regulado el derecho de autor en nuestro país lo podemos apreciar en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ya que si bien este artículo constitucional determina que quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopolísticas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes, también este artículo regula derechos que constituyen una excepción de los monopolios, dado que considera como socialmente eficiente constituir derechos de explotación exclusiva como señala en su párrafo noveno el citado precepto constitucional que dice:

"...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 razón a conceder estos privilegios a los derechos de propiedad intelectual e industrial, se debe a la estimación de que la actividad creativa en toda sociedad requiere de un estímulo que consista en el reconocimiento colectivo del derecho que debe asistir al ente creador, sea en el ámbito de la cultura o de la industria, para explotar en exclusiva la obra u objeto creado.

En términos generales, nuestra Constitución prohíbe la conformación de monopolios, sin embargo los derechos de explotación exclusiva que se le concede a los autores y a los inventores son reconocidos por la propia Constitución como una excepción a la regla, es decir es un monopolio permitido.

1.2 CONCEPTO LEGAL Y DOCTRINARIO DEL DERECHO DE AUTOR, Y SU REGULACION EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Para una mejor comprensión sobre el derecho de autor, resulta necesario describir algunos conceptos emitidos por algunos tratadistas estudiosos sobre la materia, a fin de tener una idea mas confortable sobre este término por lo que procedo a transcribir los siguientes :

El maestro David Rangel Medina indica que "bajo el nombre de derechos de autor se designa al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación."¹

¹ Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 88

El derecho de autor es "el reconocido por la ley al autor de una obra para participar en los beneficios producidos por la publicación, reproducción o ejecución de la misma."²

"Derecho reconocido a quién lo sea de una obra científica, literaria o artística, para disponer de ella y explotarla directamente, y para autorizar a otras personas para que la publiquen y reproduzcan."³

"En un sentido objetivo, el derecho de autor es la denominación que recibe la materia; mientras que en un sentido subjetivo, alude a las facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada".⁴

Paul Miserachs define al derecho de autor como "el derecho que la ley reconoce al autor de una obra para participar en los beneficios que produzcan la publicación, ejecución o representación de la misma".⁵

Cabe señalar, que el autor Viñamata Paschkes⁶, hace la anotación de que el campo del derecho de autor es sumamente amplio, por lo que él lo ha conceptualizado de la siguiente manera: "Conjunto de normas que regulan

² PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario Jurídico para Juristas. Editorial Mayo Editores, México, 1981, p. 404.

³ PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. Diccionario de Derecho. Porrúa, México, 1986, p. 221.

⁴ LIPSZYC, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Ediciones Unesco-Cerfalac, Argentina, 1993, p. 18.

⁵ La Propiedad Intelectual. Fausi, Barcelona, 1987, p. 11.

⁶ La Propiedad Intelectual. Trillas, México, 1998, p. 23.

las creaciones intelectuales aplicadas al campo de la literatura, de las bellas artes y de la ciencia”.

De los conceptos antes descritos una vez hecho un análisis a los mismos se puede observar que se dan ciertos elementos comunes con los cuales estos tratadistas coinciden en sus definiciones, elementos como son la protección a una obra artística, literaria o científica, las prerrogativas de las que goza el creador de la obra como es el derecho a participar en los beneficios que se producen al publicar, reproducir o ejecutar la obra, elementos que resultan fundamentales y que tienen como objeto la protección a la obra creada así como las prerrogativas de las que goza el creador por la explotación de su obra, por lo que de una apreciación personal se puede definir al derecho de autor como el conjunto de normas jurídicas que protegen la creación de obras intelectuales ya sean estas artísticas, literarias o científicas, así como los privilegios y prerrogativas exclusivas de carácter personal y patrimonial que gozan los creadores de dichas obras.

En los países cuya tradición jurídica es la angloamericana, esto es, el **Common Law**, al derecho de autor se le denomina **copyright** (literalmente derecho de copia), que se entiende como la expresión que alude a la actividad de explotación de la obra por medio de su reproducción.

Por otra parte, en los países de tradición jurídica romano-germánica, se le ha atribuido la denominación **Droit d'auteur** (derecho de autor), que alude al sujeto del derecho, al creador, al propio autor, y en general, de las facultades que se le atribuyen y se le reconocen. Facultades que son conocidas como derechos patrimoniales y derechos morales.

"...Estas facultades son, por una parte, de carácter personal y extra patrimonial y de duración, en principio, ilimitada (derecho moral) y, por la otra, de carácter patrimonial y de duración limitada (derecho patrimonial)..."⁷

En este sentido, la concepción jurídica angloamericana del Copyright y la concepción jurídica continental (o latina) del derecho de autor, son denominaciones que no se consideran equivalentes de una manera absoluta.

El sistema angloamericano del Copyright está vigente en los países de tradición jurídica basada en el Common Law, como lo son el Reino Unido, y países del Commonwealth como los Estados Unidos de América. Este sistema se encuentra orientado comercialmente y atiende a la regulación de actividad de explotación de las obras. En cambio, el derecho de autor latino es más extenso en el objeto de la protección y en las personas que admite como titulares originarios del derecho.

El *copyright* angloamericano, de orientación comercial, nacido en el Estatuto de la Reina Ana, y el *droit d'auteur*, de orientación individualista, nacido en los decretos de la Revolución Francesa constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el *Common Law* y de tradición jurídica continental europea o latina, respectivamente.

En México se adopta el sistema jurídico denominado *Droit d'auteur*, basado no solo en proteger a la obra, sino también se le da una mayor protección al creador al reconocérsele ciertas facultades como los son los derechos morales y patrimoniales, por lo que el ámbito de protección es mas amplio que el sistema del Copyright, ya que este solo se limita a regular la actividad de reproducción de las obras, y no se le concede ningún reconocimiento al

⁷ LIPSZYC, Delia. Op. cit., pp. 18 y 19.

creador, en cambio en la ley mexicana se les otorga mas privilegios y prerrogativas a los creadores de una obra siendo una proteccion mas amplia que se les reconoce a los autores.

La finalidad de la legislación relativa a los derechos de autor es fomentar el crecimiento del aprendizaje y cultura, así como la diseminación de información. Asimismo, implica en lo posible, inducir a la creación de trabajos de arte, literatura, música y cualquier obra intelectual o artística.

Dentro de la legislación mexicana, el Derecho de Autor se encuentra regulado por la LFDA, que en su artículo 1º establece que ***dicha Ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional***, y que el objeto de la misma es la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

En su artículo 11 de la LFDA establece que ***"el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial"***.

De lo anteriormente expuesto, se desprende los sistemas que rigen el derecho de autor, sistema como el Copyright que se limita a proteger la

actividad de explotar una obra a través de la reproducción, en cambio la protección que otorga el sistema jurídico romano-germánico, por medio del cual México adopta este sistema, su ámbito de protección resulta más amplio ya que al creador de una obra goza de ciertas prerrogativas y privilegios de carácter exclusivo como lo son los derechos de carácter personal y patrimonial, facultades que la Ley Mexicana también contempla y que más adelante serán explicados.

1.3 EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

Satanowsky⁸ afirma que el derecho intelectual tiene como objeto principal “la obra intelectual” y como sujeto tutelado al “autor” de esa obra. Define como obra intelectual a toda expresión personal susceptible de originalidad y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral.

Consecuentemente, el objeto de la protección del derecho de autor, sin duda alguna, es la **OBRA**. Siendo ésta, la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser divulgada y reproducida en cualquier forma o medio.⁹

“El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales. Tradicionalmente, la protección está reservada a las llamadas creaciones intelectuales de forma: Las **obras originales** –en el sentido de originarias o

⁸ SATANOWSKY, ISIDRO. Derecho Intelectual, Tipográfica Editorial, Argentina Buenos Aires, 1954, P.153

⁹ *Ibidem*. p. 61.

primigenias- (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también, desde hace un tiempo, los programas de ordenador) y las **obras derivadas** (adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones y comentarios, resúmenes y extractos, arreglos musicales y otras transformaciones) cualquiera que sea su modo y forma de expresión, aunque para estar protegidas también deben ser originales, es decir, presentar originalidad o individualidad".¹⁰

"Son obras derivadas las que se basan en una obra preexistente. Se consideran como tales las traducciones, actualizaciones, antologías, resúmenes, extractos y cualquier transformación de una obra anterior de la que resulta una obra diferente. La originalidad de la obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), solo en la composición (como en las compilaciones y en las antologías), o solo en la expresión (como en las traducciones)".¹¹

En nuestra legislación mexicana, específicamente en el artículo 78 de la LFDA se indica que las obras derivadas, tales como los arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero solamente podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia.

Cuando las obras derivadas sean del dominio público, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero tal protección no comprenderá el derecho al uso exclusivo de la obra primigenia, ni dará derecho a impedir que se hagan otras versiones de la misma.

¹⁰ Ibidem. p. 69.

¹¹ Ibidem. p. 112.

La protección de las obras está sujeta a los siguientes criterios generales:

- a) El derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas, es decir, se protege la forma bajo la cual se manifiesta la idea, más no la idea misma.
- b) La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección, ésta no depende del valor o mérito de la obra, de su destino o de su forma de expresión.
La originalidad reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean la creación y la individualidad; sin embargo, no hay obra protegida si ese mínimo no existe.
- c) La protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades.
- d) El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas, aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según a la rama a la cual pertenezcan.

Asimismo, en el artículo 4º de la LFDA se indican las obras objeto de protección.

Si bien es cierto la LFDA enuncia un listado de obras en su artículo 13, esto no significa que sea limitativo, ya que el mencionado artículo en el inciso ó, señala que también serán objeto de protección las obras que por analogía puedan considerarse como obras literarias o artísticas, las cuales deberán incluirse en la rama que se mas a fin a su naturaleza de la obra, siendo así que deja abierto el campo de protección de las obras, por lo que no significa que este artículo se limite a la protección de las obras que solo se mencionan en ese citado precepto legal. Respecto de dichas obras se reconocen derechos de autor, cuyas ramas pueden ser las siguientes:

- a) Literaria;
- b) Musical, con o sin letra;
- c) Dramática;
- d) Danza;
- e) Pictórica o de Dibujo;
- f) Escultórica y de carácter plástico;
- g) Caricatura e Historieta;
- h) Arquitectónica;
- i) Cinematográfica y demás obras audiovisuales;
- j) Programas de radio y televisión;
- k) Programas de cómputo;
- l) Fotográfica;
- m) Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y
- n) De Compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual.
- o) También los serán las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas, por lo que se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza.

Cabe mencionar que en el artículo 14 de la propia LFDA menciona lo que no es susceptible de protección como derecho de autor, siendo lo siguiente:

- I. Las ideas en si mismas, las formulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principios, descubrimientos, procesos e invenciones de cualquier tipo.
- II. El aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras.
- III. Los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios.
- IV. Las letras, los dígitos o colores aislados, a menos que su estilización sea tal que las conviertan en dibujos originales;
- V. Los nombres y títulos o frases aislados;

VI. Los simples formatos o formularios en blanco para ser llenados con cualquier tipo de información, así como sus instructivos;

VII. Las reproducciones o imitaciones, sin autorización, de escudos, banderas, o emblemas de cualquier país, estado, municipio o división política equivalente, ni las denominaciones, siglas, símbolos o emblemas de organizaciones internacionales gubernamentales, no gubernamentales, o de cualquier otra organización reconocida oficialmente, así como la designación verbal de los mismos.

VIII. Los textos legislativos, reglamentarios, administrativos o judiciales, así como sus traducciones oficiales. En caso de ser publicados, deberán apegarse al texto oficial y no conferirán derecho exclusivo de edición;

Sin embargo, serán objeto de protección las concordancias, interpretaciones, estudios comparativos, anotaciones, comentarios y demás trabajos similares que entrañen, por parte de su autor, la creación de una obra original,

IX. El contenido informativo de las noticias, pero si su forma de expresión, y

X. La información de uso común tal como los refranes, dichos, leyendas hechos, calendarios y las escalas métricas.

La protección otorgada por la LFDA a los derechos de autor, independientemente de si las obras han sido registradas o no para su mejor protección, surge a partir de su creación original y que sean susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio (artículo 3° de la LFDA), es decir, desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión (artículo 5° de la LFDA).

1.4 SUJETOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

El titular o sujeto de una obra autoral, es toda aquella persona física o moral a la que le pertenece el derecho de autor; así el Glosario de la OMPI, al respecto indica:

“Titular del Derecho de Autor: Se entiende generalmente que es la persona a la que pertenece el derecho de autor sobre una obra. Por regla general, y a excepción de algunos casos que varían según las distintas legislaciones de derecho de autor, el titular originario del derecho de autor es el autor, quien adquiere este derecho por fuerza de ley con motivo de la creación de la obra. En virtud de herencia también pueden ser titulares del derecho de autor los herederos del autor. Algunas legislaciones del derecho de autor permiten la cesión del derecho de autor, en su totalidad o en parte, y en virtud de ella el cesionario pasa a ser el titular del derecho de autor sobre la totalidad, o sobre la parte concedida.”¹²

Bajo estas circunstancias, la calificación de **AUTOR** corresponde a la persona que crea la obra.

El **TITULAR ORIGINARIO** es el autor, entendiéndose por éste a la persona que con su actividad creadora, concibe y realiza una obra de naturaleza literaria, científica o artística, es decir, es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.

Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar creaciones intelectuales; consecuentemente, la titularidad originaria corresponde a la persona física que crea la obra.

¹² OMPI, Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Génova, 1980, p. 177.

Cabe mencionar, que el autor de una obra derivada es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva, es decir, de la obra originaria.

"La ley mexicana reconoce como único sujeto originario del derecho de autor a quien lo es en virtud de la creación de una obra intelectual." ¹³ En este sentido, el artículo 12 de la LFDA establece que el autor es la persona física que ha creado obra literaria y artística.

Los **TITULARES DERIVADOS** "son las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos del autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho de autor (moral y patrimoniales)".¹⁴

La titularidad derivada puede obtenerse:

- Por Cesión (sea convencional o bien, de pleno derecho por ministerio de ley –*cessio legis*);
- Por Presunción de cesión establecida por la ley, salvo pacto en contrario, y
- Por Transmisión Mortis Causa.

Los titulares derivados son usualmente denominados derechohabientes o causahabientes del autor. En el artículo 26 de la LFDA se señala que el autor es el titular originario del derecho patrimonial, y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.

¹³ FARELL CUBILLAS, Arsenio. El Sistema Mexicano de Derechos de Autor, Ignacio Vado Editor, México 1966, P. 91.

¹⁴ LIPSZYC, Delia. Op. cit. p. 126.

1.5 CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

Cabe mencionar que dentro de esta rama del derecho, es necesario distinguir dos diferentes clases de derechos que la ley confiere a los autores, que explicaré a continuación, las cuales son:

- 1) El derecho moral , o derecho extrapatrimonial; y
- 2) El derecho pecuniario, patrimonial, económico o material.

El creador de una obra intelectual goza de dos tipos de derechos, cuyo objeto consiste en proteger intereses con características radicalmente diferentes entre sí. Cuando el trabajo intelectual es plasmado en una obra tangible y determinada, el Derecho debe procurar, por una parte mantener su integridad y permitir su difusión y, por la otra, garantizar al autor un reconocimiento y un provecho económico por el uso y/o explotación de la misma.

El **DERECHO MORAL** protege la personalidad del autor en relación con su obra. Está integrado por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra (darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad), a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación, y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de la circulación.

Dichas facultades se dividen en dos categorías: positivas (demandan una toma de decisión, una iniciativa por parte del titular del derecho), y negativas o defensivas (las negativas se traducen en un derecho de impedir o en una simple abstención por parte de los sujetos pasivos; las defensivas son aquellas que aun después de la muerte del autor y de que la obra haya entrado en el dominio público, permiten actuar en resguardo del derecho

moral a fin de proteger la individualidad e integridad de la creación intelectual en las cuales está involucrado el interés general de la comunidad).

1. Positivas: Comprenden el derecho de divulgación y el derecho de retracto o arrepentimiento.

2. Negativas o Defensivas: Integrado por el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho de integridad de la obra.

El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación (artículo 18 de la LFDA).

El artículo 21 de la LFDA, establece lo siguiente:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

- I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;
- II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;
- III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;
- IV. Modificar su obra;
- V. Retirar su obra del comercio, y
- VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción. Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo.

Por lo tanto, los titulares de los derechos morales tendrán en todo tiempo la facultad de modificar el contenido, o aun destruir la totalidad de la obra,

determinar si su obra ha de ser divulgada, que ésta permanezca inédita o que sea publicada ya sea bajo pseudónimo o en forma anónima, e incluso, puede al autor exigir que la obra sea retirada del comercio.

Asimismo, el autor tiene la facultad de elegir al intérprete de la obra, o de ejercer acción en contra de cualquier acto que redunde en demérito de la misma, o en perjuicio de la reputación de su autor. Por último, tiene en todo momento el derecho de oponerse a cualquier tipo de modificación, mutilación o deformación de la obra creada por él, siempre y cuando no exista autorización expresa.

La Ley no sólo protege a los autores como creadores de una obra determinada, sino que además protege a las obras consideradas en sí mismas, aún cuando éstas se encuentren ya dentro del dominio público, protegiendo de esta manera a las obras en su integridad, independientemente de la protección que se le confiera a su creador, y tal es el caso que las obras no pueden ser alteradas o modificadas en su estructura original una vez que éstas han entrado al dominio público. De esta forma, el autor tiene el derecho de que su nombre figure en la obra después de su muerte, lo que se puede traducir en la obligación de que una obra sea siempre acompañada del nombre de quién le dio existencia, respetándose así el derecho a la paternidad de la obra.

La doctrina ha reconocido que el derecho moral concede a los autores las siguientes facultades o prerrogativas, que se resumen a continuación:

Así los derechos morales del autor, se pueden clasificar en cuatro tipo de facultades, como a continuación se indica:

1. DIVULGACIÓN: Facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad.

2. PATERNIDAD: Consiste en la facultad de reconocer su condición de creador de la obra, ya sea a través del nombre, pseudónimo, anonimato, o al inédito.

3. RESPETO E INTEGRIDAD DE LA OBRA: Permite impedir cualquier cambio, deformación o atentado contra ella.

4. RETRACTO O ARREPENTIMIENTO: Facultad del autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación.

Tales derechos morales, por su naturaleza, son considerados unidos al autor, son perpetuos, inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, de conformidad con el artículo 19 de la LFDA.

El ejercicio del derecho moral corresponde al propio creador de la obra, y a sus herederos. En el caso de ausencia de éstos, o bien cuando se trate de obras del dominio público, anónimas o de las protegidas por el Título VII de la LFDA, referidas a los símbolos patrios y las expresiones de las culturas populares, el Estado los ejercerá conforme al artículo 21 de la referida Ley, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural de la Nación (artículo 20 LFDA).

Cuando se habla de **DERECHOS PECUNIARIOS, ECONÓMICOS O PATRIMONIALES**, irremediablemente hablamos de la posibilidad que el

autor efectúe la explotación de su obra, o bien, que autorice a otros a realizarla, que participe en ella, y que obtenga un beneficio económico.

Los mencionados derechos, *nacen a partir de la obligación de otorgarle una justa retribución al creador de una obra* por razón de que se esté explotando con un fin lucrativo, independientemente de los medios que se estén utilizando para conseguir dicho fin.

Los derechos de explotación, básicamente, son los siguientes:

1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN: Facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo a parte de ella.

También significa la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual.

Por ejemplo: En el caso de los videogramas o discos compactos que son reproducidos ilegalmente (PIRATAS).

Cuando en alguna playera, sudadera, o alguna prenda textil se plasma el dibujo de Mickey Mouse, Bugs Bunny, Pokemon, o algún personaje o dibujo y que se reproduzca sin autorización del titular de la obra.

2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA: Todo acto por medio del cual, una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de la

obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares. También es llamado derecho de representación.

Por ejemplo: En una discoteca existe comunicación pública de obras musicales, al estar poniendo diversas canciones las cuales una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra.

En un restaurante o Bar en el que se encuentre un grupo musical o algún trío tocando diversas canciones de diversos compositores.

El artículo 24 de la LFDA establece que en virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de una manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, pero siempre dentro de los límites que establece la misma Ley.

Igualmente, de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 26 de la LFDA, el autor, heredero o el adquirente por cualquier título es titular del derecho patrimonial; en este sentido, el autor es el titular originario del derecho patrimonial y, sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.

Al respecto, el párrafo noveno del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que:

"...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..."

Dicho precepto constitucional se refiere al privilegio económico que deben tener los autores con respecto de sus obras, toda vez que se habla de un privilegio temporal, a diferencia del derecho moral, que en la LFDA es considerado como un derecho perpetuo, no siendo el caso en materia del derecho patrimonial, en virtud de que la fracción I del artículo 29 de la LFDA establece la vigencia de dicho derecho, como a continuación se transcribe:

***Artículo 29. Los derechos patrimoniales estarán vigente durante:**

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, setenta y cinco años más. Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los setenta y cinco años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Setenta y cinco años después de divulgadas:

a) Las obras póstumas, siempre y cuando la divulgación se realice dentro del periodo de protección a que se refiere la fracción I, y

b) Las obras hechas al servicio oficial de la Federación, las entidades federativas o los municipios.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar y autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público."

Por lo que se puede concluir que se trata de un derecho con un privilegio temporal, prescriptible, renunciable, embargable y cesible que otorga el Estado a los autores para la explotación de sus obras.

Respecto al contenido primordial de los derecho pecuniarios, éstos se encuentran dentro de los diversos artículos que la propia LFDA menciona, ya sea de manera explícita o implícita, mismos que se resumen en la facultad de autorizar o prohibir: la reproducción, publicación, edición, fijación material,

comunicación pública (representación, recitación, ejecución, exhibición y el acceso público), la transmisión pública o radiodifusión (a través de sus diversas modalidades), la transmisión de la obra; así como la importación al territorio nacional de copias de las obras hechas sin su autorización; la divulgación de obras derivadas (tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones), y cualquier utilización pública de la obra, salvo los casos expresamente establecidos en la LFDA.

De conformidad con el artículo 30 de la LFDA, el titular del derecho patrimonial puede libremente transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas. Toda transmisión de derechos patrimoniales será onerosa y temporal.

Cabe mencionar, que la propia LFDA establece que los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y licencias de uso, deberán celebrarse, de forma invariable por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho, y deberán ser inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor del INDA, para que surtan efectos contra terceros.

Asimismo, de conformidad con el artículo 31 de la LFDA, dicha transmisión deberá prever a favor del autor o del titular del derecho patrimonial, en su caso, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o una remuneración fija y determinada, conocida tradicionalmente como regalía, siendo este derecho irrenunciable.

Bajo estas circunstancias, a falta de estipulación expresa, cualquier transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de 5 años; únicamente podrá pactarse, excepcionalmente, una transmisión de derechos patrimoniales superior a 15 años, cuando la naturaleza de la obra o la

magnitud de la inversión requerida así lo justifique, de conformidad con el artículo 33 de la LFDA.

Por lo que el derecho moral se puede considerar como el privilegio de que goza el ente creador y que la ley le confiere, para proteger esa expresión que emite el autor de la obra y la cual la plasma en un soporte material, protección que abarca la esfera del sentimiento y la expresión que el autor le da a su obra por lo que la misma ley le concede la facultad de decidir sobre el destino de su obra es decir si este la da conocer o si la reserva en su esfera de su intimidad así como poder suspender alguna forma de utilización.

Por lo que respecta al derecho patrimonial es la facultad y el privilegio que el autor tiene para explotar su obra o bien que autorice a otros a realizarla, por medio del cual se le va a otorgar una retribución de carácter económico y que dicho derecho va ser temporal como lo establece el artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor ya que se trata de un derecho temporal.

De lo antes expuesto se puede resumir indicando la diferencia entre los derechos patrimoniales y morales, señalando que los primeros se caracterizan por no ser exclusivos de su autor, toda vez que los mismos pueden ser susceptibles de cesión total o parcial durante la vida de este o después de su muerte u objeto de otro acto jurídico por medio del cual se transfiere la titularidad de dichos derechos a otras personas. Como por ejemplo, a través de la donación. Asimismo, estos derechos se caracterizan por tener como finalidad la posibilidad de su explotación comercial. Los segundos, es decir los derechos morales son inherentes con sustanciales de su autor, inseparables, no pudiendo este desprenderse de los mismos. constituyen el calificativo de la condición de autor.

1.6 DERECHOS CONEXOS, VECINOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR

Bajo la denominación **derechos conexos, derechos vecinos o derechos afines**, usualmente la doctrina y la legislación en materia de derecho intelectual, han comprendido aquellos derechos que no han encontrado cabida dentro del derecho de autor, y que guardan una estrecha relación o vecindad con el derecho que corresponde a los creadores de obras literarias y artísticas. Se puede decir que se trata de una categoría de derechos que, por sus características especiales son considerados como un derecho nuevo, que nace a partir de los derechos de autor ya existentes.

El Glosario de la OMPI indica que "se entiende generalmente, se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes..."¹⁵

De igual forma, el Doctor David Rangel Medina¹⁶ atinadamente ha indicado que de conformidad a las disposiciones de la LFDA, los artistas, intérpretes o ejecutantes, los editores de libros, los productores de fonogramas, los productores de videogramas, los organismos de radiodifusión gozan de este tipo de prerrogativas bajo la denominación de "derechos conexos o vecinos".

¹⁵ Op. cit. 168.

¹⁶ RANGEL MEDINA, David. Derecho Intelectual, 1ª Edición, Mc Graw Hill, México_1998, pp. 119-121.

Tales derechos se han consagrado tradicionalmente a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, los tres sujetos amparados dentro de la legislación internacional incorporada en la Convención de Roma de 1961.

La LFDA en el título V establece y regula los Derechos Conexos, agregando dos figuras jurídicas más: los productores de videogramas y los editores de libros.

Se indica en el artículo 115 de la propia LFDA que la protección otorgada a los derechos en comento, no afectará en modo alguno la protección de los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas.

La regulación actual nacional, respecto de los derechos conexos o vecinos está basada en los principios consagrados tanto en la **Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión**, así como en el **Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas**, ambas vigentes en México, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1964, y el 8 de febrero de 1974, respectivamente.

1.6.1 ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

La LFDA en su artículo 116 señala que los términos **ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE** designan al ACTOR, NARRADOR, DECLAMADOR, CANTANTE, MÚSICO, BAILARÍN, o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya un texto previo que

norme su desarrollo. Dicha disposición legal excluye de esta definición a los llamados "extras" y las participaciones eventuales.

El objeto protegido es la prestación personal del artista intérprete o ejecutante. Se trata de un bien inmaterial que no constituye una obra y, por tanto, la tutela de la prestación del artista intérprete o ejecutante, no está subordinada a la condición de que presente originalidad o individualidad.

El artista intérprete o ejecutante goza de los siguientes derechos:

- a) Reconocimiento al Nombre: Derecho que tiene el artista intérprete o ejecutante, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones.

- b) Respeto a la Interpretación o Ejecución: Facultad de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro acto que sobre su interpretación o ejecución se realice, y lesione su prestigio o reputación.

Asimismo, tendrán derecho a oponerse a:

- a) La comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones;
- b) La fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material, y
- c) La reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones.

Estos derechos 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.

La duración de la protección concedida es de 50 años, contados a partir de:

1. La primera fijación de la interpretación o ejecución en un FONOGRAMA;
2. La primera fijación de la interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, y
3. La transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier otro medio.

1.6.2 EDITORES DE LIBROS

La LFDA define al editor de libros en su artículo 124, como la persona física o moral que selecciona o concibe una edición y realiza por sí o a través de terceros su elaboración.

El editor de libros tiene el derecho de autorizar o prohibir:

- a) La reproducción directa o indirecta, total o parcial de sus libros, así como la explotación de los mismos;
- b) La importación de copias de sus libros hechas sin su autorización, y
- c) La primera distribución pública del original y de cada ejemplar de sus libros mediante venta u otra manera.

Bajo este orden de ideas, se aprecia que la finalidad de este apartado dentro de los derechos conexos, es otorgarle al editor un derecho de exclusividad sobre las características tipográficas y de diagramación para cada libro, en cuanto contengan de originales, de conformidad con el artículo 126 de la LFDA.

En tal circunstancia, el objeto de protección es el libro producido, siendo éste definido en el artículo 123 de la LFDA como toda publicación unitaria, no

periódica, de carácter literario, artístico, científico, técnico, educativo, informativo o recreativo, impresa en cualquier soporte, cuya edición se haga en su totalidad de una sola vez en un volumen o a intervalos en varios volúmenes o fascículos. Comprendiendo también los materiales complementarios en cualquier tipo de soporte, incluido el electrónico, que conformen, conjuntamente con el libro, un todo unitario que no pueda comercializarse separadamente.

La duración de la protección concedida es de 50 años, contados a partir de la primera edición del libro.

1.6.3 PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

En nuestra legislación nacional, se define en la LFDA en su artículo 130 al productor de fonogramas como la persona física o moral que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas.

El objeto protegido es la fijación de la interpretación de la obra en un soporte material que se denomina fonograma, y el artículo 129 de la LFDA lo define como toda fijación, exclusivamente sonora, de los sonidos de una interpretación, ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos.

El productor de fonogramas tiene el derecho de autorizar o prohibir:

- a) La reproducción directa o indirecta, total o parcial de los fonogramas, así como las explotación directa o indirecta de los mismos.
- b) La importación de copias de fonogramas llevadas a cabo sin su autorización;
- c) La distribución pública del original y de cada ejemplar del fonograma, mediante venta u otra manera incluyendo su distribución a través de señales o emisiones;
- d) La adaptación o transformación del fonograma, y
- e) El arrendamiento comercial del original o de una copia del fonograma, siempre y cuando dicho derecho de arrendamiento no se lo hubieren reservado los autores o los titulares de los derechos patrimoniales.
- f) Tiene el *derecho de sincronización* cuando su fonograma se incorpora a una obra audiovisual. Tal derecho generalmente lo ejercita el autor o el titular respectivo (artículo 58 de la LFDA), y se encuentra definido en el artículo 21 del RLFDA, como "la incorporación simultánea total o parcial, de una obra musical con una serie de imágenes que produzcan la sensación de movimiento".

Es necesario señalar que en el artículo 133 de la LFDA se establece que una vez que un fonograma haya sido introducido de forma legal al comercio, ni el titular de los derechos patrimoniales, ni los artistas intérpretes o ejecutantes, ni los productores de fonogramas podrán oponerse a su **COMUNICACIÓN DIRECTA AL PÚBLICO**, siempre y cuando los usuarios que lo utilicen con **FINES DE LUCRO**, realicen el pago correspondiente a aquéllos.

En este orden de ideas, los artículos 12 y 13 del RLFDA se han ocupado de establecer lo que se entiende por **COMUNICACIÓN DIRECTA AL PÚBLICO DE UN FONOGRAMA**.

Hay un aspecto de formalidad que deriva del propio Convenio de Ginebra de 1971, y que se encuentra incorporado en la LFDA en el artículo 132, que dispone que los fonogramas deberán ostentar el símbolo **(P)** acompañado de la indicación del año en que se haya realizado la primera publicación. Aclarando el precepto que la omisión de tal requisito no implica la pérdida de los derechos que correspondan al productor del fonograma, pero lo sujetará a la sanción prevista como consecuencia de la infracción administrativa en materia de derechos de autor, que contempla la propia LFDA en la fracción VIII del artículo 229.

La duración de la protección será de 50 años, contados a partir de la primera fijación de los sonidos en el fonograma.

1.6.4 PRODUCTORES DE VIDEOGRAMAS

El productor de videogramas, como lo señala el artículo 136 de la LFDA es la persona física o moral que fija por primera vez imágenes asociadas, con o sin sonido incorporado, que den sensación de movimiento, o de una representación digital de tales imágenes, constituyan o no una obra audiovisual.

De tal suerte, también en el artículo 135 de la propia LFDA, se define al videograma como la fijación de imágenes asociadas, con o sin sonido incorporado, que den sensación de movimiento, o de una representación digital de tales imágenes de una obra audiovisual o de la representación o ejecución de otra obra o de una expresión del folclor, así como de otras imágenes de la misma clase, con o sin sonido.

El productor de videogramas goza, respecto de sus videogramas, los derechos de autorizar o prohibir su reproducción, distribución y comunicación pública.

La duración de la protección de la protección será de 50 años, contados a partir de la primera fijación de las imágenes en el videograma.

1.6.5 ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

Los derechos de los organismos de radiodifusión se encuentran desarrollados dentro del capítulo VI del Título V de la LFDA, regulándose por vez primera dentro del sistema jurídico mexicano.

Se entiende como organismo de radiodifusión, la entidad concesionada o permitida, capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores, de acuerdo con el artículo 139 de la LFDA.

El objeto protegido en la mayoría de las leyes, esencialmente, es la emisión o transmisión, con independencia de su contenido, es decir, las emisiones que constituyen el objeto de los derechos de los organismos de radiodifusión son todas las que éstos difundan, contengan obras protegidas por el derecho de autor o no.

Para tal efecto, la LFDA define a la emisión o transmisión en el artículo 140 como la comunicación de obras, de sonidos o de sonidos con imágenes por medio de ondas radioeléctricas, por cable, fibra óptica u otros procedimientos análogos. El concepto de emisión comprende también el envío de señales

desde una estación terrestre hacia un satélite que posteriormente las difunda.

De igual forma, la LFDA en sus artículos 141 y 142 define la retransmisión y la grabación, respectivamente. Mientras que en el artículo 143 de la misma LFDA indica los tipos de señales.

Los organismos de radiodifusión podrán autorizar o prohibir, respecto de sus emisiones:

- a) La retransmisión;
- b) La transmisión diferida;
- c) La distribución simultánea o diferida, por cable o por cualquier otro sistema;
- d) La fijación sobre una base material;
- e) La reproducción de las fijaciones, y
- f) La comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro.

Finalmente, deberá pagar daños y perjuicios, quien sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas; descifre una señal de satélite codificada portadora de programas, o reciba o distribuya una señal de satélite codificada portadora de programas que hubiese sido descifrada ilícitamente, de conformidad con el artículo 145 de la LFDA.

La vigencia de la protección es de 25 años, contados a partir de la primera emisión o transmisión original del programa.

Podemos realizar una pequeña distinción entre los derechos de autor y los derechos conexos, los primeros como han quedado explicado en el capítulo anterior es la protección que se le otorga al ente creador de una obra ya sea esta artística, literaria o científica, así como un conjunto de prerrogativas de las que goza el autor para poder disponer de su obra, en cambio los derechos conexos o vecinos es la protección que se le concede al artista, interprete o ejecutante por la adaptación o realización que realiza de una obra ya existente, es decir la interpretación que realiza un artista de una obra, específica; es decir, constituye al portador de los derechos conexos aquella persona que sin haber creado la obra, tiene la facultad de explotar la misma como resultado de la ejecución material que ha hecho de esta dada la actividad a la que se dedica por ejemplo: el autor de una obra musical, a través del productor de fonogramas, la misma puede ser fijada y comercializada así como, posibilita la comunicación pública al ponerse al alcance de todos.

Al respecto cabe señalar que la vigente Ley Federal del Derecho de Autor al regular los derechos conexos, no se hace referencia a la titularidad sobre los mismos, sin embargo considero que el hecho de poder realizar la fijación material de la obra con la autorización correspondiente de su autor y su explotación comercial constituye una titularidad derivada del acto jurídico que al efecto realizan ambos sujetos, por ejemplo, el autor de una obra literaria y el editor, titularidad que comprenden la facultad antes indicada con un carácter mas limitado en relación a la que adquiere por si el propio autor.

1.7 RESERVA DERECHOS AL USO EXCLUSIVO

La Reserva de Derechos al Uso Exclusivo establecida en el artículo 173 de la LFDA, consiste en la ***facultad de usar y explotar en forma exclusiva***

títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas ***distintivas***, o características de operación originales que se apliquen a: publicaciones periódicas; difusiones periódicas; personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos; personas o grupos dedicadas a actividades artísticas, y promociones publicitarias.

1.7.1 PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Se encuentran protegidas por el artículo 173 fracción I de la LFDA, y se consideran ***publicaciones periódicas***, todos aquellos documentos o escritos impresos que salen a la luz pública en una fecha determinada previamente, ya sean editadas en partes sucesivas con variedad de contenido y que pretendan continuarse indefinidamente.

En el artículo en comento se señala que la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva, títulos o cabezas del género de publicación periódica.

La publicación periódica es el género, y la misma puede abarcar las siguientes especies:

- a) Diario o Periódico
- b) Revista
- c) Directorio
- d) Cabeza de Columna
- e) Folleto
- f) Boletín

- g) Suplemento
- h) Calendario
- i) Gaceta
- j) Catálogo
- k) Guía, y
- l) Agenda

Ejemplos de títulos de publicaciones periódicas:

- Diario o Periódico: La Jornada, Reforma, Excélsior, El Universal, Uno más Uno, El Sol de México, La Prensa, Esto, etc.
- Revista: Quo, Marie Claire, Proceso, Muy Interesante, Vanidades, Eres, Tele Guía, etc.
- Cabeza de Columna: Jaque Mate, Pulso Político, etc.
- Directorio: Sección Amarilla.
- Guía: Guía Roji.
- Boletín: Regularmente publicaciones de carácter interno, es decir, son publicaciones realizadas por instituciones públicas o privadas, por ejemplo: Boletín de la Facultad de Derecho.
- Gaceta: Gaceta UNAM.

1.7.2 DIFUSIONES PERIÓDICAS

Se encuentran protegidas por el artículo 173 fracción II de la LFDA, y se consideran como **difusiones periódicas** todos aquellos documentos o escritos que salen a la luz pública en una fecha determinada previamente, ya

sean editadas en partes sucesivas con variedad de contenido y susceptibles de transmitirse, es decir, son aquellas que se transmiten por medio de sonidos o imágenes.

En el artículo en comento se indica que la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva, títulos del género de difusión periódica. Bajo estas circunstancias, la difusión es la transmisión de algo por cualquier medio de comunicación; lo que protege este tipo de reservas es el título de la transmisión, ya sea a través de un programa de radio, televisión o inclusive una página de Internet. Actualmente, se otorgan reservas respecto de las siguientes difusiones periódicas:

- a) Programa de Televisión
- b) Programa de Radio
- c) Difusión Vía Red de Cómputo

Ejemplos de títulos de difusiones periódicas:

- Programa de Televisión: Hechos, Deportv, En Familia con Chabelo, Mujer Casos de la Vida Real, 24 Horas. Nada Personal, etc.
- Programa de Radio: Cúpula Empresarial, Antena Radio, etc.
- Difusión Vía Red de Cómputo: www.solucion.com.mx

1.7.3 PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN, O FICTICIOS O SIMBÓLICOS

En la fracción III del artículo 173 de la LFDA se establece como reserva de derechos al uso exclusivo la facultad de usar y explotar en forma exclusiva nombres, y características físicas y psicológicas distintivas, respecto del género de Personajes Humanos de Caracterización, o Ficticios o Simbólicos.

Personaje es el "sujeto de distinción o calidad. Cualquiera de los seres humanos ideados por el escritor, que toman parte en la acción de una obra literaria".¹⁷

La LFDA establece protección a favor de dos personajes:

- a) Personajes Humanos de Caracterización
- b) Personajes Ficticios o Simbólicos

Se entiende por características físicas "la apariencia del personaje que se pretende reservar, es decir, lo que el dictaminador puede ver, al momento de que alguien presenta la solicitud de dictamen previo, tales como la Forma, el Color, el Tamaño, el Volumen, etc."¹⁸

"Por otro lado las características psicológicas se refieren exclusivamente a el carácter, sus aptitudes, sus capacidades y deficiencias, a los gustos de este,

¹⁷ Diccionario Ilustrado de la Lengua Española "Aristos". Editorial Ramón Sopena, España, 1998, p. 582.

¹⁸ JIMÉNEZ ALMEIDA, Roberto Carlos. La Reserva de Derechos al Uso Exclusivo en la Ley Federal del Derecho de Autor. Tesis Profesional, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1999, p. 98.

a lo que le desagrada, lo que lo anima, etc., todos estos elementos intangibles, no visibles y subjetivos totalmente.”¹⁹

Dichas características son requisitos indispensables y necesarios para que la reserva de derechos de este género sea otorgada; asimismo, tanto el nombre como las características físicas y psicológicas del personaje deberán ser auténticos y distintivos.

De acuerdo con lo anterior, la reserva de derechos al uso exclusivo sobre un personaje contempla los aspectos siguientes:

- a) El Nombre del Personaje,
- b) Características Físicas Distintivas, y
- c) Características Psicológicas Distintivas.

Ejemplos de los aspectos anteriores tenemos el caso de los siguientes personajes ficticios o simbólicos:

“**RONNY RICALETA**”, cuyas características físicas son las de ser un niño con una camisa rayada, gorra de baseball, gordito y que siempre está sonriendo; mientras que sus características psicológicas son que le gusta mucho jugar con los otros niños, y le gusta comer muchos dulces, chocolates y frituras, siempre está alegre y con ganas de comer.

¹⁹ Idem.

"MAGUITO SONRIC'S", cuyas características físicas es que su silueta es la característica más peculiar, lo que lo hace diferente a otros, su físico se concreta a una cabeza con brazos y piernas, los atributos que lo hacen un mago son: su sombrero, su varita mágica, sus zapatitos y finalmente sus mangas anchas. Su sonrisa, ojos y cejas complementan sus características lo que le permiten ser expresivos. Su textura se proyecta suave, liso, con la apariencia de un muñeco de peluche, es dinámico, siempre se presenta con movimiento realizando diferentes actividades, puede estar desde saboreando un dulce hasta volando en el espacio. Las características psicológicas son que el Maguito Sonric's es más que un compañero de los niños, es un amigo mágico, es sobre todo amigable, feliz y aventurero. Su mundo está rodeado de magia. Le encanta jugar con los niños y comparte sus aventuras, aunque también le encanta convivir con los adultos. No es posible definir su edad, bien podría ser un niño pequeño, un adulto, un joven o un señor de 100 años. Las amabilidad, afecto y generosidad son sus características primordiales. Está siempre listo para ayudar con una actitud super positiva a la vida. Es sencillo y no se complica la vida. Ocasionalmente tiene errores y cuando los tiene no siente que hizo el ridículo o se siente mal, sino por el contrario, goza de cualquier insignificancia de la vida. Él no es egoísta, vanidoso, tacaño o agresivo. Su tiempo y espacio son limitados. Participa en incontables y diversas actividades, transformaciones y actos mágicos, camina, vuela, aparece y desaparece, es divertido y hasta travieso. Le encanta reír y hacer reír. Tiene un fuerte vínculo de amistad con los niños quienes lo admiran y se identifican plenamente con él.

1.7.3.1 PERSONAJES HUMANOS DE CARACTERIZACIÓN

Los personajes humanos de caracterización son aquellos que tienen originalidad y características especiales, protagonizados por personas físicas, de tal forma que puedan ser distinguidos unos de otros. Son empleados en su mayoría en actuaciones artísticas.

La interpretación de dicho personaje por el propio creador, o bien puede ser interpretado por otra persona que reúna las características requeridas para hacerlo.

De esta figura se desprenden los elementos siguientes:

1. Un elemento humano, y
2. El empleo en actuaciones artísticas

Dichos elementos se encuentran ligados íntimamente con la persona física; por lo que dentro de este género de reserva de derechos al uso exclusivo; se excluye a la persona moral o jurídica, en virtud de que ésta no puede realizar actuaciones artísticas por sí misma.

Por tal razón, podemos concluir que la reserva de derechos al uso exclusivo de personajes humanos de caracterización se otorga únicamente a la persona física, quien es la que realiza la caracterización del personaje. La referida caracterización la adopta y la interpreta una persona física. Por ejemplo: **Mr. Niebla, Cantinflas, Julio Regalado, Brozo, Chapulín Colorado, La Chilindrina, Cepillín, Capulina, Super Barrio**, etc.

Cabe indicar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del RLFDA para efectos del artículo 173, fracción III, de la LFDA, no son objeto de reserva las características físicas y psicológicas reales de una persona determinada.

1.7.3.2 PERSONAJES FICTICIOS O SIMBÓLICOS

Los personajes ficticios son aquellos creados por la imaginación del hombre, con características físicas, psicológicas, específicas y originales, no para interpretarlos, sino para usarlos y explotarlos en novelas, cuentos, historietas, programas de televisión, etc.

De igual forma, se les designa un nombre que les es característico y distinto de cualquier otro personaje, y se encuentran provistos de una especial originalidad.

Tienen como origen de su existencia, las obras literarias, historietas gráficas o en cualquier otro tipo de publicación o difusión periódica. Dichos personajes poseen una marcada originalidad y son utilizados con cierta periodicidad, entre los que se encuentran: **Maguito Sonric's, Condorito, Ronny Ricaleta, Aguila "Sr. Serfín", Bart Simpson, Pancho Pantera, El Tigre Toño.**

1.7.4 PERSONAS O GRUPOS DEDICADOS A ACTIVIDADES ARTÍSTICAS

El artículo en comento señala que la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva, nombres y denominaciones del género de Personas o Grupos dedicados a actividades artísticas.

La LFDA utiliza la palabra **Nombre**, cuando se trata de una persona, es decir, cuando recae sobre una persona física, única y determinada y, por otro lado; **Denominación**, cuando recae sobre un grupo de personas a las cuales no va integrado este nombre con su persona.

Los nombres artísticos y las denominaciones de grupos artísticos sirven como medio de identificación dentro del medio artístico.

1.7.4.1 NOMBRE ARTÍSTICO

En efecto, el nombre artístico es considerado como una parte esencial del artista para poder ser plenamente identificado, está relacionado con la calidad que el mismo tenga en su profesión, obteniendo además reconocimiento y prestigio en el medio artístico, utilizándolo para cuestiones de tipo comercial y de publicidad. El efecto de usar el nombre es el de causar una agradable impresión o utilizar una característica especial que

identifique su imagen o su persona, cuestiones que irremediamente podrán retribuirle fama pública. El nombre artístico, invariablemente, es parte de la personalidad que adoptará el artista.

Podemos además adicionar a la anterior definición, que en actualmente, el nombre artístico no sólo se compone de nombres y apellidos (en su totalidad o en parte), el seudónimo, sino también se emplea el apócope, hasta las más diversas combinaciones.

De las consideraciones antes señaladas, se puede decir que el carácter de los nombres artísticos son diferentes a los del nombre civil, toda vez que la protección otorgada al nombre artístico a través de la reserva de derechos al uso exclusivo reúne caracteres opuestos a los que tiene el nombre civil, en virtud de que se trata de un derecho limitado y su protección es aplicable sólo cuando se haya obtenido la referida reserva de derechos.

Entre sus características resulta factible citar las siguientes: el ser oponible a terceros, susceptible de valuarse en dinero, consecuentemente, forma parte del patrimonio de bienes intangibles del titular, es enajenable, prescriptible, impone ciertas obligaciones a su titular, y existe la posibilidad de cambiar el nombre si así lo desea el titular del mismo.

Así, tenemos como ejemplos, entre otros, los siguientes: **Evita Muñoz Chachita (Eva Muñoz Ruiz), Emmanuel, Ernesto Gómez Cruz, Macaria (Delia Beatriz de la Cruz Delgado), Leo Dan (Leopoldo Dante Tevez).**

1.7.4.2 DENOMINACIÓN DE GRUPO ARTÍSTICO

Las denominaciones de grupos artísticos se definen como el nombre, título o designación que adopta un grupo de personas que poseen la calidad de artistas, ya sean intérpretes o ejecutantes, con el fin de diferenciarse de otros de su misma especie, y conseguir así la individualización ante el público.

Ejemplos: **Cañaveral, La Arrolladora Banda El Limón, Magneto, Los Únicos de México, Banda Sinaloense El Recodo, El Mariachi Vargas de Tecalitlán, El Tri, Los Invasores de Nuevo León, Maná, etc.**

También es llamado nombre artístico colectivo, como "aquel con el que se denominan los grupos musicales, orquestas, duetos, etc., utilizando un nombre genérico puede ser compuesto o inventado por sus propios integrantes que pueda distinguirse de los demás y a fin de causar un buen efecto en el público y que sea llamativo."²⁰

En efecto, la reserva de derechos al uso exclusivo para grupos artísticos es la protección otorgada a su titular pudiendo ser éste una sola persona o más, con el objetivo primordial de que ese nombre se aplique a una agrupación musical.

1.7.5 PROMOCIONES PUBLICITARIAS

La fracción V del artículo 173 de la LFDA establece como reserva de derechos la facultad de usar y explotar en forma exclusiva nombres y

²⁰ VÁZQUEZ VICENTE, Ma. de los Ángeles. Régimen de Reserva de los Personales Humanos y de los Nombres Artísticos en el Sistema Mexicano de Derechos de Autor. Tesis Profesional, UNAM, Enep-Acatlán, 1997, p. 66.

características de operación originales aplicados y mecanismos novedosos de promociones publicitarias.

En este sentido, la LFDA en su fracción V establece que las promociones publicitarias contemplan un mecanismo novedoso y sin protección tendiente a promover y ofertar un bien o servicio, con el incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio; se exceptúa el caso de los anuncios comerciales.

Del precepto legal citado, se desprende que para el otorgamiento de una reserva de derechos al uso exclusivo en el género de promoción publicitaria, se deberán reunir los elementos siguientes:

- a) La existencia de un mecanismo que tienda a promover y ofertar un bien o servicio;
- b) Que el mecanismo se complemente con un incentivo adicional que permita brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio, y
- c) Que el referido mecanismo citado como primer elemento sea **novedoso**, entendiéndose por novedad, el hecho de que no haya sido difundido o utilizado con anterioridad a la fecha de presentación de sus solicitud, de tal suerte que las características que integran el mecanismo puedan considerarse distintivas y originales.

El concepto de promoción publicitaria establecida en la LFDA excluye lo que se considera un anuncio comercial, éste no debe ser confundido con el aviso comercial regulado en la LPI. En este sentido, el **anuncio comercial** es el ofrecimiento de un producto o servicio en prensa, radio, televisión, radio u otro medio de comunicación masiva; mientras que el **aviso comercial** es la frase u oración que anuncia un producto o servicio para distinguirlo de otro de su misma especie o clase en el mercado. Ejemplos:

"PROMOCARD", según se desprende del respectivo certificado de derechos al uso exclusivo, dicha promoción publicitaria consiste en concentrar en una caja diseñada para el efecto, una serie de tarjetas con los datos generales de los prestadores de servicios que participen en PROMOCARD, la cual se ubicará en los centros turísticos, a efecto de que las personas interesadas en un servicio o producto remuevan la tarjeta y la lleven consigo para acudir al mismo con facilidad y precisión, haciéndose acreedor al descuento o promoción especificado en la tarjeta. Periódicamente, como medio para mantener la promoción, el promotor acudirá a los centros turísticos a reponer las tarjetas que hayan sido removidas por las personas interesadas en el servicio o producto, cumpliéndose así el doble objetivo de promocionar a los prestadores de servicios y dar un servicio de orientación a las personas que acudan a los centros turísticos.

Por otro lado, la promoción publicitaria denominada **"PILÓN"** consiste en una promoción que tiene por finalidad que los consumidores reciban un beneficio directo, concreto y gratuito para que ingresen a su patrimonio familiar artículos o bienes de notoria utilidad, que normalmente no comprarían por adquirir satisfactores prioritarios. Es un incentivo que consiste en la entrega gratuita y adicional al importe de su compra de cupones denominados "PILÓN", equivalente al 10% del valor de los productos afiliados a la promoción para ser canjeados por otros productos en los centros de canje o distribución establecidos. Existe un catálogo de artículos o bienes seleccionados para ser canjeados en la primera etapa de esta promoción por los consumidores al efectuar las compras de los productos afiliados. Este catálogo se actualizará periódicamente, tomando en consideración, entre otros factores, las preferencias de los consumidores por los artículos contenidos en el catálogo.

1.8 BREVE REFERENCIA A LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR.

La protección internacional esta sustentada en un conjunto de instrumentos jurídicos de esta naturaleza que. regulan diversas figuras relacionadas con los Derechos de Autor y los Derechos Conexos y que. constituyen el soporte básico de las legislaciones de los distintos países. La importancia de los tratados internacionales recaen en asegurar a los titulares de los derechos de autor el goce de los derechos no solo en su país si no en el extranjero . A continuación se pretende realizar un breve esbozo acerca del contenido esencial de los tratados y convenios que al efecto regulan la materia que nos ocupa.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) creada por la Conferencia Diplomática de Estocolmo de 1967, para promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo por media de la colaboración de los gobiernos, habiéndose transformado en 1974, en agencia especializada de la Organización Naciones Unidas (ONU), constituyendo una Organización Intergubernamental con sede en Suiza (Ginebra), siendo un Organismo especializado de Naciones Unidas.

La Organización Mundial de la Propiedad Industrial se remonta al convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial de 1883 y al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886. En el presente trabajo comenzaremos analizando el Convenio de Berna por estar directamente relacionado con los Derecho de Autor.

1.8.1 CONVENIO DE BERNA

El 9 de septiembre de 1886, se celebró en Berna la Primera Conferencia Internacional sobre los derechos de autor, que elaboró la primera Convención sobre la Protección de la Propiedad Artística y Literaria, llamada Convención de Berna, y creó la Unión Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. Dicha Convención fue modificada o ampliada en 1896 en París, en 1908 en Berlín, en 1928 en Roma, en 1948 en Bruselas, en 1961 en Roma, en 1967 en Estocolmo (publicado en México en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1968), y en Paris el

24 de julio de 1971 (en México publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1975).

El Convenio de Berna surge de la necesidad de proteger de modo mas eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, marcando un avance significativo en el proceso de regulación internacional en esta materia. Entre los aspectos mas importantes se destacan:

- 1 La definición de obras literarias y artísticas
- 2 El establecimiento del principio de protección automática, al no exigirse formalidad alguna para la protección de las obras una vez que han sido fijadas en un soporte material
- 3 La protección a los autores nacionales y no nacionales así como la definición de obras publicadas.
- 4 El principio del trato nacional conforma de garantizar el goce y el ejercicio de los derechos tanto nacionales como los no nacionales
- 5 El establecimiento de los términos de protección concedida tanto en vida del autor como para después de su muerte
- 6 El establecimiento de facultades dentro del derecho patrimonial de los autores de las obras literarias y artísticas así como el alcance de estos derechos

1.8.2 CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS Y LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSION.

La presente convención esta sustentada en el principio general de que la protección otorgada en virtud de la misma dejara intacta y no afectara de ninguna forma la protección otorgada a los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas, esta encaminada a buscar un mínimo de protección a los artistas, interpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radio difusión. Es decir, a los titulares de los derechos conexos, constituye a su vez el instrumento que vincula a los derechos de autor y a los derechos conexos. Esta convención esta sustentada en algunos principios básicos tales como:

1.- El principio del trato nacional en el sentido que de conformidad a lo establecido en el artículo 2.1 se considera el mismo trato que a los



nacionales el que conceda al estado contratante en que se pida la protección en virtud de su derecho interno, a los artistas interpretes ejecutantes etc.

2.- Desde el punto de vista de las formalidades se consideran satisfechas si los ejemplares de los fonogramas publicados o distribuidos en el comercio o sus envolturas llevan indicación consistente en el símbolo (P) acompañado del año de la primera publicación colocados de manera tal que muestren claramente que existe el derecho de reclamar la protección.

3.- A través del presente tratado se asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas interpretes o ejecutantes, de los fonogramas, de los productores de fonogramas y de las emisiones radiodifundidas de los organismos de radiodifusión.

4.- La convención de Roma permite excepciones en las legislaciones nacionales de los derechos antes mencionados por lo que respecta al uso privado, al uso de breves extractos en relación con la información de acontecimientos de actualidad la fijación efímera por organismos de radiodifusión utilizando su propios servicios y para sus propias emisiones. La utilización exclusivamente para fines de enseñanza o investigación científica.

5.- Establece como limite que la protección no podrá ser inferior a 20 años en los términos que se indican.

1.8.3 CONVENIO PARA LA PROTECCION DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS CONTRA LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA DE SUS FONOGRAMAS, 1971.

Establece la obligación de los estados contratantes de proteger a los productores de fonogramas que son nacionales de otro estado contratante en contra de: la reproducción de copias sin el consentimiento del productor, la importación de tales copias sin el consentimiento del productor y la distribución de tales copias al público, definiendo para los efectos de dicha convención que se entiende por fonogramas, por productor de fonogramas, copia y distribución al público. Entre sus características se destacan desde el punto de vista de las formalidades, estas se consideran satisfechas si las copias autorizadas del fonograma puesto a disposición del público o de los estuches que la contengan llevan una mención constituida por el símbolo (P)

acompañada de la indicación del año de la primera publicación, colocada de manera que muestre claramente que sea reservado la protección.

Se establece limitaciones que protegen a los productores de fonogramas de la misma forma que se protegen a los autores de las obras literarias y artísticas previéndose además los casos en que se puedan conceder licencias obligatorias cumpliéndose los requisitos que al efecto se establecen

1.8.4 CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR, FIRMADA EN GINEBRA EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1952.

Surge de la necesidad de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores o de cualquiera otros titulares de otros derechos sobre las obras literarias artísticas y científicas. Entre sus características principales tenemos las siguientes:

1.- En relación a las obras publicadas establece la protección que se considera según hayan sido publicadas por nacionales o no nacionales.

2.- Del establecimiento de determinadas formalidades en la publicación de las obras como por ejemplo que las mismas lleven el símbolo "C" acompañado del nombre del titular de los derechos de autor de la primera publicación.

3.- Establece el plazo de protección para las obras protegidas por dicha convención no siendo inferior a la vida del Autor y 25 años después de su muerte, entre otros plazos que especifica.

4.- Distingue cuando la obra ha sido publicada por primera vez y cuando se considera publicación simultánea, así como, establece el derecho exclusivo del autor de hacer, publicar y autorizar que se publique la traducción de su obra.

5.- Define que se entiende por publicación, considerando la reproducción de la obra de forma tangible a la vez que el poner a disposición del público ejemplares de la obra que permitan leerla o conocerla visualmente.

El Convenio de Berna firmado el 9 de septiembre de 1886, prevé la protección de los trabajos literarios y artísticos, cualquiera que sea el modo o la forma de expresión. Asimismo, en dicho Convenio se prevé la posibilidad de decretar el aseguramiento de todo ejemplar ilícito, como medida precautoria.

1.8.5 TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993. También se conoce dicho instrumento legal como NAFTA, siglas de su nombre en inglés North America Free Trade Agreement.

Dicho Tratado en su Capítulo XVII, denominado "Propiedad Industrial", comprende de los artículos que van del 1701 al 1721, disposiciones de carácter sustantivo y procedimental relacionadas con los derechos de autor y la propiedad industrial.

Existen principios que establecen los lineamientos generales que regirán en los procedimientos de defensa de los derechos de autor, a saber:

1. Principio de aplicación de obligaciones internacionales: Las partes se obligan por medio del TLCAN a cumplir con las disposiciones sustantivas, de los convenios internacionales en la materia;

2. Principio de Trato Nacional: Cada uno de los Estados signatarios otorgará a los nacionales de otro país, un trato no menos favorable del concedido a sus propios nacionales, respecto de la protección de los derechos de propiedad intelectual;

3. Principio de Protección Ampliada: Los tres países podrán extender en su legislación interna la protección a los derechos de propiedad intelectual, siempre que esa protección sea compatible con el TLCAN;

4. Principio de Control de Prácticas y Condiciones Abusivas o Contrarias a la Competencia: Las naciones firmantes podrán sancionar actos derivados de

la concesión de licencias, que en casos particulares, puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual;

5. Principio de Cooperación y Asistencia Técnica: Los miembros del TLCAN se otorgarán asistencia y promoverán la cooperación entre sus autoridades, con miras a eliminar el comercio de las mercancías denominadas "ilícitas" o "piratas", y

6. Principio de Justicia en Materia de Derechos de Autor.

Con independencia de lo anterior, el artículo 1701 del Tratado establece la aplicabilidad, en los tres países contratantes, de los siguientes convenios internacionales en materia de propiedad intelectual:

Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas, 1971, que reprime la piratería de fonogramas.

Convenio de Berna para la Protección de Obras y Artísticas, 1971. que protege las obras literarias y artísticas.

La aplicación coercitiva se encuentra prevista en los artículos 1714 y 1718 del TLCAN, a través de las secciones de:

Defensa de los derechos de propiedad intelectual, Disposiciones Generales. Aspectos Procesales específicos y Recursos en los Procedimientos Civiles y Administrativos.

Medidas Precautorias.

Procedimiento y Sanciones Penales.

Defensa de los derechos de propiedad intelectual en la frontera.

1.8.6 ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, INCLUIDO EL COMERCIO DE MERCANCIAS FALSIFICADAS (ADPIC)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas, conocido como TRIPS, que corresponde a sus siglas en inglés Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; aunque también se le designa como ADPIC, siglas de su título en español, constituido bajo los principios y medidas substanciales en el convenio de París para la protección de la propiedad industrial y el convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, dentro de los principios se destacan:

- 1 Principio del Trato Nacional
- 2 Principio de la nación mas favorecida
- 3 Principio de protección de la materia existente.

De conformidad con los citados principios se desprende las siguientes características:

- a) La protección del derecho d autor abarca las expresión pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación, o conceptos matemáticos en si
- b) Protección de los programas de ordenador como obras literarias. En el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna
- c) Protección de las compilaciones de datos (BASE DE DATOS) en cualquier forma, siempre que constituyan creaciones de carácter intelectual
- d) Establecimiento del derecho exclusivo de los autores de las obra literarias y artísticas de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transmisión de la propiedad.
- e) Establecimiento del derecho de alquiler de los autores en cuanto a los programas de ordenador, obra cinematográficas y obra incorporadas en fonogramas
- f) Establecimiento del derecho exclusivo de los autores de comunicación al público de medios alámbricos o inalámbricos, comprendiendo la puesta disposición al público de sus obras de tal forma que pueda acceder a estas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija .

1.8.7 TRATADO DE LA OMPI SOBRE LA INTERPRETACION O EJECUCION Y FONOGRAMAS, FIRMADOS EN GINEBRA EL 20 EN DICIEMBRE DE 1996.

La presente convención esta sustentada en el principio de salvaguarda en el sentido de que sus disposiciones no serán en detrimento de las obligaciones contraídas por estados contratantes en virtud del Convenio de Roma.

Las características fundamentales se resaltan:

El establecimiento de los siguientes derechos de los artistas interpretes y ejecutantes:

- a) Derechos morales
- b) Derechos patrimoniales
- c) Derechos de reproducción
- d) Derecho de distribución
- e) Derecho de alquiler
- f) Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas.

En cuanto a los derechos morales, es importante resaltar que de conformidad con el presente tratado se reconoce con independencia de esos derechos patrimoniales el derecho del artista intérprete o ejecutante de conservar en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas el derecho a reivindicar, ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución y el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que causen perjuicio a su reputación, es decir, de lo expuesto se observa el reconocimiento expreso de determinados derechos morales para los artistas intérpretes o ejecutantes.

Del análisis antes realizado se puede observar las características fundamentales que sustentan la protección internacional de los derechos de autor y derechos conexos resaltándose el hecho de que por lo que respecta a los derechos de imagen no existe un instrumento jurídico de esta naturaleza que regule dicho derecho, pudiéndose apreciar que los tratados referidos están en relación a los derechos de autor y a los derechos conexos no constituyendo el derecho de imagen un derecho de estos por ser un derecho de la personalidad. Sin embargo, la vigente Ley Federal del Derecho de Autor al regular las infracciones en materia de comercio contempla como infracción el uso no autorizado de la imagen así como, en su capítulo de las reservas de derecho regula la facultad que tiene una persona de proteger su imagen como reserva en los términos del reglamento de la propia ley establece

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

2.1 CONCEPTO DE IMAGEN

La palabra imagen proviene del latín *imago-inis*, que significa figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa.¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, las acepciones de la palabra en cuestión son "figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa".²

De igual manera, Ochoa Restrepo³ indica que la imagen se encuentra constituida por toda expresión que haga sensible un objeto que en sí mismo carece de facultad para manifestarse.

Según afirma la jurisprudencia española, imagen equivale a la representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción. De acuerdo con esto, la imagen debe de ser visible y reconocible.⁴

¹ CHANG SANTOS, Ricardo. El Derecho a la Imagen. Tesis Profesional, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 1961, p. 30.

² Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 806.

³ OCHOA RESTREPO, Guillermo. Derecho a la Imagen. Estudios de Derecho, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Año XXV, Segunda Época, Marzo 1964, vol. XXXII, número 65, p. 73. Este ensayo también se puede consultar en la voz "imagen" en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Driskill, Tomo XIV, pp. 967-970.

⁴ DIAZ INFANTE REYES, Adla María. El Derecho a la Imagen en el Sistema Jurídico Mexicano. Tesis Profesional, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1996, p. 10.

De los conceptos antes citados, se observa que la imagen constituye toda representación, semejanza, apariencia o expresión gráfica, dígame de una cosa o una persona, pero dado que el objeto de la presente tesis es la imagen de la persona física, dichos conceptos no alcanzan a representar lo que significa la imagen de una persona propiamente dicha, lo cual será analizado desde distintos puntos de vista a lo largo del presente trabajo; es decir, se requiere tomar en cuenta los rasgos faciales del rostro de una persona y todos sus componentes relativos a la misma.

Si bien es cierto que la máxima representación externa del ser humano viene dado 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 debemos entender por imagen de la persona, 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 cuando la semejanza no sea perfecta o idéntica. Cabe indicar que, los supuestos normales que contemplan las legislaciones que regulan la materia son mediante cámara fotográfica, de video o cinematográfica.⁵

2.2 COMPONENTES DE LA IMAGEN DE UNA PERSONA

Como recordaremos, la imagen es a grandes rasgos, la representación externa de la persona. Bajo esta idea, podemos señalar como componentes de esta manifestación externa los siguientes:

⁵ ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio. La Caricatura como presunta causa de violación del derecho a la propia imagen. Tesis Profesional, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 1997, p. 80.

a) Rasgos.- Son definidos por el Diccionario Real de la Academia Española como "las facciones del rostro, peculiaridad, propiedad o nota distintiva; por lo que sirve para distinguir una cosa de otra".⁶ Consecuentemente, los rasgos de una persona son todas aquellas peculiaridades que le otorgan una individualidad y nos permiten distinguirla de entre todos los demás miembros de la sociedad.

b) Características físicas particulares.- Podemos definir las como aquellos aspectos o cualidades de una persona perteneciente a la constitución o naturaleza corpórea; lo propio y privativo que permite darle singularidad, es decir, lo contrapuesto a lo universal y general. Es posible que entre rasgos y características físicas particulares exista cierta confusión, ya que ambos conceptos remiten a la idea de singularización del individuo, sin embargo, es posible distinguirlos en virtud de que los rasgos se refieren a aspectos que todo individuo de manera genérica posee pero con cierta particularidad, es decir, todo ser humano, en principio, tiene dos ojos, una nariz, una boca, no obstante, estos tendrán ciertas notas distintivas dependiendo del individuo: nariz aguileña, ojos verdes, boca grande, etc. Por otro lado, las características físicas particulares remiten a la idea de ciertas señas que ya no pertenecen de manera inicial al individuo, es decir, no es que tenga una nariz aguileña, como la puede tener más de un individuo, sino que posea un lunar al lado de ella, una cicatriz en la frente etc., o sea, el rasgo común, pero con una particularidad específica y bien delimitada. Tal y como lo señala el concepto inicial es lo que se aparta de lo general y universal. Todos tienen una nariz y muchos pueden tenerla aguileña, pero será difícil encontrar a dos sujetos con el mismo lunar, del mismo tamaño y forma o con la misma cicatriz, exactamente al lado de una nariz aguileña.

⁶ Diccionario Real de la Academia Española, Op. Cit. p. 1224.

c) Nombre.- Históricamente el hombre en su necesidad de comunicarse y relacionarse con los demás fue buscando la forma de reconocerse y al mismo tiempo distinguirse del resto. Es así, como surge el nombre como elemento individualizador del sujeto de derecho que le permite referir a éste consecuencias jurídicas determinadas. Para Edgar Baqueiro “ el nombre de las personas se forma del nombre común o de pila (esto por el bautismo) y los apellidos paterno y materno. Es uno de los atributos de la personalidad y por lo tanto inseparable de esta y tiene como función la identificación he individualización de las personas.

En este sentido el nombre constituye un derecho inherente a la condición jurídica de la persona, una obligación desde el punto de vista de que no es facultativo del Estado ni de la persona el tener el nombre, sino que dicho atributo debe adquirirse desde el nacimiento, el que lo rehusé, altere, usurpe u ostente uno distinto, habrá de responder a las consecuencias jurídicas que se deriven de este acto.

Por lo antes expuesto, podemos indicar que el nombre tiene una doble función en relación con la persona y su imagen:

- 1) INDIVIDUALIZAR:** Es señalar o determinar los seres por sus características para distinguir unos de otros, separar los individuos comprendidos en la especie para particularizarlos y diferenciarlos entre sí.
- 2) IDENTIFICAR:** Es verificar la identidad, es decir, comprobar o acreditar si una persona es la misma que se supone o se busca.

Por otra parte, podemos decir que constituye no sólo la palabra que designa objetos físicos, psíquicos o ideales, sino también la fama y opinión. Se puede

pensar que el nombre no es propiamente un componente de la imagen, ya que a ésta la entendemos como una representación física permanente, mientras que el nombre es algo que si bien posee cierta constancia es de alguna forma mudable, en el sentido de que siendo la imagen inseparable de la persona puede ser susceptible de cambio en el nombre que le da la vida, que la identifica y la individualiza, como por ejemplo el cambio como consecuencia de una sentencia judicial derivada de un proceso de impugnación de paternidad, los nombres artísticos que si bien es cierto su portador conserva el que tiene también lo es que socialmente se identifica y se da a conocer con otro.

El individuo por más que lo quiera no se puede desligar fácilmente de sus ojos verdes, nariz aguileña, lunares o cicatrices. No obstante lo anterior, es dable pensar que el nombre es parte de la imagen de la persona en tanto que al traer a la mente la representación externa de cualquier individuo es común también vincularlo con un nombre y no sólo eso, sino con ciertos aspectos psíquicos, historia particular, etc. Por lo que si bien puede ser mudable por las razones indicadas también no puede haber persona y por lo tanto imagen de la misma sin nombre.

d) Voz.- Esta palabra es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como el "sonido que el aire expedido por los pulmones produce al salir de la laringe haciendo que vibren las cuerdas vocales."⁷

Así las cosas, la voz es una manifestación muy particular de cada individuo y que por ello le otorga ciertos rasgos distintivos que lo individualizan de los demás miembros de la colectividad. Al respecto, la voz adquiere mayor relevancia, por ejemplo en los imitadores quienes aun cuando no guardan parecido con el sujeto imitado, con sólo hablar o cantar como aquél remiten a

⁷ Ibidem. p. 1495.

la imagen total de la persona, aunque cabe señalar que no es condición de la imagen de una persona la voz, toda vez que existen algunas con limitaciones físicas para hablar, y sin embargo tienen sus propia imagen.

2.3 EL DERECHO A LA IMAGEN

En nuestra legislación no se define el Derecho a la Imagen, ni en la jurisprudencia se hace referencia a sus elementos, por lo que es necesario recurrir a la doctrina y a las reglas de Derecho.

Bajo estas circunstancias, el derecho a la imagen es "aquel derecho que una persona tiene sobre su representación externa", así como la facultad exclusiva del interesado de difundir su imagen, publicarla o evitar su reproducción."⁸

"El *Derecho a la Imagen* se puede entender como el derecho que posee todo individuo sobre uno de los atributos de su propia identidad física: 'la imagen'. Este derecho implica que todo individuo en su ámbito de privacidad tiene la facultad de impedir que se divulgue su imagen sin su consentimiento, así como controlar el uso comercial de la propia identidad física y obtener provecho de los valores publicitarios que el titular ha creado y obtenido sobre su imagen".⁹

⁸ FLORES Y FLORES, Armando. Implicaciones jurídicas de la imagen como protección de las personas físicas. Tesis Profesional, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 1989, p. 111.

⁹ DIAZ INFANTE REYES, Adla María. Op Cit., p. 10.

De la anterior definición, se pueden desprender los siguientes caracteres:

- a) **Derecho a la Imagen como Derecho de la Personalidad.**- Se ha considerado como un Derecho a la Intimidad, es decir, se refiere al derecho que todo individuo tienen de conservar su ámbito de privacidad e intimidad e impedir que se divulgue su imagen al conocimiento de terceros sin su autorización.

- b) **Derecho al Valor Comercial de la Imagen.**- Es el Derecho a controlar el uso comercial de la propia identidad física y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado u obtenido sobre nuestra imagen. Los anglosajones denominan a este Derecho como **publicity right**. Podría definirse como el Derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad externa con fines publicitarios o comerciales.¹⁰

De lo anterior, se desprenden el derecho a la imagen en una doble dimensión: por un lado su aspecto moral que engloba la protección que concede el Estado a toda persona respecto a su imagen, a su privacidad e intimidad y por otro lado el aspecto patrimonial es decir la posibilidad de que pueda ser explotada comercialmente la misma previa autorización de la persona.

Consecuentemente, el Derecho a la imagen de conformidad con la actual Ley Federal de Derechos de Autor, pudiera considerarse como un Derecho de Propiedad Intelectual diferente a los Derechos de Propiedad Industrial y al Derecho de Autor. El bien protegido es patrimonial, en virtud de que lo que se quiere evitar es el enriquecimiento injusto que otra persona puede obtener

¹⁰ Ibidem. pp. 11 y 17.

por la explotación de la imagen. Conforme a lo anterior, resulta necesario señalar los siguientes supuestos para que exista violación de este Derecho:

- 1) Utilización de la identidad física de una persona.
- 2) Sin el consentimiento del titular.
- 3) Con fines comerciales o análogos.
- 4) Siempre que se produzca un daño.

Desde el punto de vista de los derechos de autor, la actual Legislación vigente en esta materia si bien regula lo referente a las obras literarias y artísticas en todas sus dimensiones, también abarca lo relativo al derecho a la imagen de la persona sin constituir este por razones obvias una obra, toda vez que no es el resultado de una creación intelectual, sino algo que nace y es parte de la persona misma con independencia de la voluntad del individuo

Por otro lado, "el derecho a la imagen es aquel derecho, individualizado por el ordenamiento jurídico de cada época y cada país, que se encuentra relacionado con aquellos bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas y psíquicas que se atribuyen al ser humano, relativas al deseo de permanecer en el incógnito, en el anonimato, sin intromisiones o indiscreciones ajenas, así como a tener el derecho a los beneficios económicos que resulten de la difusión o divulgación de dichas proyecciones".¹¹

De la anterior definición, podemos desprender lo siguiente:

¹¹ LARRONDO SCHOELLY, Andrea Lilia. El Derecho a la imagen como límite a la garantía de libertad de expresión, Tesis Profesional, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 2000, p. 20.

- a) Se trata de un derecho que se traduce en un bien o cosa en tanto que representa una utilidad para cada individuo.
- b) Constituye una proyección, pues son bienes de la persona que se dirigen al exterior del individuo, hacia la colectividad, y que por lo tanto, ésta tiene obligación de respetar.
- c) Atribuible al ser humano, en tanto que los derechos de la personalidad son derechos del hombre, en tanto que es persona, y por ello, no son otorgados a otros sujetos de derecho como las personas morales.
- d) Personas con el deseo de vivir libre de intromisiones, exentas de publicidad dentro de la esfera de su vida privada. El individuo requiere de momentos de intimidad, de distracción, de convivencia con los seres humanos cercanos a su vida, en un espacio donde no tienen cabida las intromisiones de la colectividad.
- e) Individualizadas por el ordenamiento jurídico de cada época y de cada país, en tanto que, ciertos derechos de la personalidad han adquirido relevancia dentro del derecho a partir de circunstancias sociales, culturales y tecnológicas específicas. Así, el derecho sobre la propia imagen adquirió importancia, a partir de la invención de la fotografía, y actualmente, en mayor grado, debido a los múltiples avances tecnológicos como la televisión, internet, que afectan directamente el derecho que el individuo tiene sobre su propia imagen.

El derecho a la imagen presenta dos aspectos, uno negativo y otro positivo.¹² Primero, el negativo consiste en la obligación **erga omnes** de no atentar

¹² ROVIRA SUEIRO, María E. El Derecho a la propia imagen: Configuración legal y límites. Comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala 1ª) Revista de Derecho Privado, febrero 1998 (mensual), Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, p. 155.

contra este derecho, de respetar la intimidad de la persona y de no utilizarla con fines que, de alguna u otra manera, afecten el honor o su vida privada; segundo, el positivo consiste en la posibilidad que tiene cualquier sujeto de reproducir, exponer, publicar e incluso comercializar con su propia imagen cuando así lo desee. La finalidad de proteger este derecho es, por un lado, garantizar al individuo la protección de sus sentimientos, así como la esfera de privacidad dividida en dos campos, el de su vida familiar, ámbito de amistad y, en general, cualquier relación interpersonal; y otra personal que es su propio y particular aspecto físico en donde se incluyen su voz y la imagen de manera individual, así como la posibilidad que el individuo tiene de elegir si quiere o no comercializar o publicar su propia imagen.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IMAGEN

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la imagen. En general, se ha afirmado que el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad; sin embargo, muchos tratadistas han sostenido que se trata de un derecho *sui generis*, ya que sus límites no están claramente definidos, así como la similitud que mantiene con otras figuras jurídicas.

Autores como Ochoa Restrepo¹³ hacen diversas comparaciones y llegan a considerar a la imagen como un derecho *sui generis*, pues posee muchas analogías con el derecho al propio cuerpo, al honor, al nombre, derecho de autor o el derecho real de propiedad.

Se identifica al derecho a la imagen **como un derecho real de propiedad** en virtud de que, como se sabe, la imagen es utilizada por muchas personas para fines mercantiles; sin embargo, la analogía no es exacta. Al respecto,

¹³ Citado por FLORES Y FLORES, Armando, Op. Cit. p. 124.

podemos afirmar que, dentro del derecho muchas figuras pueden guardar distintos grados de similitud, pero es necesario resaltar las características que las diferencian e individualizan.

En este orden de ideas, el derecho a la imagen no es un derecho real de propiedad, toda vez que no posee las características fundamentales de éste. La imagen no puede enajenarse de manera total, por ser inseparable de la persona; la imagen se ejerce sobre cuestiones objetivas, tal y como pasa con el derecho real de propiedad, pero también puede ejercerse sobre cuestiones abstractas que no existen en un derecho real de propiedad. Con respecto de la enajenación es importante distinguir que lo que se enajena no es la propia imagen sino las consecuencias de la facultad que el derecho otorga. Por último, el titular de una cosa no imprime su sello ni la sigue como accesorio, la imagen en cambio no tiene la posibilidad de desprenderse de su titular. Por lo tanto si bien desde el punto de vista patrimonial la imagen puede ser susceptible de comercialización, no constituye un derecho real, al no estar investido el hombre de las facultades de disposición que engloba dicho derecho tales como el derecho de vender, rentar , grabar, donar o disponer para después de su muerte la trasmisión de un bien.

Otra analogía corresponde al **derecho sobre el propio cuerpo**. Con relación a éste podemos decir que la imagen no consta únicamente de aspectos objetivos sino también subjetivos: voz, maneras de actuar, caminar, etc., cuestiones que no forman parte del derecho sobre el propio cuerpo. Así, la imagen no es sólo el cuerpo sino la prolongación del propio cuerpo.

Desde el punto de vista del derecho de toda persona sobre el propio cuerpo y del derecho de toda persona sobre su imagen existe una diferencia básica, entre ambos dada la naturaleza jurídica sui-géneris de cada uno, es decir el segundo a diferencia del primero puede ser susceptible de explotación

comercial, con finalidad lucrativa. La persona puede disponer de su cuerpo autorizando donar algún órgano o tejido en vida para después de su muerte con una finalidad científica o terapéutica nunca lucrativa, sin embargo puede autorizar el uso de su imagen como una finalidad lucrativa.

La analogía que guarda con el **derecho al honor** puede verse, en principio, como acertada; sin embargo, aunque al surgir el derecho a la imagen su relación con el honor o la vida privada era innegable ahora es necesario distinguirlas debido a los avances que en nuestra sociedad han ocurrido. Por un lado, podemos decir que utilizar la imagen en un momento de vida privada puede constituir, tanto una violación al derecho al honor como a la vida privada, pero existen casos en que el honor o la intimidad no son afectados y, sin embargo, sí se afecta el derecho a la imagen.

La analogía que guarda **con relación al nombre** también puede verse delimitada, aunque en cierto sentido éste vaya aparejado con la persona tanto como su imagen. En términos generales, podemos decir que el nombre es, según Messineo, "el punto de referencia de un conjunto de datos por los que se describe y por consiguiente se individualiza a las personas"¹⁴ Siguiendo este concepto podemos decir que el nombre se liga a la persona tanto como su imagen; pero es claro que existen muchas diferencias entre estas dos figuras. Por una parte, el nombre es un atributo de la personalidad, es decir, algo que se le asignó, que se le dio a la persona, mientras que la imagen es resultado de algo intrínseco al ser humano mismo. Así, puede haber hombres que pasan un tiempo sin nombre, mientras que no se concibe un hombre sin imagen. El nombre, por otro lado, puede cambiarse en tanto que la imagen pide sufrir deterioros, pero conservará siempre su esencia.

¹⁴ Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Atributos de la personalidad, tomo II, Porrúa, México, 1987, p. 56.

La imagen es individualizadora del hombre, mientras que el nombre no lo es tanto. Por último, dos o más personas pueden coincidir en su nombre, pero nunca de manera total en su imagen.

Finalmente, se dice que el derecho a la imagen guarda estrecha relación con el derecho de autor, equiparando el derecho sobre la propia imagen con el derecho que tienen el escultor sobre su estatua, el fotógrafo sobre su fotografía, etc. No obstante las analogías que puedan encontrarse en algún campo del desarrollo del derecho a la imagen, será importante hacer la distinción entre ambas figuras.

El derecho de autor, tal y como se encuentra definido en el artículo 11 de la LFDA, es:

"Artículo 11... El reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial."

Dentro de este concepto no hay una clara equivalencia con lo que entendemos como el derecho a la imagen. Es importante señalar que las obras a que hace referencia el artículo 13 de la referida Ley Federal de Derecho de Autor pueden ser, entre otras, de carácter fotográfico, de caricatura e historieta, pictórica o de dibujo, cinematográfica, de televisión, etc., en las cuales es posible el uso de la imagen de cualquier persona. Así el derecho de autor no sólo busca proteger el derecho del artista sino el derecho que pueda derivarse del uso de la imagen de un tercero dentro de su obra, no obstante, en ninguna forma es equiparable al derecho de autor que nos ocupa.

Por otro lado, podemos hacer ciertas acotaciones a fin de que la distinción quede claramente establecida. En el derecho a la imagen no encontramos el elemento volitivo, el cual sí encontramos dentro del derecho de autor. Así

una persona no crea su imagen, pues ésta le es dada a partir de una información genética que el mismo no decide de forma alguna, mientras que la obra artística, intelectual o científica de un individuo es posterior a él y fruto de una creación y trabajo intelectual.

Ahora bien, de conformidad con lo recién planteado es necesario concluir que el derecho a la imagen debe considerarse, en primer término, como un derecho de la personalidad, en virtud de ser un derecho ligado determinadamente a la persona. No obstante, es de tomarse en consideración que este derecho, como ya ha quedado establecido, posee características especiales y una naturaleza especial, por encontrarse ligado en determinados casos a otros derechos, también de la personalidad, como son el honor, la vida privada o derecho sobre el propio cuerpo, sin que esto, de forma alguna, les reste autonomía ni a unos ni a otros.

Más allá de las diversas posiciones en torno a la naturaleza del derecho a la imagen, éste debe considerarse sobretodo como un derecho de la personalidad. Aun cuando sus antecedentes directos son el honor y la intimidad, y que también existen claras similitudes con el derecho real de propiedad debido a que la imagen en muchos casos ha adquirido un valor comercial o ha sido utilizada por el propio titular con fines mercantiles. De esta forma, con la protección del derecho a la imagen se pretende abarcar no sólo las proyecciones físicas del hombre sino la intimidad, la voz, la identidad.

2.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA IMAGEN

El derecho a la Imagen como parte del derecho de la personalidad tiene ciertas características especiales que deben ser señaladas; se trata pues de un derecho originario o innato, inalienable, imprescriptible, irrenunciable,

constituye un derecho subjetivo, absoluto o de exclusión, intransmisible y no susceptible de disposición por su titular.¹⁵

- a) Es un **derecho originario o innato**, en tanto que el individuo lo obtiene desde el nacimiento, sin necesidad del concurso de medio legales de adquisición, es decir, las características físicas particulares son adquiridas por el hombre desde el momento mismo de la concepción, por medio de la información genética transmitida por sus padres. Es claro que estas características físicas pueden cambiar con el paso del tiempo o adquirirse e integrarse a la imagen. Ejemplo de ello es una cicatriz como consecuencia de un accidente, el cambio de voz, manera de hablar, etc.

- b) **Inalienable**, toda vez que el individuo no puede comercializar de manera definitiva con su imagen. Es decir, en principio los derechos de la personalidad no son susceptibles de ser enajenados, por ejemplo, el derecho sobre el propio cuerpo, un individuo no puede vender su brazo o su pierna en situaciones comunes; sin embargo, la imagen muchas veces y, en el caso de determinadas personas que por su profesión tienen la posibilidad de hacerlo, es puesta en el comercio, sin que esto constituya un acto sancionado por las leyes. No obstante lo anterior, la característica de inalienable, es necesario aclarar que se refiere a una enajenación definitiva, la cual no es posible puesto que este derecho de la personalidad es intrínseco al ser humano.

- c) **Irrenunciable**, en virtud de que el individuo no puede renunciar de manera total o parcial a su imagen. Podrá consentir en que su retrato

¹⁵ CASTAN TOBEÑAS, José. Los Derechos de la Personalidad. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 18.

se comercialice en fotografías o programas de televisión, etc., pero esto no constituye de manera alguna renuncia del individuo a su propia imagen. Así, no puede obligarse a una persona que, en un momento determinado, haya autorizado el uso de su imagen para que fuera difundida a cambio de un precio a que no se oponga a posteriores difusiones realizadas sin su consentimiento. La imagen, pues, unida indisolublemente a la persona, permite que la autorización de su uso pueda variar según lo decida el propio titular.

- d) Es un **derecho subjetivo privado**, en virtud de que corresponde a los individuos como simples seres humanos, asegurarles el goce de su propio ser, físico y espiritual, y ofrece la posibilidad de que se exija de los demás un respeto y aun el pago de daños y perjuicios cuando sin su consentimiento es utilizada su imagen. Además, el derecho a la imagen, aunque no cuenta con una adecuada regulación, sí puede ser protegido por medio de una determinada acción civil o administrativa, mismas que analizaremos en los capítulos subsiguientes.
- e) **Absoluto o de exclusión**, lo que significa que es oponible **erga omnes**, es decir, existe la obligación de todos los miembros de la sociedad de respetar la imagen de la persona.
- f) **Imprescriptible**, o sea, la persona nunca pierde su derecho sobre la propia imagen; durante todos los días de su vida será el único y total titular. Con relación a esto, existe la posibilidad de que aun estando muerto, la familia tenga la posibilidad de exigir que se respete la imagen del **de cuius**.
- g) **Indisponible**, lo que se traduce que es un derecho intransmisible e inembargable.

2.6 REGULACIÓN EXISTENTE EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR Y SU REGLAMENTO, CON RELACIÓN AL DERECHO A LA IMAGEN

2.6.1 LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Dentro de la Ley Federal del Derecho de Autor los artículos 86 y 87 son fundamentales en lo que se refiere a la protección del derecho sobre la imagen, tal y como a continuación se indica:

Artículo 86.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.¹⁶

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 quién, 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 periodísticos.

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

¹⁶ Los subrayados son énfasis añadidos a efecto de resaltar las partes donde exista una regulación aplicable al derecho a la imagen y, por ello, no pertenecen a la cita.

Como se podrá observar, ambos artículos contienen regulan y establecen limitaciones con relación al derecho de la imagen; es decir cuando la imagen ha sido fijada en un medio material tan utilizado por el hombre como lo es el retrato o fotografía.

Como primer elemento que resalta de los preceptos legales citados, lo constituye el del consentimiento, de tal forma que la imagen de una persona sólo puede ser utilizada en tanto ésta otorgue su consentimiento expreso o reciba una remuneración, en cuyo caso el consentimiento se tendrá por dado, es decir, se tendrá por otorgado tácitamente. De lo anterior, es importante destacar que el consentimiento no debe entenderse como absoluto, pues, el hecho de que una persona lucre con su imagen y le otorgue a un tercero la posibilidad de explotarla, no quiere decir que se desprende de la misma, así como del derecho que sobre ella tiene. Existe, pues la posibilidad de una revocación en cualquier momento.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 87 atenta sobre las características de los derechos de la personalidad, ya que establece que únicamente se puede revocar el derecho que se otorgue a terceros para la utilización de la imagen cuando la misma "no sea utilizada en los términos y fines pactados", esto quiere decir que una persona no tendrá derecho de hacer la revocación simple y sencillamente porque ya no desea que su imagen sea utilizada. Lo anterior, es contraria a la naturaleza del derecho a la imagen, puesto que el hecho de que reciba una remuneración y por lo tanto, se entienda que ha otorgado su consentimiento tácitamente, no quiere decir que pierde el derecho que tiene sobre su propia imagen, así como a disponer de ella.

Bajos estas circunstancias, la persona titular del derecho a la imagen **puede revocar en todo momento** la autorización para que ésta sea explotada,

utilizada o no en la forma pactada. La diferencia, en todo caso, sería que si la fotografía es utilizada en los términos y fines pactados, y el titular quiere revocar el consentimiento que dio, entonces el tercero tendrá el derecho de pedir el pago de daños y perjuicios, pues a éste tampoco se le puede dejar en estado de indefensión, en tanto que en el caso de que la imagen no se utilice para los fines pactados también podrá realizarse en todo momento la revocación, con la salvedad de que en este supuesto el titular de la imagen no generaría responsabilidad civil alguna.

Por otro lado, en el tercer párrafo, existe una excepción a la regla general del consentimiento, en la cual se establece que no es necesario el mismo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos. Como se podrá observar, esta excepción resulta deficiente desde un primer punto de vista, puesto que en ocasiones, en sentido contrario, este tipo de disposiciones han dado como resultado un empleo indiscriminado de la imagen escudándose en el uso con fines informativos o periodísticos. Resulta claro que si una persona que se encuentra en un estadio, parque o cualquier lugar público en compañía de más personas es fotografiada incidentalmente por encontrarse arriba, abajo o al lado de algún personaje famoso o, simplemente, porque resulte de ser una fotografía o una toma de televisión para dar cuenta de un evento, no es posible pensar que se viola su derecho a la imagen y que tendría la posibilidad de exigir el pago de daños y perjuicios, o que es víctima de un daño moral, ya que esto resultaría un criterio que dejaría simplemente al capricho del titular la posibilidad de exigir la protección de su imagen. Sin embargo, desde otra perspectiva esta norma y otras en un sentido similar han sido interpretadas de manera tal que se han convertido en el baluarte para el uso abusivo de la imagen de las personas, resguardándose, en la mayoría de los casos, en un supuesto fin puramente periodístico e

informativo. Así pues, debemos entender claramente que la imagen de una persona puede ser captada cuando se encuentra en lugares públicos y con fines periodísticos, es decir, ambos requisitos son indispensables y no son excluyentes el uno del otro. De esta forma, si una persona es tomada en un momento que recaiga en la vida privada, está siendo violado su derecho a la imagen, no importando que se esgriman fines periodísticos, pues éstos no pueden anteponerse al derecho de la persona sobre su imagen y sobre su privacidad. De manera inversa, si una persona es captada en un lugar público y con fines periodísticos no existe violación al derecho sobre la propia imagen, como ya se ha apuntado.

Existen, entonces, situaciones en las que si la persona es parte de un grupo y se encuentra en lugar público no se puede pensar que se está afectando su derecho a la imagen, ya que entonces se estaría otorgando a este derecho un valor absoluto que tampoco debe tener, pues se caería en una situación extrema, y por lo tanto, la posición en la que la persona puede incluso romper la cámara fotográfica cuando simplemente no desee ser fotografiada, resulta excesiva y únicamente ligada al temperamento y arbitrio de las personas.

En conclusión, este artículo tiene dos requisitos indispensables para que pudiera alegarse una violación al derecho a la imagen, que la persona se encuentre en un lugar público y que existan fines informativos o periodísticos. Si existe únicamente alguno de los dos se estaría dando un valor absoluto a uno u otro derecho (imagen y libertad de expresión) o se estaría dejando de lado uno a favor del otro, ambas situaciones no deseables dentro de un Estado de derecho. Es dable señalar antes de concluir el análisis del citado artículo 87 que la Ley Federal del Derecho de Autor al referirse a los supuestos de excepción en los cuales no se requiere autorización para el uso del retrato de una persona, no define que se entiende y cual es el alcance de "Parte menor de un conjunto", "lugar público" y " fines periodísticos o informativos ".

Existen dentro de la Ley Federal del Derecho de Autor otros artículos que pueden resultar ligados con el derecho a la imagen: 173 fracción III y 188 fracción I, inciso e), mismos que se encuentran incluidos en el Título VIII de los registros de los derechos; Capítulo II de las reservas de derechos al uso exclusivo. Estos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;

Por otro lado, el artículo 188, fracción I, inciso e), establece las excepciones a la reserva de derechos:

Artículo 188.- No son materia de reserva de derechos:

I. Los títulos, los nombres, las denominaciones, las características físicas o psicológicas, o las características de operación que pretendan aplicarse a alguno de los géneros a que se refiere el artículo 173 la presente Ley, cuando:

e) Incluyan el nombre, seudónimo o imagen de alguna persona determinada, sin consentimiento expreso del interesado, o

Antes de continuar, resulta necesario recordar que la reserva de derechos al uso exclusivo, como una figura de protección *sui generis* dentro de nuestro derecho de propiedad intelectual, consiste en la **facultad de usar y explotar en forma exclusiva** títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas **distintivas**, o características de operación originales que se apliquen a: publicaciones periódicas; difusiones periódicas; personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos; personas o grupos dedicadas a actividades artísticas, y promociones publicitarias;

consecuentemente, la misma se distingue de lo que llamamos propiamente derechos de autor, y de los derechos conexos, como ya ha quedado acotado.

Ahora bien, es necesario entrar al análisis de los artículos referentes a la reserva de derechos al uso exclusivo. Tal y como lo establece el artículo 173 fracción III de la LFDA, a través de dicha reserva es posible obtener la facultad de usar y explotar en forma exclusiva, las características físicas y psicológicas *distintivas* de los personajes humanos de caracterización (por ejemplo "Chapulín Colorado", "Cantinflas", "Capulina", "La Chilindrina", "Gordolfo Gelatino", etcétera), o ficticios o simbólicos (por ejemplo, "Maguito Sonic's", "Ronny Ricaleta", "Bart Simpson", etcétera).

Bajo estas circunstancias, resulta importante indicar que el personaje es cada uno de los seres humanos sobrenaturales o simbólicos ideados por el escritor, que toman parte en la acción de una obra literaria. Sin embargo, el personaje humano de caracterización es el ser ficticio ideado para ser representado por un actor o un ser humano de manera general. Pensemos, por ejemplo, en el caso del Chapulín Colorado, es evidente que la reserva de derechos al uso exclusivo se da sobre el personaje con las características físicas, consistentes en que se encuentra vestido de rojo, con antenitas de vinil, con un escudo amarillo en el pecho en forma de corazón, y con las letras "CH" al centro del mismo, y a ciertas características psicológicas como ser susceptible de hacerse pequeño con las llamadas "pastillas de chiquitolina", detectar la presencia del enemigo con sus "antenitas de vinil"; sin embargo, aunque este personaje se encuentre ligado al actor que le da vida, es decir, Roberto Gómez Bolaños, en virtud de que éste aporta sus gestos, sus características físicas, su fuerza de expresión, lo que daría como resultado que no fuera posible pensar en un Chapulín Colorado representado por cualquier otro actor, **resultando evidente que con la reserva de derechos al uso exclusivo sobre el personaje humano de caracterización, no se protege la imagen de Roberto Gómez Bolaños,**

sino al personaje mismo producto del ingenio de determinado sujeto (sea o no la misma persona que lleva a cabo tal caracterización).

Así las cosas, podemos concluir que en el caso de este tipo de reservas de derechos, el derecho se le otorgara tanto al creador de tal personaje humano de caracterización, como también a quien lo configura, por estar tan ligados y de esta manera se establecería una protección a la imagen de las personas por extensión.

En términos del artículo 11, y en consecuencia, el personaje Chapulín Colorado podría ser caracterizado por cualquier otra persona, siempre que su creador lo permita. Por otro lado, si pensamos que la imagen puede ser protegida por extensión cuando se obtiene el certificado de reserva de derechos sobre un personaje humano de caracterización, provocaría situaciones absurdas como el hecho de que la persona Roberto Gómez Bolaños sólo tiene su imagen protegida en tanto encarna al personaje del Chapulín Colorado, y no en cualquier otra caracterización que realice como el Doctor Chapatín o el Chavo de Ocho; o que con cada reserva de derechos a estos personajes la imagen de Gómez Bolaños puede resultar protegida dos, tres o cuatro veces. Ahora bien, si bien es cierto, los personajes humanos de caracterización se encuentran muy ligados a la persona que les da vida, como es el caso del que ya hemos hablado con la unión del Chapulín Colorado y Roberto Gómez Bolaños, o Cantiflas con Mario Moreno, también lo es que si atendemos a lo que busca el derecho de autor y en este caso el derecho conexo, que también de cierta forma implica una creación intelectual, no es dable pretender que con la reserva de derechos se ligue a una persona determinada porque entonces no se estaría protegiendo la creación del personaje con sus características físicas y psicológicas, sino la persona de Roberto Gómez Bolaños, es decir, se desvirtuaría la naturaleza jurídica de la reserva de derechos al uso exclusivo, en la cual se busca

otorgar, en este caso, el uso exclusivo del personaje humano de caracterización, y no una reserva sobre la propia imagen.

En relación con el artículo 173 de la LFDA encontramos el artículo 188 fracción I, inciso e), en el cual se establece que no es materia de reserva de derechos las características físicas o psicológicas cuando éstas incluyan la imagen de una persona determinada sin su consentimiento expreso. Sin embargo, la disposición legal contenida en este artículo debe ser entendida en tanto estas características se apliquen a personajes ficticios o simbólicos, pues como hemos establecido en el caso de los personajes humanos de caracterización, no es posible pretender la reserva de la imagen de la persona que encarna al personaje. En este sentido, un personaje ficticio o simbólico (por ejemplo un muñeco de peluche que represente a una determinada persona) podrá tener las características reales de una persona, siempre y cuando ésta acceda a otorgárselas y se reúnan los requisitos legales solicitados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Por otra parte, en el artículo 188 de la citada Ley, tenemos una incipiente regulación de los derechos sobre la propia imagen, ya que otorga la posibilidad de otorgar o no el consentimiento para que sus características físicas sean reservadas y en consecuencia explotadas; no obstante, el problema para quien pretenda obtener la reserva de derechos, es cuando no obtenga el consentimiento del titular de hacer uso de sus características físicas, será únicamente el no obtener la referida reserva de derechos. Sin embargo, no existe disposición para evitar que la imagen sea explotada o resulte protegida de manera más efectiva cuando se encuentre con este tipo de cuestiones, lo que puede dar lugar a que se utilice su imagen en personajes ficticios o simbólicos sin su autorización, y aunque el Instituto Nacional del Derecho de Autor no haya otorgado la correspondiente reserva de derechos.

No obstante lo anterior, la reserva de derechos tampoco resultaría ser un método infalible para la protección del derecho a la imagen, puesto que las reservas de derechos en general, y en este caso particular sobre personajes humanos de caracterización, simbólicos o ficticios, tienen una cierta vigencia (aunque susceptible de ser renovada por el uso), lo que dificulta su protección, según lo establece el artículo 190 de la LFDA.

"Artículo 190. La vigencia del certificado de la reserva de derechos será de cinco años contados a partir de la fecha de su expedición cuando se otorgue a:

I. Nombres y características físicas y psicológicas distintivas de personajes, tanto humanos de caracterización como ficticios o simbólicos."

Asimismo, el citado artículo 188 regula la posibilidad de que una persona pueda registrar su imagen como reserva de derechos, protegiendo la misma al requerirse el consentimiento de esta para su registro, así como concediéndole el derecho exclusivo para su explotación comercial, pudiendo constituir una violación al derecho en el caso de su utilización sin el debido consentimiento.

Por otro lado, encontramos artículos que establecen las sanciones al uso de la imagen de una persona sin su consentimiento. Así el artículo 231 fracción II de la LFDA establece lo siguiente:

"Artículo 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes."

Podemos decir que este artículo resulta ser uno de los más importantes en lo que a materia de derecho a la imagen se refiere, ya que prevé una sanción por la explotación de la imagen de cualquier persona sin su autorización y con una finalidad lucrativa, no importando la situación específica en que la

misma se verifique, como puede ser el caso que ya señalamos en materia de reserva de derechos. Así, podemos deducir que cualquier medio de explotación *grosso modo* estaría regulado dentro del artículo 231, y no únicamente aquellos que tengan una norma expresa como es el caso de la fotografía; y, por lo tanto, televisión, medios electrónicos y cualquier otro en el que la imagen de las personas pueda resultar plasmada estarían obligados a respetar el derecho que nos ocupa.

Cabe mencionar, que en el propio artículo 231 de la LFDA, en sus fracciones VII y VIII, se establecen como infracciones en materia de comercio el uso de reservas de derechos al uso exclusivo.

Por otro lado, el artículo 232 fracción II establece la multa derivada de la sanción por la comisión de la infracción en materia de comercio:

"Artículo 232. Las infracciones en materia de comercio previstos en la presente Ley serán sancionadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa:

II. De mil hasta cinco mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones II y VI del artículo anterior."

Ahora bien, en dichos artículos encontramos la sanción para quien haga uso de la imagen de una persona sin su consentimiento, y sin seguir las reglas establecidas por la LFDA, no obstante, la sanción que se impone es una infracción de carácter administrativo, siendo el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial la autoridad competente para conocer sobre las infracciones en materia de comercio, de conformidad con los artículos 232 y 234 del citado ordenamiento legal, como más adelante se analizará.

2.6.2 REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Dentro del RLFDA encontramos algunas disposiciones que ayudan a la mejor interpretación de los artículos de la LFDA relativos a las sanciones a quienes utilicen la imagen de una persona sin su consentimiento, o la de sus causahabientes. Al respecto, constituye un elemento común para la actualización de cualquier infracción en materia de comercio prevista en el artículo 231 de la Ley Federal del Derecho de Autor, el hecho de que la conducta analizada se haya realizado con un fin de lucro, definiendo el artículo 11 del Reglamento de la citada Ley que se entiende por lucro directo e indirecto, tal y como a continuación se indica:

“Artículo 11. Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo.

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios que se trate.

No será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.”

Del precepto antes transcrito, se desprende que en relación con la imagen de una persona, no basta para que constituya infracción en materia de comercio, que la misma se haya utilizado sin la autorización de dicha persona o la de sus causahabientes, sino que además se requiere haberse realizado con una finalidad lucrativa en los términos indicados.

Por otro lado, en lo referente a las reservas de derechos en el RLFDA, observamos lo establecido en los siguientes artículos:

"Artículo 71. Para los efectos del artículo 173, fracción III, de la Ley, no son objeto de reserva las características físicas y psicológicas reales de una persona determinada."

"Artículo 73. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 188, fracción I, inciso e), de la Ley, será necesario el consentimiento expreso del interesado, cuando la solicitud correspondiente comprenda, conjunta o aisladamente, la reproducción del rostro de una persona determinada, su expresión corporal, facciones o rasgos generales, de tal manera que se pueda apreciar que se trata de la misma persona, aun cuando su rostro, expresión, facciones o rasgos generales fueran modificados o deformadas y su nombre sustituido por uno ficticio."

"Artículo 74. Para efectos de la fracción II del artículo 231 de la ley, no constituirá infracción en materia de comercio la utilización de la imagen de una persona sin la autorización correspondiente, cuando se realice con fines informativos o periodísticos o en ejercicio del derecho de libertad de expresión."

Merece especial atención el artículo 74 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, pues establece un caso de excepción a la infracción en materia de comercio cuando se utiliza la imagen de una persona con fines informativos, periodísticos o en ejercicio de la garantía de libertad de expresión. Dicho artículo, así como la concepción de la libertad de expresión y de los fines informativos puros y sanos, son los que en diversos casos lleva a la violación del derecho a la imagen sin que exista la posibilidad de protegerla debidamente.

De esta forma, sería benéfico retomar la redacción del artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor en donde se admite la utilización de la imagen de una persona sin que medie su consentimiento expreso cuando se encuentre en un lugar público y la toma sea con fines periodísticos o de información. Es necesario, pues, delimitar de manera clara hasta dónde llega el límite periodístico que debe protegerse y hasta dónde constituye un límite

la vida privada de las personas, así como su imagen, misma que no debe ser violada en aras de fin periodístico o informativo alguno.

Por otro lado, es importante destacar el artículo 71 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor en correlación con las disposiciones referentes a la reserva de derechos que se encuentran dentro de la Ley Federal del Derecho de Autor, en especial cuando se trata de personajes humanos de caracterización; no son objeto de reserva las características físicas y psicológicas reales de una persona determinada. Sin embargo, la redacción de este artículo se encuentra en oposición a las disposiciones que establece la Ley Federal del Derecho de Autor. Tenemos, en primer lugar, que en el artículo 188 se establece que no es posible obtener la reserva de derechos sobre todos los géneros a que se refiere el artículo 173 (en el cual están comprendidos tanto los personajes humanos de caracterización, como los ficticios o simbólicos) cuando incluyan la imagen de una persona que no haya otorgado su consentimiento, de lo cual podríamos desprender que si tal consentimiento se otorga entonces sí podrá obtenerse la reserva; y, en segundo lugar, en la fracción I, inciso e) del mismo artículo de la Ley Federal del Derecho de Autor se establece que no es materia de reserva de derechos las características físicas o psicológicas de una persona cuando no lo consienta expresamente lo que por lógica nos lleva a concluir que si se da el consentimiento de la persona entonces sí da lugar a la reserva de derechos. Entonces, la interpretación correcta de esta prohibición sería que, en tanto no exista consentimiento expreso de la persona, no se puede dar la reserva de derechos, pero si media el consentimiento, sí es posible otorgar la misma. Ahora bien, es importante tener en cuenta que la imagen de una persona puede ser objeto de reserva de derechos en tanto se encuentre ligada a un personaje ficticio o simbólico, pues en relación con el personaje humano de caracterización, no es posible hacer una reserva de derechos pues se desvirtuaría esta figura.

Por lo que se concluye, que no es posible proteger la imagen de una persona a través de una reserva de derechos al uso exclusivo otorgada a un personaje humano de caracterización, toda vez que la naturaleza de la misma es proteger las características físicas o psicológicas de tal personaje, pero no de la persona que le da vida al mismo.

Asimismo, como se observa en dichos artículos el consentimiento expreso de la persona es un requisito *sine qua non* para que se pueda dar la explotación de la imagen de las personas; inclusive llega a tales alcances la protección, que no únicamente se protege la totalidad de la imagen sino también los rasgos, facciones, etc., siempre que se pueda llegar a identificar a la persona con uno solo de ellos, lo que resulta benéfico en materia de imagen, pues entonces no da lugar a usos abusivos de un tercero si pretende explotar las características de una persona sin su autorización, pretendiendo que las mismas no pertenecen al sujeto titular de la imagen por ser utilizados de manera parcial.

Finalmente, del citado artículo 73 se desprende en su redacción al referirse a la reserva de derechos de la imagen de una persona, un concepto como tal sin que expresamente así lo señale, englobando el rostro de una persona determinada, su expresión corporal, facciones o rasgos generales, que permitan apreciar que se trata de la misma persona aún cuando su rostro, expresión, facciones o rasgos fueran modificados o deformados y su nombre sustituido por uno ficticio.

2.7 DISTINCIÓN ENTRE LA IMAGEN, EL DERECHO A LA IMAGEN, EL RETRATO, LA OBRA FOTOGRÁFICA, Y LA RESERVA DE DERECHOS AL USO EXCLUSIVO

Como ya ha quedado manifestado, la *imagen* equivale a la fijación, representación gráfica o reproducción de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, la cual debe ser visible y reconocible, incluso cuando la semejanza no sea perfecta o idéntica.

Por otro lado, el *derecho a la imagen* es aquel derecho que tiene una persona sobre un atributo de su propia identidad física, es decir, la imagen, sobre su propia representación externa, y que implica la facultad exclusiva del interesado de difundir su imagen, publicarla o evitar su reproducción, así como controlar el uso comercial de la propia identidad física y obtener provecho de los valores publicitarios que el titular ha creado y obtenido sobre su imagen.

Bajo estas circunstancias, el derecho a la imagen presenta dos aspectos: Primero, el **negativo** consiste en la obligación *erga omnes* de no atentar contra este derecho, de respetar la intimidad de la persona y de no utilizarla con fines que, de alguna u otra manera, afecten el honor o su *vida privada*; segundo, el **positivo** consiste en la posibilidad que tiene cualquier sujeto de reproducir, exponer, publicar e incluso comercializar con su propia imagen cuando así lo desee. La finalidad de proteger este derecho es, por un lado, garantizar al individuo la protección de sus sentimientos, así como la esfera de privacidad dividida en dos campos, el de su vida familiar, ámbito de amistad y, en general, cualquier relación interpersonal; y otra personal que es su propio y particular aspecto físico en donde se incluyen su voz y la imagen

de manera individual, así como la posibilidad que el individuo tiene de elegir si quiere o no comercializar o publicar su propia imagen.

Con relación al retrato, Chang Santos¹⁷ indica que "la legislación Americana, en el CORPUS JURIS, dispone en lo que al tema atañe lo siguiente: 'RETRATO, una palabra derivada originalmente del latín, que significa una pintura, la cual ha sido copiada de la vida como semejanza fiel, u ofrecimiento de la persona o personas del tema de la pintura, o una réplica o copia de tal grabado'.

Los Americanos han legislado el derecho al retrato, en verdad lo que cambia es la simple terminología. La mayoría de los autores hasta aquí mencionados conocen y estudian este derecho con el nombre de DERECHO A LA IMAGEN, en realidad derecho a la imagen y derecho al retrato, es lo mismo."

Sin embargo, no comparto dicha opinión, por lo que desde mi punto de vista, el retrato es no es otra cosa, sino la simple fijación de la imagen en un medio material, tangible y visible.

De hecho, la Ley Federal sobre Derechos de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948, en su artículo 25 establecía lo siguiente:

"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 ellos 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".

¹⁷ CHANG SANTOS, Ricardo. Op. Cit. p. 80.

Sirviendo de apoyo a lo anterior, el siguiente y único criterio jurisprudencial, en el cual se indica que **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**, tal y como a continuación observa:

RETRATOS, PUBLICACION DELICTUOSA DE (LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR).

El artículo 25 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 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 aquél, 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 si no se publicó 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 vaciada en yeso de la cara del cadáver de esa persona, misma 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. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 8 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Edmundo Elorduy.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo CXIX. Tesis: Página: 212. Tesis Aislada.

Finalmente, Delia Lipszyc¹⁸ indica que según el principio establecido en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen.

"Durante mucho tiempo se discutió sobre la condición de la fotografía. Muchos entendían que era la resultante de un proceso mecánico que realizaba la cámara fotográfica y resistían su reconocimiento como obra y la consiguiente protección por el derecho de autor. Pero, por fin, se advirtió que la fotografía es arte."¹⁹

Por lo cual, debemos entender que sólo las fotografías que presentan **originalidad** en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento de la imagen, sin duda alguna, son acreedoras, al igual que en las obras artísticas, a la protección como derecho de autor, en virtud de que como ya se indicó, la **obra** es la expresión personal de la inteligencia que

¹⁸ LIPSZYC, Delia. Op. Cit. p. 83.

¹⁹ Ibidem. p. 84.

desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, que tiene originalidad, y que es apta para ser difundida y reproducida.

A saber el artículo 1° de la Ley Federal del Derecho de Autor, si bien protege los derechos de los autores, de los artistas interpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones: también esta protección se engloba a otros derechos de propiedad intelectual.

En este orden de ideas, el derecho a la imagen como derecho de propiedad intelectual, su atipicidad radica en que es un atributo consustancial e inherente a la persona en sí, en el sentido, de que no se concibe que la imagen sea una característica ajena a toda persona, sino por el contrario, se traduce en un vínculo entre estos elementos.

A mayor abundamiento, la imagen de cualquier persona, hace referencia al conjunto de rasgos y manifestaciones que la distinguen como tal y la diferencia del resto de las demás, independientemente de que esta pueda ser reproducida en diversos medios materiales. La utilización de la misma de conformidad con el artículo 73 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, puede comprender la reproducción de su rostro, su reproducción corporal, facciones o rasgos generales, en el sentido de que no se requiere la concurrencia de todas estas formas de reproducción sino como resultado de esta acción se logre apreciar que se trata de la misma persona, incluso aún

en los supuestos que estos fueran deformados, modificados o sustituidos por uno ficticio.

Además de la tutela que ofrece la Ley Federal del Derecho de Autor, en el artículo 231 fracción II, la expresión "imagen de una persona", se hace referencia en el capítulo de reservas de derechos al uso exclusivo, en el sentido de que ser susceptible de protección la facultad de usarse y explotarse en forma exclusiva, siempre y cuando se cumpla con el requisito de haberse emitido el consentimiento expreso del interesado, aspecto este que se complementa con lo ya manifestado en el artículo 73 del reglamento de la Ley antes citada.

A fin de completar lo anteriormente señalado, cabe apuntar que el derecho a la imagen de la persona, esta sustentado en la protección jurídica que otorga la multicitada ley en los dispositivos legales antes enunciados así como, en su artículo 87 al referirse de una persona como forma de fijación material y medio de su comercialización de esta.

Por último, respecto de la reserva de derechos al uso exclusivo y específicamente la referida al género de personajes humanos de caracterización, ficticios o simbólicos, tal y como ya se indicó en el apartado anterior del presente trabajo, de conformidad con el artículo 173 fracción III de la LFDA, la misma consiste en la **facultad de usar y explotar en forma exclusiva** características físicas y psicológicas **distintivas**, aplicadas a personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos.

El personaje humano de caracterización es el ser ficticio ideado para ser representado por un actor o un ser humano de manera general, y del cual **no se protege la imagen**, sino al personaje mismo producto del ingenio de determinado sujeto (sea o no la misma persona que lleva a cabo tal caracterización).

Sin embargo, es evidente que la LFDA no tiene como objetivo proteger la imagen de las personas en los casos de los personajes humanos de caracterización ya que si bien es cierto se encuentran muy ligados a la persona que les da vida, también lo es que, si atendemos a lo que busca el derecho de autor y los derechos conexos, no es dable pretender que con la reserva de derechos se ligue a una persona determinada porque entonces no se estaría protegiendo la creación del personaje con sus características físicas y psicológicas, sino la persona que la caracteriza, es decir, se desvirtuaría la naturaleza jurídica de la reserva de derechos al uso exclusivo, en la cual se busca otorgar, en este caso, el uso exclusivo del personaje humano de caracterización, y no una reserva sobre la propia imagen.

Igualmente, de conformidad con la citada Ley, las personas tienen la posibilidad de otorgar o no el consentimiento para que sus características físicas sean objeto de una reserva de derechos al uso exclusivo y en consecuencia explotadas. Sin embargo, existe la incongruencia legal prevista en el artículo 71 del RLFDA, que establece que no serán objeto de reserva las características físicas y psicológicas reales de una persona determinada.

2.8 LA UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN COMO INFRACCIÓN EN MATERIA DE COMERCIO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 231 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

El autor Loredó Hill indica que la palabra infracción, proviene del latín *infractio*, y debe entenderse como la transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado.²⁰

De lo que resulta necesario indicar que la LFDA, bajo el rubro de procedimientos administrativos encuadra las infracciones en materia de derechos de autor (artículo 229) y las infracciones en materia de comercio (artículo 231).

En el Dictamen de la Comisión de Cultura de la H. Cámara de Diputados a la LFDA²¹, se señala lo siguiente:

“El Título XI denominado “De los Procedimientos Administrativos”, está integrado por tres capítulos: De las Infracciones en Materia de Derechos de Autor”, “De las Infracciones en Materia de Comercio” y “De la Impugnación Administrativa”.

Esta iniciativa pretende establecer la distinción entre el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza administrativa en relación con los derechos autorales y la violación de dichos derechos en su concreción patrimonial en el campo de la industria y el comercio. En este sentido se distingue entre infracciones en materia de derechos de autor, que son aquellas que se presentan estrictamente como atentatorias de la regulación administrativa de los derechos autorales, y las infracciones en materia de comercio, que son aquellas que se presentan cuando existe violación de derechos a escala comercial o industrial, con fines de beneficio económico y que afectan principalmente derechos patrimoniales, los que por su propia naturaleza requieren de un tratamiento altamente especializado y un mecanismo expedito.

²⁰ LOREDO HILL, Adolfo. Nuevo Derecho Autoral Mexicano. 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 185 p.

²¹ Citado por SERRANO MIGALLÓN, Fernando, en su obra Nueva Ley Federal del Derecho de Autor, 1ª. Porrúa, México, 1998, p. 310.

Las primeras dado su carácter eminentemente administrativo, serán conocidas por el Instituto nacional del Derecho de Autor, como autoridad administrativa responsable de la aplicación de la Ley; las últimas lo serán por el Instituto Mexicano de la Propiedad industrial, en los términos previstos en la Ley de la Propiedad Industrial, ya que, en virtud de su carácter eminentemente mercantil, se consideró adecuado dar intervención a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a través del Instituto Nacional de la Propiedad industrial para la sanción de este tipo de faltas, la que, por otra parte, cuenta con los elementos técnicos suficientes para este fin, disminuyendo los costos administrativos y de adiestramiento que son inherentes a una modificación de esta naturaleza."

Las infracciones en materia de comercio están contempladas en el Capítulo II del Título XII de la LFDA, bajo esa misma denominación, de esta forma, el artículo 231 establece un listado de conductas sancionables; los artículos 232 y 233 se refieren a las sanciones y sus reglas de aplicación, y los artículos 234, 235 y 236, constituyen, en conjunto con el artículo 6º de la LPI, así como los Títulos Sexto y Séptimo de la misma, el fundamento jurídico de las atribuciones del IMPI, en la aplicación de las infracciones en materia de comercio.

Así las cosas, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial fue elegido como autoridad ejecutora y sancionadora, al conferirse en ésta la atribución de aplicar el artículo 231 y subsiguientes de la LFDA, al amparo del procedimiento contemplado en la LPI.

Para mejor proveer, se transcribe a continuación el artículo 231, fracción II de la LFDA.

"Artículo 231.- Constituyen infracciones en materia de comercio, las siguientes conductas, cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes, cuando sea realizada con fines de lucro directo o indirecto."

Ahora bien, para que se configure dicho supuesto legal es necesario que se den los siguientes supuestos legales:

- a) Que exista la imagen de una persona;
- b) Que la imagen de dicha persona sea utilizada sin su autorización o la de sus causahabientes; y
- c) Que la conducta antes citada, sea realizada con fines de lucro directo o indirecto.

Bajo estas circunstancias, la infracción en materia de comercio por el uso sin consentimiento y con fines de lucro directo o indirecto de la imagen de una persona, en específico la fracción II del artículo 231 de la LFDA, constituye un intento de darle una cierta protección al derecho a la imagen de las personas; sin embargo, al ser una multa, no constituye una forma de reparación del daño, ya que su objetivo no es tal, por lo que el afectado tendrá que acudir a los tribunales civiles a exigir el pago de daños y perjuicios.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS COMPARADO DEL DERECHO A LA IMAGEN

3.1 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ARGENTINA¹

Dentro de la legislación argentina, la regulación que se establece con relación al derecho a la imagen, es a través de la Ley de la Propiedad Intelectual, que le otorga una escasa regulación y limitándola únicamente al retrato fotográfico. Así, en el artículo 31 de la mencionada ley se establece lo siguiente:

"Artículo 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 cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre.

Faltando esto, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o hechos o acontecimientos del interés público o que se hubieren desarrollado en público".

En dicha legislación, se pretende establecer la posibilidad de que no proceda el reclamo del afectado o de quien legítimamente pueda hacerlo cuando se trata de causas de interés público como la científica o la cultural; sin embargo, en esta ley argentina no aparece como límite el decoro y la buena fama como aparece en el Código peruano que más adelante analizaremos, lo que deja totalmente al margen el aspecto moral y afectivo del derecho sobre la propia imagen.

¹ Las citas de las siguientes legislaciones dentro del presente capítulo corresponden a la página de internet www.juridicas.unam.mx

3.2 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

Dentro de la Constitución Española del 31 de octubre de 1978, sección primera intitulada "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", en su artículo 18 apartado 1 se observa como el derecho a la imagen está planteado y protegido como garantía individual: Así este artículo establece lo siguiente:

"Artículo 18. Apartado 1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
Apartado 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Además, dentro de las garantías de libertad de expresión, se establecen límites a partir de los derechos de la personalidad, tal y como a continuación se observa:

"Artículo 20. Las libertades de expresión y pensamientos
Apartado 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, intimidad a la propia imagen y a la protección a la juventud e infancia".

Como se observa el derecho a la imagen es reconocido y aun elevado a uno de los derechos más importantes para el desarrollo del individuo.

Desde el punto de vista constitucional es un Derecho fundamental, como ya se mencionó; sin embargo, desde la perspectiva del derecho civil, según la

exposición de motivos de la Ley de 5 de mayo de 1982 (párrafo 5) es un derecho de la personalidad.

El artículo 18, apartado 1 de la Constitución ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, cuyo artículo 1 se refiere claramente a esta consideración y protección por el Derecho Civil de tales derechos que son provistos como fundamentales por la Constitución, dice textualmente: *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 establecido en la presente Ley Orgánica.*

La Ley Orgánica 1/1982 del 14 de mayo, en su artículo 7, tipifica conductas que constituyen intromisiones ilegítimas, como por ejemplo las del párrafo sexto: la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En esta ley se estableció por primera vez en el ordenamiento jurídico español el valor comercial de la imagen.

El Derecho a la propia imagen como una vertiente del Derecho a la intimidad o como Derechos de la Personalidad se encuentra regulado en el artículo 7.5 de la Ley española 1/82 del 14 de mayo. Dicho precepto considera intromisión *"la captación o reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos o lugares de su vida privada o fuera de ellos"*.

"El Derecho a la Imagen como falsa apariencia o *false light* se encuentra regulado en la Ley 1/82 del 14 de mayo en el artículo 7.7 identificándolo con

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

difamación, cuando se utiliza una imagen para promoción publicitaria, y el titular de este Derecho considera que distorsiona la imagen de él ante el público".²

Asimismo, de acuerdo a la jurisprudencia de los Tribunales españoles, en especial en la sentencia del 11 de abril de 1987, *la imagen equivale a la representación gráfica de la figura mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, asimismo establece al Derecho a la imagen como la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su Derecho a evitar su reproducción.* La sentencia del 9 de mayo de 1988 reproduce la misma definición y, además, destaca su aspecto negativo *como Derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto.*

En el artículo 8.2 se establece que 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 su cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta 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 accesoría.

En dicho artículo se pueden apreciar los límites al Derecho a la Imagen, que como ya se mencionó son el Derecho a la libre información tomando en cuenta la calidad del sujeto titular del Derecho a la Imagen: que ejerza un

² DIAZ INFANTE REYES, Adla María. Op. cit. p. 40.

cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, así como también la calidad del acto en donde sea utilizada dicha imagen: acto público o en lugares abiertos al público. Sin embargo, pueden existir casos en que la finalidad informativa sea solamente una excusa para explotar la imagen del titular de ésta. Entonces el uso no es permitido en el caso de que la imagen de la persona no tenga relación con la noticia en sí, en este caso la utilización o es errónea o pretende explotar la imagen utilizada. Por otra parte, puede ser que la información sea real pero irrelevante, y se trate de explotar la imagen para aumentar ventas y no para informar.

En este supuesto hubo una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 29 de marzo de 1986, que era acerca del empleado de una empresa de seguridad que presentó una demanda por utilización de su imagen en una información que decía: "*Sass, pionera de seguridad en Cataluña*". No está justificado la utilización de la imagen de la persona más allá de lo estrictamente necesario para informar al público; de lo contrario se perjudican sus intereses económicos sin justificación. En este sentido, el artículo citado 8.2 no es aplicable en el caso del Derecho a la Imagen como valor comercial, ya que si se publica un información en la que el objetivo primordial es la explotación de la imagen, esta publicación trae consigo el enriquecimiento ilegítimo del que la llevó a cabo, en detrimento del titular del Derecho a la Imagen.

Otra sentencia es la del 2 de diciembre de 1988, en la cual el tribunal Constitucional se ocupó del recurso de amparo interpuesto por los familiares del torero Paquirri en el que reclamaba la vulneración del Derecho a la intimidad y del Derecho a la Imagen del torero por la realización y comercialización de una cinta de vídeo en la que aparecían imágenes de la agonía del torero. Dicha sentencia reconoció la naturaleza patrimonial del Derecho a la Imagen, sin embargo, denegó la indemnización basándose en que no hubo intromisión en la intimidad del torero, ya que la vida y muerte del

torero ya se había dado a conocer, en cambio si se hubiera planteado como utilización de la imagen para un vídeo comercial hubiera probablemente conducido a reconocer el Derecho de la viuda a participar de los beneficios, o incluso a prohibir su difusión”.³

Finalmente, en el artículo 9 se establecen las sanciones en el caso de que se viole el Derecho a la Imagen por cualquiera de estos medios: captación, reproducción o publicación.

3.3 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ITALIA

Dentro del Código Civil de Italia de 1942 en su título I, encontramos un capítulo reservado para la protección, sistematización y reconocimiento de los derechos de la personalidad. Así, su artículo 10 establece lo siguiente:

“Artículo 10. Cuando la imagen de una persona o de sus padres, o del cónyuge o de los hijos menores de edad sea expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o publicidad es consentida por la ley o bien con el perjuicio del decoro o de la reputación de la persona mismas o de dichos parientes, la autoridad judicial, a instancia del interesado podrá disponer que cese el abuso sin el perjuicio del resarcimiento de daños”.

Es clara la intención del legislador italiano por darle una sistematización a los derechos de la personalidad y aun darle un reconocimiento independiente a cada uno como se desprende del artículo citado. Además resulta clara la posición de proteger a la imagen cuando el abuso se proyecte dentro del ámbito pecuniario del patrimonio (resarcimiento de daños), como dentro de moral (o bien con el perjuicio del decoro o de la reputación).

³ Ibidem. p. 42.

En la Ley del 22 de abril de 1941 no. 633 sobre Protección del Derecho de Autor y de otros Derechos relacionados dispone lo siguiente:

"Artículo 96. La fotografía de una persona no puede ser exhibida, reproducida o puesta en el mercado sin su consentimiento, excepto la prohibición del siguiente artículo".

"Artículo 97. El consentimiento de una persona no es necesario cuando la reproducción de su imagen sea justificada por la popularidad o función pública que posea, por la necesidad de justicia y seguridad, por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando la reproducción esté relacionada con hechos, eventos, ceremonias de interés público o se estén llevando a cabo en un lugar público.

El retrato, sin embargo, no puede ser exhibido o puesto en el mercado, cuando la exhibición o puesta en el mercado perjudique el honor, la reputación o aun el decoro de la persona".

Como se puede observar, tanto el Código civil italiano como la Ley de Derechos de Autor regulan el Derecho a la Imagen. El artículo 97 de la Ley antes mencionada establece los límites que el Derecho a la Imagen debe poseer, es decir, en qué casos no es necesario el consentimiento del titular para la reproducción de su imagen. O sea, que la reproducción de la imagen del titular esté justificada por:

1. Su popularidad
2. Su función pública
3. Necesidades de justicia
4. Necesidades de seguridad
5. Fines científicos
6. Fines didácticos
7. Fines culturales
8. Porque esté relacionada con hechos, eventos o ceremonias de interés público, o se estén llevando a cabo en lugar público.

“En 1984 un cantante italiano muy popular, llamado Lucio Dalla, interpuso una demanda en contra de una compañía italiana, Autovox Sea, la cual se dedicaba a la producción de aparatos musicales tales como radios, CDs y estéreos. El actor alegaba que el demandado, en un póster utilizado como anuncio comercial, había utilizado ilícitamente el valor comercial de su identidad usando los dos elementos más distintivos de su personalidad: una capa de lana y unos lentes pequeños y redondos.

El actor alegaba que el uso de esos objetos en particular tenía que ser considerado como una apropiación de su identidad ya que esa imagen ante el público provocaba su inmediata identificación con las producciones del cantante. Además agregó que el anuncio había disminuido su reputación frente al público ya que se puede creer que él patrocinaba a los productos de esa compañía, siendo que nunca había aparecido en comerciales y siempre se había rehusado a hacerlo. El juez de distrito concedió la demanda del actor basándose en tres factores:

1. La fama del cantante en el campo de la música pop.
2. El uso constante de los objetos como una manera de distinguir su personalidad.
3. La gráfica del anuncio.

Después de haber considerado todos los argumentos mencionados, el Juez italiano reconoció, por primera vez en Italia, el Derecho a la protección de la identidad personal aunque esa violación no fuera realizada por el uso del nombre o de la imagen de una persona, sino por el uso sin autorización, con fines comerciales, de elementos que eran definitivamente distintivos de su personalidad, así como que el público era capaz de relacionarlo inmediatamente con las producciones de esa persona en particular.

Esta decisión fue seguida más adelante por otros casos en los que se había confirmado este concepto de Derecho a la Imagen con carácter comercial".⁴

3.4 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

"En las décadas pasadas, en el Derecho estadounidense el derecho al uso comercial de la imagen se había considerado como una categoría del *right of privacy*; éste se refiere al derecho que tiene una persona para evitar la intromisión en su vida privada sin su autorización y sin una causa justificada, la cual pudiera causar daño en sus sentimientos, ocasionándole vergüenza, tensión o humillación. Dean Prosse subdividía a este Derecho en cuatro categorías:

1. Invasión a la privacidad: puede ser una intromisión en cualquier asunto privado de una persona.
2. Divulgación pública de hechos privados que provoquen vergüenza.
3. Mostrar ante el público una falsa apariencia de otra persona.
4. Apropiación de la imagen de otro con propósitos comerciales".⁵

Estas cuatro categorías o tipos de responsabilidad civil (torts) han sido reconocidas por las cortes estadounidenses, y fueron incorporadas en el "Restatement of Torts" de 1977, y en algunos casos también han sido incorporadas a estatutos estatales.⁶

El *right to privacy* protege a los sentimientos de todo individuo contra cualquier injuria, específicamente brinda una causa de acción por la violación al derecho *to be let alone*. Por lo anterior, las Cortes lo habían considerado como un derecho personal, intransmisible e inalienable. La duda de las

⁴ Ibidem. p. 71-73.

⁵ Ibidem. p.75.

⁶ Idem.

Cortes apareció por la característica del *right of privacy* de ser una acción usada para la protección de los sentimientos. Desde que las personas públicas o celebridades iban a la Corte demandando su Derecho a la privacidad, cuando su imagen había sido explotada sin su autorización, las Cortes sintieron que su Derecho a la privacidad no había sido violado ya que las personas públicas al tener este carácter y buscar su imagen comercialmente su Derecho a la privacidad es mínimo. No se estaban violando sus sentimientos, sino se estaba lucrando con la imagen de dicha celebridad sin retribuirle lo que le corresponde. Por ejemplo en **O'Brien vs. Pabst sales Co.**, la Corte se cuestionaba cómo un actor podía invocar el Derecho a la privacidad para evitar que un fabricante de calendarios usara su fotografía en sus productos: La corte concluyó que no existía acto alguno de privacidad porque el actor, que era el jugador de fútbol más popular del año, había renunciado a su Derecho a la privacidad buscando la fama y la notoriedad. Se le permitió al demandado obtener ganancias por las ventas de los calendarios con el nombre y la foto del actor. Al actor se le negó al resarcimiento de daños por la violación a sus sentimientos y además no podía recibir beneficios derivados de la explotación comercial de su imagen en los calendarios.

Entonces muchos juicios se perdían ya que se interponían como violación de un derecho a la privacidad, y en realidad en la mayoría de los casos lo más importante no era el daño a los sentimientos sino el daño económico que sufre la personalidad al haber dejado de recibir ciertas regalías por la explotación de su imagen, o en su caso sufrir un menoscabo en el valor de su imagen si se hace un mal uso de ella, o el uso que el titular no hubiera deseado.

Así las cosas, la Corte declaró que el *publicity right* o derecho comercial de la imagen existe y es transferible, además indican que el *publicity right* no contienen derechos morales, pero que existe otro derecho al que le llaman

false light, que es el derecho que tiene un individuo de evitar que su imagen se asocie ante los demás a ideas o situaciones que considere rebajan el concepto que se tiene de él.

Finalmente, tenemos que el *publicity right* es el derecho de cualquier persona de prevenir que algún individuo use su nombre, imagen o identidad con fines comerciales y sin consentimiento. Entonces, los elementos en los que se compone son los siguientes:

1. El uso de la identidad de una persona.
2. Que la utilización de esa identidad provoque algún beneficio al infractor.
3. Sin el consentimiento del titular.
4. Provocando un daño.

3.5 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN SUIZA

En relación con Suiza la regulación de la imagen se da dentro de su legislación autoral. Así establece reglas al respecto como las siguientes:

“Artículo 29. f. De la imagen encargada de una persona.

Será lícita la reproducción de la imagen de una persona realizada previo encargo de ésta cuando dicha reproducción sea hecha por la persona representada, por su cónyuge, ascendientes o descendientes o por orden de estas personas.

Salvo convenio en contrario, la persona representada podrá autorizar, aun sin el consentimiento del titular del derecho de autor la reproducción de su imagen en libros revistas u otras

publicaciones que no constituyan una edición de ejemplares aislados de la reproducción”.

“Artículo 35. Derecho al respeto de la personalidad con respecto a una imagen encargada.

V. Salvo convenio en contrario, los ejemplares de la imagen de una persona hecha por encargo de ésta no podrán ser puestos en circulación ni entregados a la publicidad sin la autorización de la persona representada. Si la persona representada hubiera fallecido o si no pudiese ser consultada la autorización deberá solicitarse de su cónyuge, de sus hijos, de sus padres o de sus hermanos.

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

3.6 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN PERÚ

La doctrina de Perú ha sido una de las que más se han ocupado de analizar el problema del derecho a la imagen y sus violaciones. Así dentro de su Código Civil de 1984 se establece en el artículo 15, lo siguiente:

“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, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen 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 científico, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

Tal y como se puede observar dentro de este artículo se plantea un derecho a la imagen más sistematizado que en cualquier otra legislación, ya que establece límites más claros y efectivos. Así, cuando la imagen es utilizada con el fin de satisfacer un interés general, la utilización no requiere de autorización. Esto lleva a pensar que la imagen se protege en tanto bien importante para el individuo, pero no se pretende dejar a su capricho las posibles acciones que pudieran derivarse del mismo. Sin embargo, tal y como se desprende del artículo cuando cualquier captación atente contra el honor, la reputación o del decoro entonces goza de una protección más amplia, lo que indica que la legislación peruana sí considera tal vez más importante el aspecto moral del patrimonio que el simplemente pecuniario.

3.7 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN NORUEGA

En lo que respecta a Noruega⁷, la ley relativa a los derechos sobre fotografía (1910), concede dos tipos de derechos bien delimitados. Por un lado, concede a quien hace una fotografía la exclusividad respecto a su uso y explotación, pero por el otro, establece que para llevar a cabo cualquier acto que tenga que ver con la fotografía de una persona es indispensable el consentimiento de aquella.

Como en muchas leyes de la materia existe la posibilidad de que el retrato de las personas sea utilizado sin su consentimiento previo (artículo 7) como, por ejemplo, fotografías en las que aparezca de manera incidental, retratos de interés general o fotografías de procesiones al aire libre.

⁷ Las notas de las leyes de Noruega y Suecia son citadas por FLORES Y FLORES, Armando, Op. Cit. p. 160-164.

En su artículo 10 establece la vigencia del derecho exclusivo, mismo que dura hasta 15 años después del último día del año en que fallezca el propietario original o el último titular sobreviviente si el derecho pertenece a varias personas conjuntamente. Por último, el artículo 11 de esta Ley establece las sanciones por la infracción a cualquiera de las disposiciones contenidas en este ley, las cuales pueden ser multas o indemnizaciones.

3.8 EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN SUECIA

En relación con Suecia en su ley 383 relativa a los derechos sobre fotografías (1920), establece en su artículo 1 el derecho sobre las imágenes obtenidas mediante fotografía u otro procedimiento similar. En esta Ley también se establecen reglas como la duración de los derechos que podrá ser hasta de 15 años posteriores a aquel en que la fotografía haya sido editada por primer vez o aquel en que falleció el titular del derecho (artículo 7); así como que la titularidad del derecho de una fotografía encargada corresponde a quien la encargó (artículo 6).

Así pues, con relación a la regulación en otros países en torno al derecho a la imagen, debemos especial consideración a aquella que ha reconocido al mismo dentro de las garantías individuales, como es el caso de la Constitución de España, en donde es planteado como un derecho fundamental para el desarrollo del individuo, ya sea elevándolo a garantía individual o planteándolo, de manera específica, como un límite a la libertad de expresión y pensamiento. Sin embargo, es necesario que antes de establecer al derecho a la imagen como una garantía individual o como un límite a determinadas garantías, como las de expresión o pensamiento, debe reconocerse y sistematizarse, en primer término, como un derecho de la personalidad, dándole un reconocimiento independiente y claro.

CAPÍTULO CUARTO
EL DERECHO A LA IMAGEN
COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

4.1 PERSONA Y PERSONALIDAD

4.1.1 CONCEPTOS

Desde el surgimiento del derecho, el hombre individual y colectivamente considerado, ha constituido el único sujeto reconocido bajo la denominación de persona jurídica investido de todos sus atributos, aunque no siempre todo hombre fue considerado persona.

En virtud del derecho romano no todo ser humano tenía reconocida la cualidad de persona, toda vez que para tener tal reconocimiento se exigían tres requisitos:¹

- STATUS LIBERTATIS: Ser libres y no esclavos
- STATUS CIVITATIS: Ser ciudadanos y no peregrinos
- STATUS FAMILIAE: Ser jefe de familia y no estar sujeto bajo ninguna potestad.

La pérdida de algunos de los status mencionados ocasionaba como consecuencia una disminución de dicha personalidad (CAPITIS DIMINUTIO). Por lo tanto, el esclavo no se consideraba una persona sino una cosa, un

objeto de derecho sometido a la disposición de aquellos que tenían reconocida la cualidad aludida y que desde el punto de vista de la capacidad se les llamaba Sui-iuris, aunque podían tener ciertas limitaciones para el ejercicio de esta por razones de edad, sexo o enfermedad mental, denominándose Alieni-iuris a los que estaban sometidos a la potestad de otros.

A pesar de que en la actualidad el derecho ha evolucionado como consecuencia del cambio en las relaciones sociales cada vez mas diversas y complejas, el hombre y su conducta sigue siendo el centro principal de la regulación del derecho, bajo una concepción mas amplia y de mayor alcance en la sociedad.

En la doctrina ha sido muy debatido lo relativo al tema de la persona jurídica, aunque en términos generales existe consenso en que la misma es obra del derecho y que su reconocimiento con llevan a afirmar que la misma es titular de derechos y obligaciones.

“El vocablo ‘persona’, en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra ‘hombre’, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo”², dotado de libertad, capaz de realizar una conducta encaminada a determinados fines.

Jurídicamente, la persona se entiende, según lo establece Luis Recaséns Siches como “el sujeto de derecho y deberes jurídicos”.³

¹ MORINEAU IDUARTE, M. E IGLESIAS GONZALEZ, Derecho Romano, Editorial Harla, México, 1993, p. p. 37-53

² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso Parte General Personas Familia, 8 ed., Porrúa México, 1987, p.301

³ Citado por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit., p. 6.

La persona debe entenderse de manera genérica como aquel sujeto independiente (no requiere del otro para poder existir); dotado de racionalidad (aquellos que le permite conocer la realidad que lo circunda), es decir, un sujeto que se autopertenece y dispone de sí, tal y como lo afirmaba Santo Tomás.

En este orden de ideas, la persona tiene como características fundamentales: la **clausura** (la relación consigo mismo), la **libertad** (dominio de su acción) y la **dignidad** (entendiéndose en términos generales como el decoro y el honor de las personas, así como la posibilidad de merecer que éstos sean respetados por cualquier miembro de la sociedad). Este concepto se configuró a través de la evolución del pensamiento antiguo, medieval, moderno y contemporáneo; pasó por Aristóteles, Boecio, Santo Tomás, Descartes, Kant, Marx, etc. y, obviamente, se ha visto influenciado por las concepciones político-sociales, pues sólo era aquello que la colectividad la dejaba ser; sin embargo, la filosofía moderna se ha replanteado nuevamente el concepto de persona basándose en la dignidad, y la importancia de salvaguardarla.⁴

Ahora bien, existen ciertos fines que el hombre no puede realizarlos aisladamente, por tal motivo, combina sus esfuerzos o recursos con otros hombres, para lograrlos. Así, el Derecho ofrece los medios para unificar y coordinar esos esfuerzos, y así atribuye también la calidad de sujeto de relaciones jurídicas a esas colectividades organizadas, denominadas persona moral o persona jurídica.

Por lo anterior, puede afirmarse que la persona jurídica es un sujeto de derechos con la titularidad de ser capaz de tener derechos y contraer

⁴ LARRONDO SCHOELLY, Andrea Lilia. Op. Cit. p.8

obligaciones, es una cualidad que el sistema jurídico reconoce al ser humano y que esta presente hasta su muerte

Por otra parte la doctrina plantea que la personalidad jurídica la otorga el derecho y que su surgimiento es ha partir de ese reconocimiento. Ferrara señala que la personalidad jurídica: "Es una creación de derecho ", por que el producto nace pero nace como un ser biológicamente considerado, quien dice que es persona jurídica es el estado a través de su sistema jurídico, reconociéndole una titularidad que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones y que va permanecer así hasta su muerte.

"La personalidad es una construcción normativa. La persona es el ser humano (con más o menos características según la concepción de cada pensador y de cada época), es decir, no es una noción elaborada por el derecho, en cambio, la personalidad se entiende como una proyección de la propia persona en el Derecho, y por ello es causa y razón de su regulación. La persona es una realidad previa a la norma jurídica, principio y fin del derecho. Para aclarar esto es necesario hacer una distinción. Si partimos de la base de que la persona es el ser humano, es claro que lo que funciona en el Derecho no es la totalidad del hombre, la plenitud de su ser individual, su realidad propia e intransferible, sino tan sólo algunas dimensiones genéricas comunes y, sobre todo, posiblemente objetivadas por el ordenamiento jurídico. Esa objetivación precisamente es la personalidad".⁵

La personalidad se manifiesta por medio de ciertas características: **atributos y derechos de la personalidad** en sí mismos.⁶

⁵ Idem.

⁶ Se puede decir que entre ellos sí existe una distinción, en virtud de que mientras los derechos de la personalidad son intrínsecos al hombre porque guardan una relación más íntima con la independencia derivada de su persona; por otro lado, los atributos de la personalidad son características que se asignan por el Derecho, que pueden ser mudables, por ejemplo, el domicilio o la nacionalidad.

Los derechos de la personalidad se derivan de la propia condición de persona. Bajo estas circunstancias, ha habido confusión respecto de los derechos de la personalidad con los derechos del hombre, garantías individuales y últimamente, con los derechos humanos. La confusión se debe a que los derechos innatos, preexistentes al estado, surgidos a partir de las concepciones *lus naturalistas*, adquirieron, durante el siglo XVIII, matices políticos para ciertas reivindicaciones sociales, y así una noción más pública que privada. No obstante, las garantías individuales son derechos oponibles únicamente al Estado, mientras que los derechos de la personalidad son oponibles a todo tercero, es decir, son *erga omnes*, aunque el Estado tenga el papel de reconocerlos y sancionar sus violaciones. La confusión es válida en tanto que guardan una intrínseca relación y, en el fondo de cada uno de los derechos de la personalidad, como el derecho a la reserva o a la integridad física ya tantos otros, yacen derechos humanos o derechos del hombre como la libertad o la dignidad. Sin embargo, por cuestiones de técnica jurídica la distinción es fundamental en virtud de que, como ya se dijo, pertenecen a ámbitos del derecho distintos, esto es, los derechos humanos o garantías individuales sólo pueden ser violados por el estado a través de las autoridades mientras que los derechos de la personalidad pueden ser violados por cualquier tercero.⁷

Así las cosas, persona es todo individuo humano que por su propia naturaleza y dignidad, 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, y que la persona como individuo o ser humano (así como las

⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 26ª ed., Porrúa, México, 1994, pp. 48-165.

entidades jurídicas por ley reconocidas, denominadas personas morales o jurídicas) capaz de derechos y obligaciones.

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, 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.

Finalmente podemos indicar, que todo ser humano, por su naturaleza racional, tienen deberes y derechos y es una persona. Esto es una realidad incontrastable que existe independientemente del ordenamiento jurídico. El Derecho no crea el sujeto titular de los derechos y las obligaciones, sino que simplemente reconoce lo que 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.

Mientras tanto, 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.

Así las cosas, la personalidad significa que el sujeto puede actuar en el ámbito del Derecho, es la proyección del ser humano en el campo de lo jurídico, a través del cual, las personas físicas y las personas morales, jurídicas o colectivas, pueden actuar en dicho ámbito como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas.

4.1.2 PRINCIPIO Y FIN DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

En términos generales la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, tal y como lo dispone el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal.⁸

El tema en comento ha sido muy debatido en la doctrina, al atribuirle algunos autores, de conformidad con la actual legislación, un alcance mayor a la determinación del momento del nacimiento de la persona jurídica y el momento en que se extingue la personalidad. Siendo que el objeto del presente trabajo está en relación con los derechos de la imagen de una persona, por razones obvias no analizaremos lo relativo a las teorías en relación al concebido, al no ser éste desde mi punto de vista una persona jurídica, con independencia de la protección que le otorga el derecho, así como no estudiaremos aquellas que abordan el problema relativo a la determinación del momento de la muerte de la persona y sus efectos jurídicos, toda vez que la imagen como hemos apuntado anteriormente es inherente a la persona, al ser humano y no a productos biológicos, o

⁸ El Código Civil del Distrito Federal publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000. Asimismo, con esta fecha y con la publicación realizada el 29 de mayo del 2000 en el Diario Oficial de la Federación el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal se dividió en Código Civil para el Distrito Federal y en Código Civil Federal, respectivamente.

cadáveres que tienen otro tratamiento desde el punto de vista jurídico y que profundizar al respecto conllevaría a desvirtuar el tema en estudio.

4.1.3 ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Para algunos autores existe diferencia entre "atributos" y "derechos de la personalidad", como ya se ha mencionado.

"Atributos serían las calidades que corresponden a la persona humana. Mientras que los derechos personalísimos le son inherentes y no pueden serle desconocidos. Unos están legislados, los otros no, porque desconocerlos importaría tanto como negar al hombre."⁹

"La personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que se le son propias, por su misma naturaleza; es decir, la personalidad denota necesariamente dichas cualidades que se denominan atributos de la personalidad".¹⁰

La personalidad de que goza una persona física tiene los siguientes atributos:

- a) El nombre: Designación que permite identificar e individualizar a la persona.
- b) El estado civil: O posición familiar, política, social, etc. que el individuo ocupa en la comunidad.
- c) La capacidad: Aptitud para actuar en el Derecho, ya sea gozando o ejerciendo.
- d) El domicilio: Asiento o lugar en donde se ejercen los derechos y deben cumplir sus obligaciones, y

⁹ CIFUENTES, Santos. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII PENI-PRES, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1991, pp. 223-224.

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 318.

- e) El patrimonio: Conjunto unitario o total de bienes o derechos de contenido económico que pertenecen a una persona.

Si bien es cierto algunos autores han indicado que también el patrimonio es considerado atributo de la personalidad, también lo es que el patrimonio no es sino el conjunto de bienes o derechos de contenido económico que pertenecen a una persona, por lo que lo es que existen personas carentes de bienes o derechos valuables en dinero, sin que por ello sufra mengua alguna su personalidad.

4.1.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Bajo la denominación de "derechos de la personalidad" se viene designando a una serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y del espíritu, que aseguran al individuo el respeto y el desenvolvimiento de su personalidad física y moral. Prescindiendo de algunas discrepancias, se acepta en general que los derechos de la personalidad tienen los siguientes caracteres:¹¹

- 1) Son **derechos absolutos**, derechos de exclusión oponibles *erga omnes*, se trata de un poder que se dirige a todos los miembros de la comunidad jurídica para que se abstengan de toda turbación u ofensa en el goce de los bienes tutelados.
- 2) Son **derechos originarios o innatos** en el sentido de que normalmente se adquieren al nacer la persona humana, sin necesidad

¹¹ GATTI E. Hugo. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII PENI-PRES, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1991 pp. 125-126.

de que concurren determinados medios o requisitos legales de adquisición.

- 3) Son **derechos vitales (*ad vitam*)**, duran tanto como la vida del titular, carácter que deriva directamente del anterior.
- 4) Son **derechos subjetivos privados**, que le corresponden a los individuos como seres humanos para garantizar el goce de su propio físico, moral o espiritual.
- 5) Son **indisponibles** (intransferibles e irrenunciables), **imprescriptibles e inembargables**; caracteres que pueden deducirse del principio que impide la renuncia general de las leyes y del que determina la imprescriptibilidad de las cosas o bienes que no están en el comercio de los hombres.
- 6) Son **derechos personales**, o mejor dicho, extrapatrimoniales, no susceptibles de valoración pecuniaria.

4.2 EL DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO QUE SOBREVIVE A LA PERSONALIDAD

Si bien es cierto que como se afirmó anteriormente con la muerte de la persona jurídica se extingue la personalidad y con la ocurrencia de dicho deceso, la extinción también de sus atributos, también lo es que existen otros derechos que sobreviven o sobre pasan el hecho jurídico acontecido, toda vez que son derechos nacidos con la persona pero susceptibles en su momento de separarse de ésta.

Los derechos de la personalidad, por ser vitalicios, se extinguen con la muerte. Extinguida la personalidad, en efecto, admitir su supervivencia importaría tanto como colocarse en la inadmisibles actitud de reconocer, como lo han llamado algunos autores, "derechos sin titular".¹²

A mayor abundamiento, si el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, como efectivamente lo es, en consecuencia innato de la persona, parece claro que tal prerrogativa cesa con la muerte.

Tal parece que este ha sido el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional español, como ya se mencionó en el capítulo tercero del presente trabajo recepcional, el cual en la sentencia referida a la producción y difusión de una cinta de video de la agonía y fallecimiento de Paquirri, 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 Código Civil., mismo de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente".¹³

No obstante, una conclusión a la que también se arriba en la sentencia indicada es que el derecho a 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

¹² TOBIAS, José W. El fin de la existencia de las personas físicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1988, p. 84.

¹³ DIAZ INFANTE REYES, Adla María. Op. Cit. p. 42.

personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales".¹⁴

Como puede observarse, el primer postulado recogido en los párrafos antes indicados, no puede afirmarse en forma contundente y, de hacerlo, habría que contemplarlo con las salvedades correspondientes; en virtud de que hay casos en los que se presentan violaciones de los derechos en comento después de fallecido su titular.

Para Oliveros Lapuerta,¹⁵ 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 hacia la memoria de los difuntos".

En términos similares concluye Tobias¹⁶ al indicar que "la estrechez de los vínculos familiares y aún 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".

¹⁴ Idem.

¹⁵ 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, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, pp. 21 y 24.

¹⁶ TOBIAS, José W. Op Cit. p. 85.

De las observaciones anteriores, podemos 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 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 éstos últimos.

Tal parece ser el sentido que quieren imprimir los Códigos Civiles de los Estados 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 éstos. 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".¹⁷

La legislación mexicana vigente protege el derecho a la imagen de la persona jurídica no solo en vida sino después de la muerte de esta al concederle los derechos respectivo a los causahabientes de la misma, extendiendo dicha protección al concederle derechos para establecer las demandas pertinentes en los casos que se violen o lesionen los derechos del difunto. En particular la actual Ley Federal del Derecho de Autor, le concede el derecho a los causahabientes de aquella persona que se haya utilizado la imagen de la misma sin su autorización e incluso sin la autorización de dichos causahabientes.

¹⁷ ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio. Op. Cit. p. 103.

4.3 EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO A LA IMAGEN

Analizado en capítulos precedentes la regulaciones actuales en relación a los derechos de la imagen, en particular la Ley Federal del Derecho de Autor, de la cual se desprendió no solo la carencia de algunas disposiciones al respecto, sino la necesidad de incorporar dicha figura jurídica en otro cuerpo legal que corresponda a las regulaciones contenidas en el mismo, resulta importante ofrecer una correcta propuesta sobre el tema que nos ha ocupado a lo largo del presente trabajo

Por un lado, es una realidad que los derechos de la personalidad están reconocidos jurídicamente, pero estos no han sido suficiente para que los mismos cuenten con una adecuada protección, en virtud de que dichos derechos tienen como objeto un adecuado disfrute de los bienes fundamentales de las personas y se basan en la idea, de que el hombre tienen un cuerpo, que se desea salvaguardar su integridad física, y además que desea conocer, en el plano afectivo y moral, la felicidad o al menos vivir en paz y no sufrir atentados contra su libertad, honor o intimidad. Por ello tienen una consideración doble, tanto en el aspecto público, es decir, las sanciones penales o administrativas que se impondrán cuando estos derechos no sean debidamente respetados como desde un ángulo privado en el que se debiera estar perfilado su contenido.¹⁸

Por otro lado, la regulación que se le ha dado al derecho a la imagen hasta el momento sólo ha sido enfocada a uno de los aspectos, es decir, la ley únicamente le ha otorgado una protección en razón del valor comercial que adquiere en tanto pretenda ser utilizada con fines de lucro, como ya hemos señalado, la imagen de las personas no sólo debe ser protegida en razón de

¹⁸ LARRONDO SCHOELLY, Andrea Lilia. Op. cit. p. 30.

que ciertamente a veces adquiere un carácter eminentemente económico, que en principio no posee, sino también en el aspecto moral y afectivo que detenta, es decir, la imagen de las personas puede ser utilizada sin su consentimiento, pero también puede darse el caso de que la imagen de una persona sea captada en un momento de vida privada, en cuyo caso no afecte la cuestión pecuniaria sino el aspecto moral y afectivo de las personas, por lo que al no darle una regulación desde esta perspectiva se deja de lado una cuestión fundamental traducida en la ofensa que puede sufrir la persona en su dignidad, honor o fama.

Con relación a esto, se puede decir que la parte moral del derecho a la imagen tiene, como todos los derechos de la personalidad, su fundamento en la libertad, igualdad y sobre todo en la dignidad entendida como el derecho de las personas, al honor, y respeto que se le debe dar a una persona, aunado a la estimación y la honra. Así la dignidad tiene su finalidad principal en el pleno desarrollo de la persona dentro de la sociedad, protegiendo su dimensión moral e impidiendo su humillación; su destino es procurar la privacidad suficiente para que se mantenga una calidad de vida que permita el desarrollo del hombre.

4.4 EL DERECHO A LA IMAGEN COMO LÍMITE A LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La garantía de libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática. Pero ese derecho constitucional al igual que todos los derechos, no es ilimitado. Esta libertad se encuentra consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 6, que establece lo siguiente:

"Artículo 6. 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 orden público será garantizado por el Estado."

Incluso también el artículo 7º de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el denominado derecho a la información, que a la letra indica lo siguiente:

"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 e 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, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos."

La libertad de expresión es una garantía en cuanto se refiere a la libre manifestación de las ideas, pensamientos y opiniones. La manifestación de las ideas se puede expresar ya sea en la emisión verbal de ideas (pensamientos, opiniones), o a través de la manifestación escrita o por medios no escritos, como lo son las manifestaciones artísticas (escultura, pintura, música, fotografía, etc.), o mediante la difusión de cualquier medio como la televisión, cine, radio. Esta garantía establece una obligación de no hacer a cargo del Estado, es decir, que la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Sin embargo, existen limitaciones en cuanto a que esta manifestación, no debe atacar a la moral, a los derechos de terceros, provocar algún delito, o perturbar el orden público.

El derecho a la imagen puede ser violado por alguno de los medios en que se expresa la manifestación de ideas, como un ataque a derechos de terceros, por eso, el derecho a la imagen debe ser considerado como una limitación a la garantía de la libertad de expresión, en virtud de que en uso de la libre manifestación de ideas existe la posibilidad de que se esté atacando los derechos de terceros que en este caso, sería el titular del derecho a la imagen.

Por otro lado, en dichos artículos se establece el derecho a la información, el cual es una garantía que no se encuentra reglamentada pero en todo estado de derecho debe existir, y se traduce en una obligación de hacer para el Estado de otorgar a la sociedad y a los particulares acceso a la información; lo que se persigue es que reciba información veraz sin limitaciones. Sin embargo, hay quienes indican "que debe prevalecer el derecho a la información al derecho al imagen, ya que este es un derecho primordial par al existencia de una estado de derecho, y la misma constitución no establece límites al respecto"..¹⁹

La libertad de expresión se distingue de la de expresión en razón de que la primera comunica hechos de trascendencia pública, mientras que la segunda abarca además opiniones o juicios de valor.

De hecho, tal y como se indicó en el capítulo anterior del presente trabajo recepcional, el artículo 20, apartado 4 de la Constitución española establece que las libertades de expresión y de información veraz tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título que son los derechos y deberes fundamentales, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor,

¹⁹ DIAZ INFANTE REYES, Adla María. Op. cit. p. 31.

a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Por lo que es dable concluir que, la solución a los conflictos que puedan suscitarse, es el de equilibrar o contrapesar los derechos fundamentales, específicamente los de honor, imagen e intimidad. Es decir, se debe acatar la norma constitucional; traduciéndose en que el límite a la libre información se encuentra en los demás derechos. Debe ponderarse este límite, en el sentido de delimitar muy precisa y correctamente tales derechos para no coartar la libertad de expresión.²⁰

4.5 PROPUESTA DE REFORMA A LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN

Respecto al derecho a la imagen es dable señalar que este derecho de la personalidad ha ganado importancia fundamental por su vinculación con la persona, la personalidad y los derechos que sobreviven a esta, sin embargo, aún se encuentra desprovisto de una regulación efectiva y sistemática para darle su debida protección, concretándose únicamente a unas cuantas normas en diversos cuerpos legales, como la LFDA y su Reglamento Así, recordemos las disposiciones legales que regulan el derecho a la imagen.

En la LFDA, básicamente son los artículos 87 y 231 fracción II, que a continuación se transcriben:

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

²⁰ Ibidem. p. 106.

otorgó quién, 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 periodísticos.

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

"Artículo 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes."

Por otro lado, el artículo 232 fracción II de la LFDA, establece la multa derivada de la sanción por la comisión de la infracción en materia de comercio:

"Artículo 232. Las infracciones en materia de comercio previstos en la presente Ley serán sancionadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa:

II. De mil hasta cinco mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones II y VI del artículo anterior."

Sin embargo, al consistir la sanción a la infracción en materia de comercio prevista en el artículo 231 fracción II de la LFDA, en una multa, ésta no constituye una forma de reparación del daño, ya que su objetivo no es tal, por lo que el afectado tendrá que acudir a los tribunales civiles a exigir el pago de daños y perjuicios.

Mientras que en el Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, la disposición legal es esencialmente la siguiente:

“Artículo 74. Para efectos de la fracción II del artículo 231 de la ley, no constituirá infracción en materia de comercio la utilización de la imagen de una persona sin la autorización correspondiente, cuando se realice con fines informativos o periodísticos o en ejercicio del derecho de libertad de expresión.”

Asimismo, cabe indicar que, dentro del Código Civil no se encuentran disposiciones expresas sobre el derecho a la imagen, así como para ninguno de los llamados derechos de la personalidad. Sin embargo, se pueden localizar algunas normas que hacen referencia al derecho que nos ocupa, así dentro del artículo 1916 del Código Civil Federal, se establecen algunas disposiciones relacionadas con el derecho a la imagen al hablar del daño moral.

El artículo 1916 dispone lo 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 mismos tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva, conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928.

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 tomado 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.

Quando 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".

Este artículo puede ser muy acertado en determinados casos de violación al derecho a la imagen; sin embargo, es insuficiente para una protección completa de este bien jurídico. Un ejemplo de su insuficiencia sería cuando un artista permite la publicación de determinadas fotografías de su persona en alguna revista, y ésta publica unas fotografías distintas a las pactadas. Las fotografías publicadas por sí mismas no causan un daño moral por el simple hecho de publicar dicha imagen, sin embargo, existe un daño moral por el simple derecho de publicar dicha imagen de una manera distinta a la acordada. Además, de que probar la existencia de un daño moral conforme a este artículo, resulta ser muy complicado.

Asimismo, dentro del artículo antes mencionado se establece una regulación incipiente sobre el derecho a la imagen al estar relacionado por extensión con algunos de los conceptos enumerados; por ejemplo, el honor, los afectos, las creencias, la vida privada o los aspectos físicos; no obstante, la protección que establece el artículo en comento se da únicamente cuando dicho derecho sea violado.

En relación con el artículo 1916, que hemos analizado, encontramos el artículo 1916 Bis del mismo Código Civil Federal, el cual nació como consecuencia de la oposición de los medios de comunicación a la creencia de que estableciendo los lineamientos del daño moral se estaría coartando la

libertad de expresión y sobre todo el derecho a la información. Dicho artículo a la letra establece:

"Artículo 1916 Bis. No está 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 6 y 7 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 hubiere causado tal conducta".

Como se podrá observar, lo que el legislador pretendió con el artículo antes indicado fue dejar a salvo el derecho a la información, protegiéndolo y dejándolo aparentemente fuera de la obligación de reparar el daño moral.

"Sin embargo, la interpretación no es necesariamente en este sentido, pues si bien este artículo pone, de cierta forma, a salvo a quien ejerza los derechos de opinión y crítica, también establece que las limitaciones aplicables serán en todo caso las mismas que establece la Constitución, es decir, vida privada, orden público, moral, etc. No obstante lo anterior, los medios de difusión masiva se han excusado una y otra vez en estos lineamientos considerando que se encuentran exentos de la reparación del daño cuando por el ejercicio de su derecho a la información o de sus subclases violen algún derecho de la personalidad, ya que aún admitiendo el interés cultural el mismo no debe prevalecer sobre los derechos de la personalidad, y en particular sobre el derecho a la imagen, toda vez que muchas veces 'la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni

imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural".²¹

Sirven de apoyo a lo anterior, los siguientes criterios jurisprudenciales:

"DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN.

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 respecto 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 respecto 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.

Amparo directo 8339/86. G. A. y Otra. 6 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaría: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Informes. Epoca: Séptima Epoca. Informe 1987, Parte II. Tesis: Página: 271. Tesis Aislada.

DAÑO MORAL, NO SE ESTÁ OBLIGADO A LA REPARACIÓN DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINIÓN, CRÍTICA Y EXPRESIÓN DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se está obligado a la reparación del daño moral, cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del artículo 6o. constitucional.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

²¹ LARRONDO SCHOELLY, Andrea Lilla. Op. Cit. p. 102.

Amparo directo 6316/96. Marcos Sergio Contreras Castilleja. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Álvarez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo IV, Diciembre de 1996. Tesis: I.6o.C.88 C Página: 385. Tesis Aislada.

Así las cosas, con relación al derecho a la imagen debemos tomar en cuenta que este derecho es de carácter fundamental y, que contiene dos aspectos: la facultad exclusiva de su titular de limitar o impedir la obtención o publicación de su imagen, y la facultad exclusiva de decidir cuándo producir o publicar la misma; exceptuando cuando se trate de hechos noticiales y de interés público y con carácter de relevantes.

Como regla general, el derecho a la imagen únicamente puede estar limitado por el propio titular (oponiéndose a ser retratado, fotografiado, etc. o a que determinada imagen sea publicada) o por la propia ley, siempre que la misma establezca claramente cuándo existe un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (por ejemplo actos públicos, hechos noticiales, personajes públicos). Sin embargo, la problemática se presenta partiendo de la base de que los derechos de la personalidad no se encuentran contemplados específicamente, y por lo tanto, los límites son imprecisos, dando como resultado una reproducción indiscriminada de imágenes y un difícil resarcimiento cuanto tal reproducción traiga aparejados daños al titular.

Incluso, tal y como se indicó y como se podrá vislumbrar existe un conflicto legal entre el derecho a la imagen y el derecho a la garantía de libertad de expresión, toda vez que las características, los rasgos de ciertas personas, así como el derecho indiscutible de poder decidir cuándo y cómo quieren que éstos sean plasmados y dados a conocer es un derecho que tiene cualquier individuo y que por tal razón, no puede dejarse de lado cuando se ejerza

supuestamente el derecho a la información; incluso permitiría un ataque a la vida privada de las personas al publicar fotografías o videos, etc. con la imagen de las mismas, sin que medie su previa autorización. Por tal motivo, la libertad de expresión no es de forma alguna absoluta y mucho menos un derecho que debe anteponerse a otros que para el hombre pueden tener la misma importancia.²²

Bajo estas circunstancias, resulta importante adelantar una conclusión en el sentido de que los derechos de la personalidad, en el cual se encuentra comprendido el derecho a la imagen, sean reconocidos de manera expresa y regulados efectivamente para así evitar las intromisiones de terceros, ya sean estos particulares o medios de comunicación, resultando importante que los derechos de la personalidad relacionados con el derecho a la imagen sea incluidos dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en particular dentro de los artículos 6 y 7, actuando como límites al ejercicio de la libertad de expresión.

Aun cuando a lo largo del desarrollo del presente trabajo recepcional se han vertido diversos comentarios con relación al tema central que nos ocupa, resulta importante realizar las propuestas que a continuación se indican.

1.- Los derechos de la personalidad, debido a su naturaleza independiente y autónoma, deben ser regulados y estructurados de manera independiente dentro del Código Civil, ya que resulta inadecuado tratarlos de manera tangencial al hablar de daño moral y en razón de que su vulneración da lugar a una acción de reparación, como sucede en el artículo 1916 del propio Código Civil. En este orden de ideas, el derecho a la imagen debe tener una

²² *Ibidem*. p. 105.

regulación también independiente, no pudiendo homologarse ni supeditarse a otros derechos como la vida privada o el honor.

No es óbice a lo anterior, el hecho de que las disposiciones sobre el derecho a la imagen deben ser específicas, es decir, este derecho no puede regularse por extensión o por la relación que guarde con otros derechos como la intimidad u honor.

2.- Consecuentemente, tomando en consideración que la actual Ley Federal del Derecho de Autor, tiene por objeto regular las obras artísticas y literarias, y no siendo los derechos a la imagen el resultado de una creación intelectual, así como no estando comprendido como otro derecho de propiedad intelectual que regula la citada norma, la protección a los derechos de la personalidad deben ser incluidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro de los artículos 6 y 7 a efecto de que funcionen como una limitante a las garantías consagradas en tales artículos, toda vez que, como ya se estableció, son derechos independientes y autónomos.

3.- Toda vez que como sea expuesto el derecho a la imagen puede ser violentado desde dos puntos de vista: el pecuniario, en el cual se hace uso de la imagen de una persona sin el expreso y previo consentimiento de la misma, impidiendo con ellos que una ganancia lícita ingrese a su patrimonio; o desde el moral, cuando se publicitan imágenes de una persona en momentos en los que se puedan ver vulnerados su honor, o su intimidad, la protección de dichos derechos deberá concederse cuando se afecte tanto el aspecto moral como patrimonial de la persona.

En virtud de lo anterior, el derecho a la imagen, se encuentra desprovisto de una regulación efectiva y sistemática que le confiera su debida protección, concretándose a unas cuantas normas legales, tal y como la Ley Federal del

Derecho de Autor y su Reglamento, las cuales no resultan ser efectivas, en virtud de que no parten de su propia naturaleza, es decir, como derecho de la personalidad.

4.- Derivado de lo anterior, tomando en consideración las opiniones doctrinales expuestas en el presente trabajo, resulta importante que sea reconocido el derecho a la imagen como un derecho de la personalidad y no así este contemplado dentro de los derechos de autor. Resulta innegable que existen violaciones a la imagen por el ejercicio ilimitado e irresponsable de otras garantías, como la de la libertad de expresión. Consecuentemente, lo que debe provocar el legislador es una armónica ponderación de las leyes, en las cuales se estructuren y delimiten los derechos de la personalidad, buscando en todo momento el equilibrio de los derechos fundamentales del ser humano, como lo es el derecho a la imagen.

CONCLUSIONES

1. Los Derechos de Autor son el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación.

Los Derechos de Autor encuentran su fundamento constitucional dentro del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecerse que tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras.

Asimismo, dentro de la legislación mexicana, los Derechos de Autor se encuentran regulados por la Ley Federal del Derecho de Autor, y su Reglamento. Así, en el artículo 11 de la citada Ley se establece que *el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de la propia LFDA, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.*

Ahora bien, es para fines didácticos, que el Derecho de Autor, se divide en:

- 1) *Los Derechos de Autor,*
- 2) *Los Derechos Conexos, y*
- 3) *Las Reservas de Derechos al Uso Exclusivo.*

2. Los Derechos Conexos, Derechos Vecinos o Afines son aquellos derechos que no han encontrado cabida dentro del derecho de autor, y que guardan una estrecha relación o vecindad con el derecho que corresponde a los creadores de obras literarias y artísticas. Se puede decir que se trata de una categoría de derechos que, por sus características especiales son considerados como un derecho nuevo, que nace a partir de los derechos de autor ya existentes.

En México, de conformidad con la Ley Federal del Derecho de Autor, los artistas, intérpretes o ejecutantes, los editores de libros, los productores de fonogramas, los productores de videogramas, los organismos de radiodifusión gozan de este tipo de prerrogativas bajo la denominación de "derechos conexos o vecinos".

3. La Reserva de Derechos al Uso Exclusivo se encuentra establecida en el artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor, y consiste en el derecho exclusivo de *usar y explotar* títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales que se apliquen a: publicaciones periódicas, difusiones periódicas, personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos, personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y promociones publicitarias.

4. La palabra imagen proviene del latín *imago-inis*, que significa figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa, de ahí que debemos 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 cuando la semejanza no sea perfecta o idéntica.

Los componentes de la imagen entre otros, son los rasgos, las características físicas particulares, el nombre y la voz.

5. El Derecho a la Imagen se puede entender como el Derecho que posee todo individuo sobre uno de los atributos de su propia identidad física: la imagen. Este Derecho implica que todo individuo en su ámbito de privacidad tiene la facultad de impedir que se divulgue su imagen sin su consentimiento, así como controlar el uso comercial de la propia identidad física y obtener provecho de los valores publicitarios que el titular ha creado y obtenido sobre su imagen.

La naturaleza jurídica del derecho a la imagen es que se trata de un derecho de la personalidad, aunque algunos autores indiquen que se trata de un derecho *sui generis*.

El Derecho a la Imagen presenta dos aspectos, uno negativo y otro positivo. Primero, el negativo consiste en la obligación *erga omnes* de no atentar contra este derecho, de respetar la intimidad de la persona y de no utilizarla con fines que, de alguna u otra manera, afecten el honor o su vida privada; segundo, el positivo consiste en la posibilidad que tiene cualquier sujeto de reproducir, exponer, publicar e incluso comercializar con su propia imagen cuando así lo desee. La finalidad de proteger este derecho es, por un lado, garantizar al individuo la protección de sus sentimientos, así como la esfera de privacidad dividida en dos campos, el de su vida familiar, ámbito de amistad y, en general, cualquier relación interpersonal; y otra personal que es su propio y particular aspecto físico en donde se incluyen su voz y la imagen de manera individual, así como la posibilidad que el individuo tiene de elegir si quiere o no comercializar o publicar su propia imagen.

El Derecho a la Imagen como parte del Derecho de la Personalidad tiene las siguientes características: se trata de un derecho originario o innato, inalienable, imprescriptible, irrenunciable, constituye un derecho subjetivo, absoluto o de exclusión, intransmisible y no susceptible de disposición por su titular.

6. La regulación existente en nuestra legislación mexicana respecto del derecho a la imagen lo encontramos esencialmente en el artículo 87 de la vigente Ley Federal del Derecho de Autor. Aunque también, existen dentro de la mencionada Legislación y su Reglamento otros artículos que pueden resultar ligados con el derecho a la imagen, como lo son los relacionados con las reservas de derechos al uso exclusivo.

De hecho, se establece la sanción al uso de la imagen de una persona sin su consentimiento, como lo establece el artículo 231 fracción II de la Ley Federal del Derecho de Autor, al indicar que constituye infracción en materia de comercio cuando sea realizada con fines de lucro directo o indirecto, la utilización de la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes; infracción, que en su caso, se sancionará por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa de mil hasta cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Sin embargo, cabe mencionar que de conformidad con el artículo 74 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, para efectos del artículo 231 fracción II de la propia Ley Federal del Derecho de Autor, no constituirá infracción en materia de comercio la utilización de la imagen de una persona

sin la autorización correspondiente cuando se realice con fines informativos o periodísticos o en ejercicio del derecho de libertad de expresión.

7. El retrato es la fijación de la imagen en un medio material, tangible y visible. La fotografía considerada como obra fotográfica, es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen. Por último, la reserva de derechos al uso exclusivo y específicamente la referida al género de personajes humanos de caracterización, ficticios o simbólicos, consiste en la *facultad de usar y explotar en forma exclusiva* características físicas y psicológicas ***distintivas***, aplicadas a personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos. El personaje humano de caracterización es el ser ficticio ideado para ser representado por un actor o un ser humano de manera general, y del cual ***no se protege la imagen***, sino al personaje mismo producto del ingenio de determinado sujeto (sea o no la misma persona que lleva a cabo tal caracterización).

8. La regulación jurídica vinculada con el derecho a la imagen existente en diversos países, tales como Argentina, España, Italia, Estados Unidos de América, Suiza, Perú y Suecia, reflejan en mayor o menor medida el intento de realizar aportaciones a la regulación legal internacional.

9. El vocablo "persona", en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo, dotado de libertad, capaz de realizar una conducta encaminada a determinados fines.

Jurídicamente, la persona se entiende, como el sujeto de derecho y deberes jurídicos.

La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el ámbito del Derecho, es la proyección del ser humano en el campo de lo jurídico, a través del cual, las personas físicas y las personas morales, jurídicas o colectivas, pueden actuar en dicho ámbito como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas.

La personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, tal y como lo dispone el artículo 22 del Código Civil Federal .

10. La personalidad de que goza una persona física tiene los siguientes atributos: nombre, estado civil: capacidad, domicilio; y algunos autores indican que también lo es el patrimonio.

Por otro lado, los derechos de la personalidad tienen las siguientes características: *absolutos, originarios o innatos vitales (ad vitam), derechos subjetivos privados, indisponibles* (intransferibles e irrenunciables), *imprescriptibles e inembargables; personales, o mejor dicho, extrapatrimoniales, no susceptibles de valoración pecuniaria.*

11- Los derechos de la personalidad, debido a su naturaleza independiente y autónoma, deben ser regulados y estructurados de manera independiente dentro del Código Civil, ya que resulta inadecuado tratarlos de manera tangencial al hablar de daño moral y en razón de que su vulneración da lugar a una acción de reparación, como sucede en el artículo 1916 del propio Código Civil Federal. En este orden de ideas, el derecho a la imagen debe tener una regulación también independiente, no pudiendo homologarse ni supeditarse a otros derechos como la vida privada o el honor.

12. El derecho a la imagen puede ser violentado desde dos puntos de vista: el pecuniario, en el cual se hace uso de la imagen de una persona sin el expreso y previo consentimiento de la misma, impidiendo con ellos que una ganancia lícita ingrese a su patrimonio; o desde el moral, cuando se publicitan imágenes de una persona en momentos en los que se puedan ver vulnerados su honor, o su intimidad

En virtud de lo anterior, el derecho a la imagen, se encuentra desprovisto de una regulación efectiva y sistemática que le confiera su debida protección, concretándose a unas cuantas normas legales, tal y como la Ley Federal del Derecho de Autor y su Reglamento, las cuales no resultan ser efectivas, en virtud de que no parten de su propia naturaleza, es decir, como derecho de la personalidad

Motivo por el cual, resulta importante dar una correcta regulación al derecho a la imagen, toda vez que exhibir la imagen ajena suele avasallar la intimidad, y se relaciona en particular con los sentimientos de afección y que importa, a su vez, un ataque al cuerpo puesto que se lo proyecta sin autorización hacia el exterior.

13- El problema tiene hoy absoluta vigencia, debido a los modernos medios de difusión; la propaganda y los innumerables modos de reproducción que es posible usar. La fotografía, el dibujo, la caricatura, la cinematografía, la pintura, la televisión, etc., reproducen la imagen con tal facilidad, que se torna necesario defenderla contra los abusos que puedan frecuentemente ser practicados.

Por otro lado, la regulación que se le ha dado al derecho a la imagen hasta el momento sólo ha sido enfocada a uno de los aspectos, es decir, la ley

únicamente le ha otorgado una protección en razón del valor comercial que adquiere en tanto pretenda ser utilizada con fines de lucro, como ya hemos señalado, la imagen de las personas no sólo debe ser protegida en razón de que ciertamente a veces adquiere un carácter eminentemente económico, que en principio no posee, sino también en el aspecto moral y afectivo que detenta, es decir, la imagen de las personas puede ser utilizada sin su consentimiento, pero también puede darse el caso de que la imagen de una persona sea captada en un momento de vida privada, en cuyo caso no afecte la cuestión pecuniaria sino el aspecto moral y afectivo de las personas, por lo que al no darle una regulación desde esta perspectiva se deja de lado una cuestión fundamental traducida en la ofensa que puede sufrir la persona en su dignidad, honor o fama.

14. El derecho a la imagen como derecho de la personalidad ha ganado importancia fundamental; sin embargo, aún se encuentra desprovisto de una regulación efectiva y sistemática para darle su debida protección, concretándose únicamente a unas cuantas normas en diversos cuerpos normativos, como la Ley Federal del Derecho de Autor y su Reglamento, las cuales ni siquiera parte de su naturaleza jurídica como derecho de la personalidad.

Asimismo, dentro del Código Civil no se encuentran disposiciones legales expresas sobre el derecho a la imagen, así como para ninguno de los llamados derechos de la personalidad. Sin embargo, se pueden localizar algunas normas que hacen referencia al derecho que nos ocupa, así dentro de los artículos 1916 y 1916 Bis se establecen algunas disposiciones relacionadas con el derecho a la imagen al hablar del daño moral.

15. El derecho a la imagen únicamente puede estar limitado por el propio titular (oponiéndose a ser retratado, fotografiado, etc. o a que determinada imagen sea publicada) o por la propia ley, siempre que la misma establezca

claramente cuándo existe un ejercicio legítimo de la libertad de expresión (por ejemplo actos públicos, hechos noticiables, personajes públicos). Sin embargo, la problemática se presenta partiendo de la base de que los derechos de la personalidad no se encuentran contemplados específicamente, y por lo tanto, los límites son imprecisos, dando como resultado una reproducción indiscriminada de imágenes y un difícil resarcimiento cuanto tal reproducción traiga aparejados daños al titular.

16. Los derechos de la personalidad, en el cual se encuentra comprendido el derecho a la imagen, deben ser reconocidos de manera expresa y regulados efectivamente para así evitar las intromisiones de terceros, ya sean estos particulares o medios de comunicación, resultando importante que sean incluidos como garantías individuales dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en particular dentro de los artículos 6 y 7, actuando como límites por ejemplo, al ejercicio de la libertad de expresión.

17. El derecho a la imagen es un derecho fundamental y como tal debe tener una regulación amplia y sistemática, ya que al permitir violaciones y acciones de difícil reparación se dejan desprovistos de protección aspectos importantes para cualquier individuo como son sus afectos y su dignidad. La finalidad de proteger al derecho a la imagen otorgándole reconocimiento explícito, así como reconocer y sistematizar todos los derechos de la personalidad de manera clara, significa garantizar al individuo la protección de sus sentimientos, vida privada o patrimonio pecuniario o moral, sin coartar de manera arbitraria un derecho fundamental como lo son la libertad de expresión y la libertad de información.

BIBLIOGRAFÍA

ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel. Sucesiones. Mc Graw Hill, México, 1996, 216 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 26ª ed., Porrúa, México, 1994, 814 pp.

CASTAN TOBEÑAS, José. Los Derechos de la Personalidad. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, 56 pp.

CHANG SANTOS, Ricardo. El Derecho a la Imagen. Tesis Profesional, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 1961, 88 pp.

DIAZ INFANTE REYES, Adla María. El Derecho a la Imagen en el Sistema Jurídico Mexicano. Tesis Profesional, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1996, 123 pp.

FARELL CUBILLAS, Arsenio. El Sistema Mexicano de Derechos de Autor. Ignacio Vado Editor, México, 1966, 144 pp.

FLORES Y FLORES, Armando. Implicaciones Jurídicas de la Imagen como protección de las Personas Físicas. Tesis Profesional, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1989, 256 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas, Familia. 8ª ed., Porrúa, México, 1987, 758 pp.

JIMÉNEZ ALMEIDA, Roberto Carlos. La Reserva de Derechos al Uso Exclusivo en la Ley Federal del Derecho de Autor. Tesis Profesional, UNAM-Facultad de Derecho, México, 140 pp.

LARRONDO SCHOELLY, Andrea Lilia. El Derecho a la Imagen como Límite a la Garantía de Libertad de Expresión, Tesis Profesional, UNAM-Facultad de Derecho, México, 2000, 118 pp.

LIPSZYC, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Ediciones Unesco-Cerlalc, Argentina, 1993, 594 pp.

LOREDO HILL, Adolfo. Nuevo Derecho Autoral Mexicano, 1ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 262 pp.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Atributos de la Personalidad, Tomo II, Porrúa, México, 1987, 178 pp.

MISERACHS, Paul. La Propiedad Intelectual. Fausi, Barcelona, 1987, 174 pp.

OCHOA RESTREPO, Guillermo. Derecho a la Imagen. Estudios de Derecho, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Año XXV, Segunda Época, Marzo 1964, vol. XXXII, número 65, 156 pp.

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, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, 96 pp.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario Jurídico para Juristas. Editorial Mayo Editores, México, 1981, 897 pp.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. Diccionario de Derecho. Porrúa, México, 1986, 525 pp.

RANGEL MEDINA, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, 155 pp.

RANGEL MEDINA, David. Derecho Intelectual. 1ª ed., Mc Graw Hill, México, 1998, 225 pp.

ROVIRA SUEIRO, María E. El Derecho a la Propia Imagen: Configuración legal y límites. Comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala 1ª) Revista de Derecho Privado, febrero 1998 (mensual), Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 246 pp.

SATANOWSKY, Isidro. Derecho Intelectual. Tipográfica Editorial, Argentina, Buenos Aires, 1954, 116 pp.

SERRANO MIGALLÓN, Fernando. Nueva Ley Federal del Derecho de Autor, 1ª ed., Porrúa, México, 1998, 609 pp.

TOBIAS, José W. El Fin de la Existencia de las Personas Físicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1988, 186 pp.

VÁZQUEZ VICENTE, Ma. de los Ángeles. Régimen de Reserva de los Personajes Humanos y de los Nombres Artísticos en el Sistema Mexicano de Derechos de Autor. Tesis Profesional, UNAM, Enep-Acatlán, 1997, 110 pp.

VIÑAMATA PASCHKES, Carlos. La Propiedad Intelectual. Trillas, México, 1998, 360 pp.

ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio. La Caricatura como presunta causa de Violación del Derecho a la Propia Imagen. Tesis Profesional, UNAM-Facultad de Derecho, México, 1997, 326 pp.

DICCIONARIOS, ENCICLOPEDIAS Y GLOSARIO

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 806.

DICCIONARIO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA ARISTOS, Editorial Ramón Sopena, España, 1998.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 14ª ed., Porrúa, México, 2000.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1991.

OMPI. Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Génova, 1980.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de mayo de 1998.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000, y la publicación realizada el 29 de mayo del 2000 en el Diario Oficial de la Federación, respectivamente.

OTRAS FUENTES

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.impi.gob.mx>

Folleto del Usuario "¿Qué son los Derechos de Autor?" SEP-Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Folleto del Usuario "Reserva de Derechos". SEP-Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Folleto del Usuario "Servicios que proporciona la Dirección de Protección contra la Violación del Derecho de Autor". SEP-Instituto Nacional del Derecho de Autor.