

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**El Alcance del derecho a la Imagen:
Análisis Jurídico del Art. 41 de la Ley de Propiedad Intelectual**

Ana Carolina Andrade Cordovez

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Director
Dr. Alejandro Ponce

Quito, Julio 2012

©Derechos de autor

Ana Carolina Andrade Cordovez

2012

Para todos aquellos que creyeron en mí y me ayudaron a ser una gran abogada y persona.

Resumen

El presente trabajo de investigación está enfocado en establecer un análisis del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual se refiere a los derechos de la fotografía y las personas que figuran en las mismas. En específico, busca determinar cuál es la acción que se debe tomar cuando se refiere a terceros que aparecen capturados en el fondo de una imagen. Así como también, determinar si es que a estas personas se les está violando su derecho constitucional a la imagen o si es que se encuentran dentro de los preceptos del artículo 41 de la Ley.

Abstract

The present research is focused on establishing an analysis of Article 41 of the Copyright Act, which refers to the rights of the photograph and the people on them. The focus of this thesis is to determine what specific action should be taken when referring to people who are captured in the background of an image. In this thesis it will also be imperative to determine if these people's constitutional right to their image is being violated or if its use and regulation is within the provisions given by Article 41.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Introducción.-	...1
1.- La Imagen	...5
1.1 La Imagen en la Constitución	...5
1.2 La imagen en los Instrumentos Internacionales	...14
1.3 La imagen en la Ley de Propiedad Intelectual	...18
1.4 La imagen y su relación con la Privacidad y la Intimidad	...23
1.5 Jurisprudencia con respecto al derecho a la Imagen	...30
1.5.1 Jurisprudencia Nacional	...30
1.5.2 Jurisprudencia Comparada	...31
1.5.3 Jurisprudencia Internacional	...38
2.- Sujetos en una Imagen y su regulación	...41
2.1 Las Figuras Públicas	...41
2.1.1. Artistas y personajes reconocidos	...45
2.1.2 Representantes de Empresas	...58
2.2 Las Figuras Privadas	...65
2.2.1 Los Mayores de Edad	...66
2.2.2 Los Menores de Edad	...74
2.2.3 El Fallecido	...84
3.- Excepciones al uso de las Imágenes Fotográficas	...87
3.1 Acontecimientos Públicos	...90
3.2 Fines Culturales o Informativos	...97
3.3 Interés Público	...111
4.- Terceros protegidos en una Imagen	...118
4.1. Conclusiones	...118
4.2 Recomendaciones	...124
Bibliografía.-	...125

Introducción

Generalmente, escuchamos la frase “una imagen vale más que mil palabras¹”, lo que en la práctica es verdad. Una imagen es un portal para compartir las emociones, las personalidades y la vida de las personas con otros seres humanos. Es a través de este medio, la imagen, que una persona define su ser para otros que lo observan, determinando los detalles que quiere mantener privado o desea compartir. Este comportamiento se puede atribuir a la consecuencia de que todo ser humano es un ser sociable, y, después de la palabra, el uso de imágenes es el medio de expresión por excelencia.

Para los seres humanos, la necesidad de la transmisión de ideas a través de las imágenes se convirtió en un acto instintivo, comenzando por el adorno del ser y la representación en pinturas. Actualmente, con los avances de la tecnología, esta transmisión de ideas se hace a través de fotografías y videos para el uso y apreciación del resto de personas. Las imágenes se han vuelto una ventana hacia el alma y la personalidad de las personas; y por esta razón, deben ser cuidadas meticulosamente por las propias personas e, incluso, por el Estado. Las imágenes han adquirido tal apertura dentro de la sociedad moderna, que no es inusual que quien las observa sea bombardeado constantemente con estímulos visuales para influenciar pensamientos y actitudes, con lo que se demuestra el desenfrenado crecimiento del poder de las imágenes.

Simultáneamente, ante el crecimiento de la imagen a nivel social, se hace necesaria la tutela jurídica respecto a ella y a quienes figuran en la misma. La necesidad de dicha protección jurídica ha cobrado tal importancia, que surgen debates sobre la mejor manera de evitar el abuso de la misma por terceros. Estas discusiones, que posteriormente se convierten en normas jurídicas, implican que, por su importancia, algunos instrumentos internacionales opten por regular dentro de sus disposiciones, las maneras aceptables del uso de la imagen, al igual que las sanciones para las posibles violaciones al derecho de todas las personas sobre su imagen y su disposición. Las regulaciones de los instrumentos internacionales tienen un efecto directo en el ordenamiento jurídico del Ecuador, empezando por la Constitución y, más específicamente, por la Ley de Propiedad Intelectual.

¹ Anónimo

En el caso de las fotografías, uno de los métodos más comunes de presentar una imagen, existe un dilema respecto a la protección de la imagen. Así como es relativamente fácil capturar a personas con una cámara de fotos, gracias a la tecnología, también es fácil violar la privacidad de esa persona, quien está deliberadamente presentando una faceta de su personalidad al resto del mundo, mas no se muestra dispuesta a demostrar todo lo que ella representa. Dicho dilema lleva a la necesidad de consolidar el derecho a la imagen de las personas en un rango constitucional, asegurando su derecho a proteger el grado de exposición que están dispuestos a presentar al resto o mantener en privado. El derecho a la imagen implica que hay una dualidad en la necesidad de protección de la imagen, una positiva y una negativa,

la primera de carácter positiva, que faculta a la persona para captar, reproducir y publicar su propia imagen: la segunda de carácter negativa, consistente en la facultad para impedir su captación, reproducción o publicación por un tercero no autorizado, cualquiera que sea su finalidad, salvaguardando un ámbito necesario para el libre desarrollo de la personalidad².

Esta manera de ver la imagen, también se puede describir en otras palabras al decir que:

El derecho a la propia imagen tiene una dualidad personal y relacional, en esta segunda dimensión se relación con el derecho a la honra y el derecho a la intimidad o privacidad de la persona, como asimismo con el derecho a la libertad de información, en medida que la sociedad es cada vez mas una sociedad de la información, es que hay una creciente preocupación por proteger la vida privada, la honra, y la imagen de las personas en los ámbitos en que no hay razones de relevancia pública para su afectación³.

La dualidad de proteger cuánto se presenta de una imagen, y cuánto permanece íntimo o secreto, así como la necesidad y curiosidad de la sociedad por el conocimiento, contrapuesto a la voluntad de mantener la imagen que nos pertenece en privado, es lo que lleva a que el derecho a la imagen sea protegido por la Constitución y por la Ley de Propiedad Intelectual.

² Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2. P. 262

³ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2. P. 264

La protección de la imagen en la Ley de Propiedad Intelectual se desarrolla en todas sus posibles representaciones. La ley busca tomar en cuenta las maneras en las que se puede interpretar a una imagen para después crear normas diseñadas específicamente para su correcto resguardo y desarrollo. La imagen no solo se refiere al sujeto que se encuentra representado, sino también al autor, el creador de la imagen, el que además de representar al sujeto que figura presenta su visión o interpretación. Esta dualidad de la forma en que catalogamos a la imagen, al tener un creador que representa y un sujeto representado, implica la existencia de otros derechos que se encuentran presentes en el proceso de creación de una imagen.

La protección y regulación de las imágenes, como las fotografías, se encuentran centradas en la Ley de Propiedad Intelectual, que de igual manera con su reglamento, se asegura de proteger todo tipo de imagen que pueda ser utilizada, asegurando el consentimiento del sujeto o del autor, dependiendo del caso. Aunque hay varias maneras de representar una obra, como lo es a través de pinturas, esculturas, videos entre otras, son las fotos las que tienen mayor relevancia en la actualidad. Es por esto que dentro de la Ley de Propiedad Intelectual se hace especial referencia a las fotografías, sean éstas catalogadas como obras o como simples fotografías. Por ello, se dedica el artículo cuarenta y uno específicamente para su regulación.

Aunque la idea de enfatizar la protección de las imágenes fotográficas es la correcta, no es probable incluir todos los aspectos a considerar en un solo artículo, porque se dejan de por medio interrogantes que se volverán vacíos jurídicos, abiertos a la interpretación de abogados, jueces y personas en general, acorde a sus intereses. Es este limbo jurídico, con respecto a las fotografías, lo que me lleva a escribir esta tesis.

Es necesario dedicar un capítulo entero a analizar la fuente del derecho a la imagen, los órganos que la protegen y las acciones que se tomarán en caso de violar este derecho. Una vez que se comprenda en su totalidad la procedencia del derecho a la imagen, se debe analizar a quienes están protegidos por este artículo antes mencionado, y a quienes presentan casos singulares que se deben tomar en cuenta para su posterior aplicación. Al tener claro qué debe aplicarse con cada uno de los sujetos que figuran dentro de una fotografía, se examinarán las excepciones expuestas en el artículo 41 de la Ley de

Propiedad Intelectual para resolver si las fotografías que se tomaron están reguladas dentro de estas particularidades expuestas.

Una vez analizados estos tres aspectos, es posible determinar la razón de esta tesis, averiguar qué acción debe tomarse cuando se aplica el artículo 41 para establecer la situación de aquellos sujetos que se encuentran en el fondo de una imagen fotográfica. De igual manera, se definirá si las personas en las fotografías pueden ser consideradas dentro de las excepciones expresadas en el artículo cuarenta y uno o si es que se debe desarrollar una extensión a la norma jurídica para incluir a esta situación. Al finalizar esta tesis, debe ser posible responder la pregunta ¿cómo se debe tratar el derecho a la imagen de terceros en una fotografía? Esto debido a que este aspecto del derecho a la imagen no está discutido en el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Al analizar todas las posibles soluciones a esta pregunta, resulta posible tener como respuesta hipotética que, para tratar este aspecto se debe aumentar en el artículo 41 que, en estos casos, se considere el ser capturado en una fotografía como tercero, una excepción, mediante aceptación tácita, siempre y cuando esta no afecte de manera económica o social a la persona o personas a las que se haya capturado.

1. La imagen

1.1 La imagen en la Constitución

La imagen en el Ecuador es considerada un derecho fundamental del ser humano. El derecho a la imagen se refiere a la posibilidad de manipular la manera en la que nos proyectamos, de tal forma que refleje de la mejor manera posible nuestras ideas y personalidad. La imagen se puede definir como una “figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa. Representación que tenemos de las cosas, por lo que en cierto modo imagen y representación traen el mismo sentido⁴”. Aunque se entienda esta noción de imagen, no es todo lo que implica ejercer el derecho a la imagen, razón por la cual es necesario comprender que “todos aceptan que la noción de imagen se refiere en primer lugar a una forma o apariencia visible⁵”. Es necesario, además de poseer la definición de imagen, que su significado sea desarrollado para entender lo que comprende una imagen, así como asimilar cómo está regulada en la Constitución del Ecuador

Es importante, además de tener la definición coloquial de la imagen, es decir su proyección social, hacer la distinción de la imagen en su definición jurídica, esto significa que:

Jurídicamente la expresión ofrece interés en cuanto toda persona tiene derecho a su propia representación externa, incluido por algunos juristas entre el derecho de la personalidad. Constituye una forma del derecho a la intimidad y adquiere principal importancia a partir de la invención y enorme desarrollo de la fotografía y de la propaganda publicitaria. La jurisprudencia moderna de diversos países ha establecido la norma de que nadie puede reproducir ni publicar la imagen de otra persona sin consentimiento de ella.⁶

El derecho a la imagen, de acuerdo a la Constitución del Ecuador, es reconocido como personal y fundamental. Se refiere a este derecho como fundamental, ya que, es uno de los derechos humanos sobre los cuales se establece la interacción en sociedad y el

⁴ Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina. 2011. P. 466-467.

⁵ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 25.

⁶ Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina. 2011. P. 466-467.

intercambio de ideales de los seres humanos, como la dignidad humana. Estos derechos que ayudan a estabilizar a la sociedad, como el derecho a la imagen, son propios de la condición humana, es decir, que cada persona tiene el derecho y la obligación de proteger y actuar de acuerdo a los mismos. Estos derechos humanos o fundamentales son de especial importancia para el Estado, ya que, no son creados por éste, sino impuestos en su estructura buscando su reconocimiento, no su creación.

Estos derechos fundamentales se encuentran por encima de la Constitución, reconocidos por instrumentos internacionales, y pertenecen a cada sujeto, sin importar su situación, y son necesarios para el correcto desenvolvimiento de una sociedad. Es esta contribución a la sociedad lo que hace que el derecho a la imagen, como derecho fundamental, sea eficazmente protegido por la Constitución, garantizado por todo poder, nacional e internacional, y sancionado en el caso de ser violado por otra persona, sea natural o jurídica.

La Carta de la ONU suscrita el 26 de Junio de 1945, declara “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...⁷”. Aquí se usa el término derechos fundamentales como equivalente al derecho humano o esencial. Uno de los derechos esenciales que está reconocido en la Carta de la ONU es el derecho a la dignidad. Es esta atención al derecho a la dignidad lo que lleva a que se reconozca el derecho a la imagen indirectamente, ya que, es una de las maneras en las que se puede preservar la dignidad de la persona. Se entiende por dignidad de la persona “el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales⁸”. La fuerza de la imagen en la vida de cada persona lleva a que sea necesario que la persona tenga la capacidad y el derecho a “decidir sobre el uso de su imagen de tal manera que ésta no puede ser utilizada sin su consentimiento⁹”. Este deseo de que cada persona tenga la capacidad de decidir sobre su imagen y cómo es utilizada por ellos mismos y por otros, lleva a que se haga una conexión estrecha entre éste y otros derechos como el honor, la

⁷ Carta de las Naciones Unidas. *Preámbulo*. firmada el 26 de Junio de 1945 en San Francisco. Ratificado en el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 2068 en el Registro Oficial No. 502 del 6 de febrero de 1946.

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2. P. 246.

⁹ Isidre, Molas. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España, 1998. p. 314.

privacidad y la intimidad. Este vínculo entre los derechos que protegen la base del ser humano se vuelve esencial para el libre desarrollo de las características que definen a una persona. “El derecho a la propia imagen junto con los derechos al honor y a la vida privada constituyen el núcleo básico de los llamados derechos de la personalidad¹⁰”. Es la imagen, como una parte esencial de la personalidad y su desarrollo, lo que vuelve necesario su regulación y control.

La imagen participa de la dignidad personal propia del ser humano. Aquí radica fundamentalmente el carácter valioso de la Imagen. Y de aquí, también, se deriva la exigencia de su adecuada protección. El hecho de que esté en juego la dignidad personal del hombre, esa es la razón primera de la existencia de tal protección y el principio que informa sus condiciones y modos de activación¹¹. (*Lo subrayado es propio*)

De acuerdo a Humberto Nogueira Alcalá, la meta de mantener la dignidad del ser humano como base para una buena interacción social, lleva a la necesidad de la protección de la imagen, uno de los derechos fundamentales¹². En la sociedad actual, es a través de la imagen que numerosos sujetos toman la impresión e iniciativa para interactuar con el resto de integrantes en términos favorables. Es por ello que proteger el derecho de imagen es esencial para la dignidad de un ser humano.

Son las posibles impresiones que otorga la imagen lo que vuelve valiosa su protección por la sociedad, a través de la Constitución. Una impresión por la cual es necesaria la protección de la imagen por la Constitución se debe a que, “la imagen como representación sensible es susceptible de ser manipulada, es decir, contiene las aptitudes de poder ser fijada, reproducida y difundida sobre diversos soportes materiales y esta capacidad se actualiza con el apoyo y la asistencia de la técnica¹³”. La manipulación de la imagen es otra manera en que se viola este derecho y, en consecuencia, se vulnera la

¹⁰ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 15.

¹¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 22.

¹² Pérez Tremps, Pablo. *Los Derechos Fundamentales: Capítulo Humberto Nogueira Alcalá*. Editorial Corporación Editora Nacional. Madrid-España.

¹³ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 24.

dignidad del ser humano. La imagen, como se puede apreciar tiene gran peso en una sociedad que es guiada por lo que observa y como esto es interpretado, siendo necesario que se proteja el derecho a la imagen y, de esta forma, evitar la violación a la dignidad, parte esencial de la imagen del ser humano.

Independiente de cómo puede afectar a una persona la indebida utilización de su imagen como razón para regular su protección en la Constitución, también hay que tomar en cuenta lo que comprende la imagen como una razón para su protección constitucional. Así, su cualidad más importante es la habilidad de la imagen de proyectar la personalidad de una persona. “La propia imagen garantiza un ámbito de libertad respecto de sus atributos más característicos y propios de la persona, que la identifican en cuanto tal¹⁴”. Al hablar de la personalidad, no sólo se refiere a la simple proyección de ciertas características físicas, sino su presentación en general. La personalidad no solo se refleja por lo que el rostro expresa, sino se debe considerar en su totalidad. La imagen, de igual manera, no solo se limita a la observación visual de otro ser humano a través de fotografías o del cine, sino de su representación en la literatura y en las artes plásticas.

Es esta cualidad de la imagen - la habilidad de proyectar la totalidad de una identidad - es lo que la vuelve una de las fuerzas comunicativas con más capacidad de impacto en otros seres humanos y hace necesaria su protección por la Constitución. Esta capacidad de comunicación personal directa lleva a que se deba tener en consideración que, cuando una persona está en sociedad, debe tomar en cuenta que tiene una imagen que otros observan, y que, como sujeto, también tiene la capacidad de construir la imagen que desea presentar a otros, así como la facultad de cambiar su imagen para satisfacer el rumbo que toma su vida¹⁵. Estos tres aspectos de la imagen demuestran la importancia que tiene la imagen en la sociedad, y cómo guía a otros seres humanos a entender lo que se les muestra y expresa. Estos aspectos requieren su protección y regulación en la Constitución, a través de la protección de la intimidad y las normas inferiores, para, de esta manera, velar por las personas en su interacción en sociedad.

¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2. P. 261.

¹⁵ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 15-17.

Es tal el impacto de la imagen en la sociedad, que, al referirse a la personalidad de una persona, es decir sus actitudes y características morales se la define como “buena imagen”, independiente del hecho de que, al hablar de imagen, se circunscribe a lo físico en la persona. La facilidad de las personas para juzgar a otros basados en las primeras impresiones y las proyecciones del ser humano es lo que otorga al derecho de imagen una caracterización moral, y por ende, subjetiva. Esta fuerza de la imagen no solo se limita a la reputación o características morales de una persona, sino que se extiende a las personas jurídicas, a través de las personas que la representan aunque en menor frecuencia. Esta flexibilidad de la interpretación de lo significa la imagen implica que “la imagen comunica una referencia esencial a la propia personalidad, y, a la vez, la imagen es un rasgo de la personalidad humana¹⁶”. Es tal el peso de la influencia de la imagen en la comunidad, que el definir el grado de integración de éstas en la sociedad, depende de la imagen en un alto grado. Esto se debe a que el derecho a la imagen tiene repercusiones morales¹⁷. Esta definición de la imagen dentro de la sociedad lleva a considerar que aunque oralmente las personas expresan sus ideas al mundo, es en cierta forma “la proyección externa de la persona... a través de su imagen se crea una comunicación del modo de ser personal¹⁸”. Este intercambio de información se puede definir como “una comunicación que se realiza mediante la representación material de los aspectos inmateriales de la personalidad¹⁹”. Esto implica que “cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos²⁰” o imagen. Considerada esta idea de otra manera “el carácter inmediato de la comunicación que se establece mediante la imagen habla de la estrecha vinculación

¹⁶ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 19.

¹⁷ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José María Bosch S.A. Barcelona-España. 1994. p. 20.

¹⁸ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 19.

¹⁹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 20.

²⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2. P. 261.

existente entre el sujeto personal y el reflejo de un modo de ser que constituye la propia imagen²¹”.

La imagen es un elemento esencial de la comunicación, así como de la personalidad, pero no son suficientes para comprender todo lo que contiene la imagen y el establecimiento del derecho de la misma para su protección. Para ello, se debe analizar el resto de características de la imagen, como la capacidad distintiva, dando una individualización a las personas a través de su presentación en la sociedad. La facilidad de la imagen de permitir la identificación de una persona de otros, y finalmente el reconocimiento que atribuye una imagen a un sujeto en específico. “La imagen individualiza y ofrece unas señas de identidad y, desde el punto de vista de quienes la percibe, la imagen humana es reconocible²²”. Estos tres elementos son esenciales para poder determinar a quién se está atribuyendo el derecho a la imagen y volver posible su aplicación en caso de que este derecho sea violado. La pertinencia de este análisis del derecho de imagen lleva a que sea necesario limitar exclusivamente, en este caso, el derecho a la imagen a las personas naturales y dejar de lado la imagen de las personas jurídicas.

La imagen humana, en lo que tienen de persona externa del hombre, le individualiza- le separa y le distingue de los demás hombres- y, a la vez, le comunica con ellos. Esta capacidad manifiesta de la imagen de individualizar y comunicar procede del sujeto personal. Un sujeto que se define como individuo que posee una subjetividad- es consiente de un yo- y una aptitud comunicativa²³.

La facilidad de la imagen de distinguir a una persona para de esta manera individualizarla de entre el resto, es una cualidad necesaria para poder identificarla y establecer el derecho a la imagen le corresponde proteger. Es virtualmente imposible otorgar este derecho sin poder distinguir quién es el poseedor de dicho derecho, y a quién redimir en caso de que este derecho sea violado. “Al Estado interesa la individualización y el reconocimiento de

²¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 20.

²² Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 27.

²³ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 21.

todos y cada uno de sus ciudadanos, así como la armonía de éstos en aras del orden público²⁴”. La capacidad de individualizar a una persona implica el hecho de que percibe la presencia de un sujeto humano, un sujeto que está diferenciado en el entorno social, donde su imagen apunta siempre a un alguien concreto, único, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos²⁵.

Paralela a la individualización de la persona, está presente la función identificadora del ser humano a través de la imagen. No es suficiente diferenciar a un sujeto de otro en una multitud para adjudicar correctamente el derecho a la imagen, siendo necesario también el que al estar en sociedad, al individualizar a esa persona de la generalidad, sea posible identificar al ser humano correctamente. En el caso de que su derecho a la imagen sea violado, es esencial identificar a la persona que ha sufrido esta violación a sus derechos. Finalmente, individualizar a la persona e identificarla debe ser posible de manera clara y fácilmente del resto de personas presentes, “Reconocer a una persona en una fotografía...no es más que una ratificación de los rasgos de individualidad e identidad características de la imagen humana²⁶”. Esta necesidad de ratificar la imagen con la persona que la proyecta toma un papel importante en la atribución del derecho a la imagen.

Es un hecho que sólo cuando una persona reconoce o es reconocida por otros en una imagen se plantea la conveniencia de la aplicación del derecho a la propia imagen. Es decir, únicamente cuando concurre la percepción de los particulares rasgos individualizados e identificables de una imagen humana, esta adquiere entidad como representación en forma visible de la figura de un hombre concreto y, consecuentemente, sólo entonces se puede hablar de la imagen como objeto de derecho²⁷.

Al atribuir estos tres elementos a una imagen, es decir la capacidad de comunicación, la personalidad y la capacidad distintiva, es posible aplicar correctamente el derecho a la imagen a un individuo y velar por su protección. Es decir, que efectivamente es necesario

²⁴ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José María Bosch S.A. Barcelona-España. 1994. p. 33.

²⁵ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 27-28.

²⁶ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 28.

²⁷ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 28.

para determinar la aplicación del derecho a la imagen definir el efecto que tiene hacia la persona, ya que si la capacidad de reconocimiento del sujeto es baja no va a tener el mismo efecto si es que es una persona fácilmente reconocible, pero aunque haya diferentes efectos de acuerdo al caso siempre se protegerá su derecho a la imagen, siendo esta la realidad jurídica de la imagen.

El alcance del derecho a la imagen se refiere a la capacidad de efecto que tiene este derecho en la sociedad. Se puede aseverar que:

El ámbito del derecho a la propia imagen se extiende solo aquellos modos de captación, fijación, reproducción y difusión que se adecuan a las características de la imagen, y en los que la representación de la figura humana no requiere una mediación intelectual, se trata de formas de aprehensión de la imagen en las que, con propiedad, puede hablarse de una plasmación de la imagen personal: hay una relación de inmediatez entre el modo de la representación y el objeto representado²⁸.

Este alcance del derecho de la imagen así como los elementos que hay que tomar en cuenta para la imagen como referencia para aplicar este derecho fundamental, es que se puede apreciar su presencia como norma. Esta capacidad de afectar múltiples aspectos de la vida diaria es lo que lleva a que este derecho sea protegido en el Ecuador por la Constitución, la norma de mayor rango dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, el derecho a la imagen se encuentra protegido por la Constitución en su artículo 66 numeral 18 en donde se establece que “se reconoce y garantizará a las personas: El derecho al honor y al buen nombre. La Ley protegerá la imagen y la voz de la persona²⁹”, mientras que el derecho a expresarse se encuentra dentro de los numerales 5 y 6 del mismo artículo. La imagen dentro de la Constitución está protegida expresamente, como se menciona anteriormente, en su artículo 66, más no es en el único lugar donde se hace mención de este derecho. La imagen es también mencionada en el artículo 47 de la Constitución³⁰, asegurando que todo

²⁸ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 25-26.

²⁹ Artículo 66 n. 18. Constitución de la Republica del Ecuador, Registro Oficial del Ecuador del 20 de octubre de 2008.

³⁰ “Art. 47.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promueven la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos a su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer

ser humano, especialmente aquellos menores de edad, tengan presente su derecho a la imagen y la obligación del Estado de protegerla.

Resumiendo todo lo anteriormente analizado, se puede concluir que la importancia de proteger la imagen y otorgarle rango constitucional así como derecho fundamental, se debe a que:

a) La imagen humana es la representación de la figura humana en forma visible y reconocible. b) Es una manifestación esencial de la personalidad, puesto que la imagen constituye uno de los elementos fundamentales de la proyección externa de la persona. c) La imagen realiza las funciones de individualizar e identificar a la persona; pero para comprenderla como objeto de un derecho debe intervenir aun otro factor: la mediación de un proceso de percepción de la imagen. Es en este punto donde tiene cabida el criterio de la reconocibilidad- identidad e individualidad desde el punto de vista de la percepción. d) Las dimensiones personal y relacional de la imagen tienen una conexión directa con las aptitudes y radical apertura – o capacidad de comunicación – del sujeto humano. e) Los medios técnicos intensifican la dimensión relacional de la imagen humana, y han provocado la irrupción de ésta en el proceso de la comunicación social. Al mismo tiempo, las amplias posibilidades de manipulación sobre la imagen abiertas por los medios técnicos, suponen un riesgo de desnaturalización de su dimensión personal. f) El contenido material de la imagen humana- en cuanto representación en forma visible- es el fundamento de la posibilidad de manipular la imagen y, consecuentemente, de su potencia patrimonial. g) En la explotación comercial de la imagen, el titular del derecho cede parcialmente – es decir, no hay una renuncia absoluta, sino que se dispone una o varias facultades para una finalidad, un plazo de tiempo etc. – con el objeto de conseguir a cambio un beneficio económico. h) Honor, intimidad, nombre y voz son realidades cercanas a la imagen, pero no se identifican con ella, ni cabe incluirlas en el concepto de imagen humana. i) Las personas jurídicas no tienen imagen en el sentido que aquí se ha expuesto³¹.

Estos aspectos de la imagen así demostrados delimitan las razones principales por las cuales la imagen y su derecho debe ser protegido por el Estado.

La Constitución del Ecuador opta por establecer la protección del derecho a la imagen en la ley. Al ser aplicada la remisión a la ley, en este caso la Constitución al ser aplicado demuestra dos posibles puntos a tener en consideración. El primer punto a tomar en cuenta al aplicar el derecho a la imagen es la libertad de cada persona de presentar lo que considera al resto de la sociedad, así como impedir que otros de la sociedad usen la imagen de uno sin su consentimiento. Dentro del ordenamiento jurídico es posible

efectivos estos derechos.” Artículo 47 numeral 7. Constitución de la República del Ecuador, aprobada en Referéndum del 28 de septiembre de 2008. (*Lo subrayado es propio*)

³¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 43-44.

profundizar la protección de la imagen de acuerdo a las necesidades que se desarrollen como consecuencia de los cambios de la sociedad. La protección de la imagen en la Constitución y sus normativas derivadas no implica que solo se le ha dado relevancia en este nivel, sino por el contrario a nivel internacional es posible encontrar que la búsqueda de proteger la imagen es una meta que resulta de varios años de evolución normativa internacional.

1.2 Los Instrumentos Internacionales

La Constitución del Ecuador hace un marcado énfasis en proteger al derecho de imagen como parte de sus derechos fundamentales, pero no es solo esta norma se ha encargado de salvaguardar este derecho. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como otras normativas internacionales tienen como misión la protección de los derechos del ser humano, y aunque no se menciona textualmente la protección del derecho a la imagen, es a través de su jurisprudencia con respecto a sus normas sobre la privacidad, intimidad y dignidad de la persona, así como la promoción de la personalidad, que se aprecia la protección del derecho a la imagen como derecho humano.

Unas normativas internacionales en donde se aprecia esta aproximación a la protección del derecho a la imagen a través de las leyes a favor de la intimidad y dignidad son las siguientes: En la Declaración Universal de Derecho Humanos en su artículo 12 se expresa que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques³²”. Esta declaración parte de la necesidad de que cada persona tenga presente sus derechos y protección en caso de violaciones a su ser, norma que aunque no menciona el derecho a la imagen se incluye cuando se dan casos donde se ataca la honra o reputación. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 17 protege el derecho a la vida privada, dicta “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

³² Art. 12. Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada el 10 de diciembre de 1948 en París. Ratificada por el Ecuador en registro auténtico en la misma fecha.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques³³”.

Aunque no hay una descripción específica de la protección de la imagen en el Pacto de San José de Costa Rica se sigue el patrón de los dos anteriores instrumentos internacionales, incluyendo dentro del artículo 17 el derecho a la imagen a través de evitar injerencias o intromisiones a la vida privada, como sería el uso de la imagen de una persona sin su consentimiento. El Pacto apoya este artículo 17 con el artículo 19 perteneciente al derecho a la libre expresión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo que también se remite a las intromisiones a la vida privada y libertad de expresión³⁴. Permitiendo que a través de estos derechos la persona tenga la libertad de elegir que tanto de su ser decide exponer, sea por medio de fotografías u otros medios. De igual manera, debe considerarse otro artículo del Pacto de San José de Costa Rica presente desde 1969, donde se hace un delineamiento de los derechos y deberes de la persona y su respeto en todas sus formas. Específicamente, estableciendo en su artículo 11 inciso segundo que “Nadie puede ser objeto de injerencias, arbitrariedad o abusos a su vida privada o en la de su familia³⁵”, así protegiendo indirectamente la imagen de la persona como parte de la privacidad de una persona.

El Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, puesto en vigor el 3 de septiembre de 1953, se dedica igualmente a la protección de los derechos de la persona y su personalidad, así asegurando su identidad e incorporación en sociedad, lo que incluye el velar por el derecho a la imagen de cada sujeto de manera indirecta. En este caso, el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos la protección a la imagen se puede considerar dentro del artículo 8.1, el cual establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia³⁶”. Siendo la divulgación de imágenes privadas una clara violación a su

³³ Art. 17. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Ratificado en el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en el Registro Oficial No. 101 el 24 de enero de 1969.

³⁴ Ver el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁵ Art. 11 inciso 2. Pacto de San José de Costa Rica. 1969. Ratificado por el Ecuador por Decreto Supremo No. 1883, publicado en el Registro Oficial No. 452 de 27 de octubre de 1977.

³⁶ Art. 8.1. Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos. Firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

derecho a la vida privada y a la intimidad. Independiente del hecho de que estos instrumentos internacionales no hacen una mención específica del derecho a la imagen, ésta se entiende incluida al referirse a la identidad o personalidad de la persona que consiste en “todos los aspectos, dinámicos y estáticos de la personalidad que, en conjunto, ofrecen una sintética y total proyección social de una cierta persona³⁷”. El derecho a la libertad de expresión se encuentra en el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 10.1 del Convenio Europeo³⁸. Estos tres instrumentos, así como otros, no tienen una mención directa de la protección del derecho a la imagen, pero mediante sus jurisprudencias es posible la protección del derecho a la imagen, lo que permite que en el futuro lentamente se separe y establezca como derecho autónomo del derecho a la privacidad, intimidad y expresión, aunque íntimamente relacionado.

Estados Unidos así como los instrumentos internacionales antes mencionados, no tiene una aproximación directa a la protección del derecho a la imagen, pero es mediante su jurisprudencia que se ve la protección del derecho a la imagen, jurisprudencia que es usada de referencia para casos referentes a la fotografía. Esta creciente percepción del derecho de cada persona de tener privacidad en su vida de todas las maneras legalmente posibles lleva al uso de *right of privacy* como justificación jurisprudencial para la protección del derecho a la propia imagen, con especial énfasis en creación de normas para el uso comercial de la imagen. Cuando se refiere a la expresión de *right of privacy*, se traduce como el derecho a estar solo o *the right to be alone*. Lo que quiere decir esta frase es que toda persona tiene el derecho a excluir de la luz pública los detalles de su vida

³⁷ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992. p. 149.

³⁸ “Art. 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Declaración de Derechos Humanos de 1948.

“Art. 19.- 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...” Pacto Internacional de 1966.

“Art. 10.1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.” Convenio Europeo de 1953.

personal, cuando estos detalles no tienen efecto para el derecho de información de la sociedad. El derecho a la imagen no tiene una mención específica en Estados Unidos pero es mediante la primera, cuarta y 14ta enmiendas³⁹. Estados Unidos al ser un país de common law tiene sus avances normativos a través de casos (jurisprudencia) o artículos por concedores del derecho (doctrina). En el caso del derecho a la privacidad fue el artículo escrito en 1890 “The right of Privacy” escrito por Brandeis y Warren⁴⁰, quienes apoyaban que la privacidad tiene un alcance más amplio al que se le estaba otorgando anteriormente, y que por su falta de reconocimiento otros estaban aprovechando de esto, otros como los periodistas amarillistas y los sujetos dados al chisme. “The right to life has come to mean the right to enjoy life, the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term “property” has grown to comprise every form of possession – intangible, as well as tangible⁴¹”.

Un caso en donde se puede ver la influencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos y su efecto en esa sociedad y como consecuencia en otras sociedades es la sentencia de la Corte de Apelaciones los Estados Unidos del circuito once, *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC*⁴², caso en el cual se discute el derecho a la privacidad con respecto a las imágenes en contraste al derecho a la publicidad. En este caso se demanda el uso de la revista *Hustler* (LFP Publishing Group LLC) de fotos desnudas de Nancy Benoit (occisa) sin el consentimiento de la administradora de su patrimonio, cuando en vida la señora Benoit negó su uso y pidió la destrucción de las imágenes fotográficas. Al ser la señora Benoit una persona de interés público por su vida y su muerte la corte distrital consideró justificado esta publicación para que después en la Corte de Apelaciones en la siguiente instancia reconozca la violación del derecho a la privacidad, no siendo de necesidad informativa que el resto de personas vean estas imágenes. El resultado es que no prevalece el derecho a la publicidad en el cual se basó el uso de las imágenes fotográficas a

³⁹ La primera enmienda de los Estados Unidos es la libertad a la libre asamblea, la cuarta enmienda es con respecto al derecho a la libertad de “unwarranted search or seizure” y el derecho al debido proceso.

⁴⁰ Brandeis y Warren. *Right of Privacy*. Harvard Law Review Vol. IV, December 15, 1890.

⁴¹ Brandeis y Warren. *Right of Privacy*. Harvard Law Review Vol. IV, December 15, 1890.

⁴² United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC*. No. 08-16148. 25 de junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html> visitado el 4 de Marzo, 2012.

favor del *right of privacy*, concepto jurisprudencial que después es usado como referencia para proteger el derecho a la imagen.

La imagen es custodiada a través de las sentencias de los tratados internacionales, así como jurisprudencia de países de influencia. Los derechos que tienen relación a la vida privada de la persona son una manera de proteger la imagen, pero no es el único derecho, también se usa el derecho a la libre expresión. Teniendo conocimiento de la libertad de expresión y privacidad y el derecho a la imagen se puede ver el estrecho vínculo entre estos dos derechos. Estos Convenios, Declaraciones, Pactos y casos antes mencionados no hacen una mención directa de la protección al derecho a la imagen, pero entre la protección del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad se busca incluir al derecho a la imagen, protegiéndolo desde ambos lados.

El enfoque de la norma en la Constitución del Ecuador sigue el lineamiento de lo dispuesto en los tratados internacionales con respecto a la protección de la intimidad y vida privada, y por ende indirectamente de la imagen se puede ver claramente también en la Constitución del Ecuador. La importancia de la protección del derecho a la imagen, representado de alguna u otra forma por la Declaración de Derechos Humanos, Pactos, Convenios, Tratados y Jurisprudencia ha sido adoptada por otros países del mundo, incluyendo el Ecuador. La protección del derecho a la imagen da camino a la especificación de este derecho en normas especializadas o analizadas a mayor detalle dentro de los ordenamientos de cada país. Sin importar la protección del derecho a la imagen por medio de instrumentos internacionales así como por la Constitución del Ecuador es llevada esta protección más lejos con la regulación específica de varias maneras de usar la imagen en la Ley de Propiedad Intelectual.

1.3 La imagen en la Ley de Propiedad Intelectual

La Ley de Propiedad Intelectual tiene el objetivo dentro del Ecuador, de proteger todas las maneras, que puedan demostrar un uso ilegal o negativo de imágenes. En los artículos siguientes de la Ley se establecen diferentes maneras de protección a la imagen.

En el artículo veinte inciso b así como en los artículos 22, 40, 41, 97 inciso b, 102, y 196 inciso f.⁴³ hay un mención expresa o referida a la importancia de la protección de la imagen en todas sus formas.

La protección del derecho a la imagen se presenta como un imperativo para el desarrollo de los integrantes de la sociedad, y requiere la regulación de sus posibles usos. Ya que “los individuos actuamos sobre nuestro propio cuerpo moldeando la imagen que queremos presentar frente a los demás⁴⁴”, también regulamos qué tanto de nuestra vida privada queremos compartir con el resto, sea a través de imágenes, esculturas o por el simple hecho de ser visto por otros. En el caso específico de las imágenes fotográficas que

⁴³ “Art. 20.- El derecho exclusivo de explotación de la obra comprende especialmente la facultad de realizar, autorizar o prohibir: b. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.

Art. 40.- El retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la misma persona y, luego de su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo la publicación del retrato es libre, cuando se relacione, únicamente, con fines científicos, didácticos o culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Art. 41.- El autor de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía sobre una persona, deberá contar con la autorización de la persona fotografiada, y a su muerte, de sus causahabientes, para ejercer sus derechos de autor o conexos, según el caso. La autorización deberá constar por escrito y referirse específicamente al tipo de utilización autorizada de la imagen. No obstante, la utilización de la imagen será lícita cuando haya sido captada en el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público. Las excepciones establecidas en el inciso precedente no afectan el derecho de autor sobre la obra que incorpore la imagen.

Art. 97.- Los organismos de radiodifusión son titulares del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: b. la fijación y la reproducción de sus emisiones, incluso la de alguna imagen aislada, cuando ésta se haya hecho accesible al público por primera vez a través de la emisión de radiodifusión.

Art. 102.- El productor de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales, tendrá el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública o distribución, inclusive de las fotografías realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual. Este derecho durará setenta años contados a partir del primer día del año siguiente a la fecha de su realización, divulgación o publicación, según el caso. Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que sean susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales.

Art. 196.- Tampoco podrán registrarse como marcas los signos que violen derechos de terceros, tales como aquellos que: f. consistan en el nombre completo, seudónimo, firma, título, hipocorístico, caricatura, imagen o retrato de una persona natural, distinto del solicitante, o que sea identificado por el sector pertinente del público como una persona distinta de éste, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o de sus herederos.” Ley de Propiedad Intelectual, 19 de mayo, 1998. Registro Oficial 320.

⁴⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2, pg. 260.

se distribuyen por un autor o realizador, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual que establece:

El autor de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía sobre una persona, deberá contar con la autorización de la persona fotografiada, y a su muerte, de sus causahabientes, para ejercer sus derecho de autor o conexos, según el caso. La autorización deberá constar por escrito y referirse específicamente al tipo de utilización autorizada de la imagen. No obstante, la utilización de la imagen será lícita cuando haya sido captada en el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público. Las excepciones establecidas en el inciso precedente no afectan los derecho de autor sobre la obra que incorpore la imagen⁴⁵. (*Lo subrayado es propio*)

La Ley de Propiedad Intelectual en el artículo anteriormente mencionado, describe específicamente la acción que debe tomar el autor de una fotografía cuando toma la decisión de que se distribuya esa foto en la cual figure una persona. Esto implica que se busca que la persona que figura en la imagen que se pretende distribuir, firme un documento escrito y a falta de la misma sus descendientes, con el entendimiento de que está permitiendo el uso de esa imagen para el fin que considera el autor que debe ser utilizada esa imagen. Al ser el derecho a la imagen un derecho personalísimo de acuerdo a la Constitución del Ecuador, es esencial el entendimiento de las personas que están siendo figuradas en una fotografía entiendan que están accediendo a que su imagen sea utilizada y distribuida. Este requisito de la aceptación expresa se debe a que la imagen es la representación de la personalidad de un ser humano en el mundo físico en el que vivimos, y el mal uso de la imagen vulnera este derecho personalísimo así como el derecho a la dignidad del ser humano. Mantener la dignidad no tiene una definición establecida, más se puede ver su violación cada vez que se impide, se niegan o se limita este derecho. Esta facilidad para vulnerar este derecho implica que al capturar imágenes se respete la dignidad y el derecho a imagen de la persona.

La imagen, con frecuencia, es susceptible de ser manipulada. Ello acontece cuando se utiliza fuera del contexto en la que fue captada. Fotos antiguas insertas en situaciones actuales, en lugares diferentes, en diversas épocas, con distintos personajes, en heterogéneos trances. Todo ello, con la ayuda de la técnica y la tecnología, aprovechando fотомontajes y trucos de todo jaez. En cualquiera de esos casos se desfigura a la persona, se le distorsiona, y ello puede lesionar no sólo su honor o su reputación, afectar su intimidad, sino también presentar socialmente a la persona en una proyección que no

⁴⁵ Artículo 41, Ley de Propiedad Intelectual. 19 de mayo, 1998. Registro Oficial No. 320.

resulta ser la fiel expresión de su identidad. La imagen puede constituirse, de este modo, en un medio utilizado para atribuir a la persona una identidad que no le corresponde⁴⁶.

Como se puede apreciar, la manipulación de las fotografías por los métodos antes descritos, así como de otros que no están aquí manifestados, junto con la capacidad de interpretación del ser humano, vuelve vulnerable al derecho de imagen a terceros y por ello debe estar regulado por el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, como parte de la protección del uso de la imagen. Es esta vulnerabilidad lo que torna necesaria su estricta regulación de manera específica por la Ley de Propiedad Intelectual, asegurando así que sea posible el control del uso de la imagen y su subsiguiente sanción en caso de la violación de este derecho. El potencial para usar una imagen fotográfica, generando conscientemente o no, un daño a un tercero, donde claramente se esté afectando su derecho, se traduce en una inmediata acción del Estado para su corrección. Esta rectificación por parte de la sociedad, a través del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual se vuelve solo la primera de las formas en que se puede velar por la protección del derecho a la imagen, siendo la manera más directa de recibir una solución satisfactoria para el sujeto vulnerado.

Es de igual manera que el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual especifica ciertas situaciones donde vuelve innecesario el permiso de la persona que figura en la misma, para capturar la imagen y distribuirla. Estas situaciones se refieren a cuando se captura una imagen durante “el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público⁴⁷”. En el sentido estricto de la ley, estas situaciones excepcionales del artículo 41 son términos sin una definición específica, es decir son abiertas a la interpretación de aquellos sujetos habilitados para hacerlo. Esto implica que hay una renuncia presumida en derecho en estos casos, pero cuando se está impugnando el uso de estas razones para el uso de la fotografía debe justificarse que el uso cae dentro de una de estas excepciones ante los jueces, que permite su uso sin consentimiento.

Existen igualmente aquellas situaciones que son muy difíciles de interpretar si es que caen dentro de estas excepciones o si es que están en violación de los derechos

⁴⁶ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992. p. 141-142.

⁴⁷ Artículo 41, Ley de Propiedad Intelectual, 19 de mayo, 1998. Registro Oficial 320.

constitucionales a la protección de la imagen, y aquellos derechos íntimamente conectados a la imagen como son la dignidad, intimidad y privacidad. Los términos usados para describir una situación que no está específicamente identificada por la ley como lo son aquellos descritos en el artículo 41 lleva a la necesidad de interpretar la ley. Para interpretar si es que la fotografía concuerda con los parámetros establecidos como excepción a la regla general de consentimiento escrito para figurar en la misma, se debe tener amplio conocimiento de fondo con respecto a la intención, fin y contenido de la fotografía.

Se debe analizar la fotografía de forma individual para obtener el resultado a la pregunta sobre su posibilidad de uso de las personas capturadas en la foto. En primer lugar se debe tomar en cuenta “*el sujeto u objeto que vaya a fotografiarse, así como el uso que se hará de la fotografía,*⁴⁸” seguido por la facilidad de darle un fin a esa imagen sin vulnerar la dignidad, honra o intimidad de la persona que figura en la imagen. Igualmente se debe tomar en cuenta el contexto en el cual se va a exponer la fotografía, sea con fines publicitarios, personales, artísticos, entre otros, el tener presente el fin de la fotografía es la más clara razón por la que esta fue tomada para definir su legalidad. Finalmente, para dictaminar la legalidad de la fotografía capturada, se debe tomar en cuenta el efecto que va a tener la imagen en los otros seres humanos, y si este efecto va a tener una consecuencia contraproducente a los sujetos capturados en la foto.

La capacidad de la sociedad de proteger la imagen a través de la Constitución, los instrumentos internacionales y finalmente por la Ley de Propiedad Intelectual, demuestra su importancia. Las fotografías, uno de los métodos más usados en la sociedad actual para la presentación de la imagen y a su vez de ideas necesitando la atención y regulación especializada que se le otorga. El artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual se refiere a la protección de la imagen de las personas a través de las fotografías así como la protección del derecho a la intimidad, honra, y la dignidad, que también están vinculados a este derecho.

⁴⁸ Venbauwhede, Lien. *Problemas Jurídicos que plantea tomar o utilizar fotografías de marcas, personas y material protegido por derecho de autor*. Consulta de la División de Pymes de la OMPI. Disponible en http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_photography.htm. p.1. Visitado el 6 de febrero de 2012.

El artículo 41 de la Ley de propiedad intelectual reconoce el derecho de la persona de tener control sobre su propia imagen, prevaleciendo de esta manera sus derechos personalísimos e irrenunciables establecidos en la Constitución, a través del requisito que se incorpora en el mencionado artículo, esto es, el consentimiento escrito del fotografiado para salir retratado en una obra pictórica de esa clase. Lo expresado en relación al contenido del citado artículo, se puede decir que es el enfoque inicial sobre los limitantes al momento de sacar una fotografía a alguien que es una persona común y corriente que quiere mantener dentro de su esfera privada ciertas cosas, a diferencia de aquellos que gozan de notoriedad pública por ser personajes famosos o reconocidos. Sin embargo de lo dicho, cuando se establece por medio de la norma que ante lo manifestado existen excepciones basadas en intereses sociales como son los de la comunidad en sí, se abre la puerta para que se den posibilidades de violación a la intimidad o privacidad de las personas, si es que no se definen claramente esos límites por medio de un juez. Si es que no se delimita estas excepciones mediante el criterio del juez con respecto a la situación se podría caer en una generalidad tan grande que la mayoría de las cosas pudieran definirse como un fin cultural o informativo viéndolo desde un aspecto socio educativo para bien de la sociedad, definido en el interés público como concepto indeterminado. Lo mismo se podría decir de los acontecimientos públicos, ya que estos son catalogados como grandes agrupaciones en donde la gente se vuelve una más del montón, perdiendo en cierta forma su derecho a decidir respecto al uso de su imagen. Aún así hay situaciones que no van a estar catalogadas dentro de estas tres excepciones, y es en esas situaciones que se debe considerar el alcance del consentimiento escrito. El alcance del consentimiento y su aplicabilidad de manera escrita para todo caso, fuera de las excepciones expresadas, es desde mi punto de vista, lo fundamental de dicho artículo, siendo esto lo que se comenzó a analizar en este trabajo y se continuará haciendo desde varios aspectos.

1.4 La imagen y su relación con la Privacidad y la Intimidad

La razón por la que se protege la imagen de la persona se debe a que a través de la misma se puede presentar lo que se pretende mantener público y privado. La imagen se vuelve la ventana de la comunidad a la vida privada de una persona, develando todo lo que la persona piensa y representa, incluyendo sus gustos e ideales. Es esta capacidad de liberar información de uno a través de la imagen lo que vuelve necesario el estar consiente

de que también hay que proteger la privacidad e intimidad de las personas. El derecho a la privacidad e intimidad permite que ésta desarrolle libremente su personalidad sin la necesidad de tener por medio la interferencia de otros integrantes de la sociedad. Aunque el propósito de la privacidad e intimidad es el desarrollo de una personalidad plena, es necesario entender que comprende el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad de la persona.

El derecho genérico a la privacidad (o a la intimidad en sentido amplio), comprende en nuestro Ordenamiento constitucional: el derecho a la intimidad personal y familiar en sentido estricto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho al honor y el derecho a la propia imagen. Estos derechos derivados del valor constitucional de la dignidad de la persona encuentran un mismo fundamento: el derecho a tener un ámbito personal y reservado de vida, sobre el cual sólo el propio individuo debe decidir⁴⁹.

La necesidad de mantener el derecho a la intimidad intacto del abuso de terceros es una de las fuerzas detrás de la atención que se le da a la protección de la imagen. La imagen por su capacidad de comunicación se ha vuelto en una de las formas más directas de violar la intimidad de un sujeto. El derecho a la intimidad así mismo, no solo está presente para proteger a la familia y su persona, sino que estos “estos derechos de intimidad implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana⁵⁰”. Esta importancia de la identidad como fundamento para la definición de un ser humano implica que la intimidad no solo se puede definir como el derecho a proteger la familia y la persona sino debe ser más amplio para entender todo lo que comprende la intimidad.

El derecho a la intimidad personal comprende el derecho a la intimidad sexual, así como a la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el Ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad⁵¹.

Las personas tienen el derecho a mantener privada su vida del resto de la comunidad, protegidos por el derecho personalísimo a la privacidad y la intimidad. Para

⁴⁹ Isidre, Molas. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España, 1998. p. 311.

⁵⁰ Isidre, Molas. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España, 1998. p. 311-312.

⁵¹ Isidre, Molas. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España, 1998. p. 312.

asegurarse de que estos derechos sean respetados completamente, se debe incluir la protección de la imagen, asegurando que por este medio sea imposible publicar la vida privada de un sujeto sin su expreso consentimiento. El derecho a la imagen tiene como meta la protección de todos los aspectos de la imagen permitiendo su uso solo bajo el consentimiento del sujeto. Esta capacidad se debe a que para las personas “la imagen es la forma más natural y más directa de afirmar su presencia en la vida social⁵²”, y consecuentemente, la forma más directa de que se viole su intimidad y privacidad.

La Corte Constitucional de Colombia hace un análisis del derecho a la intimidad y el consentimiento, así como sus límites en el caso de Carlos Alberto Paz Russi, quien demandó la inconstitucionalidad de los artículos 78 y 79 de la Ley 1328 del 2009⁵³. En la demanda el actor establece que los artículos antes mencionados “vulneran el derecho a la intimidad de quienes suscriben voluntaria y libremente un contrato de seguros⁵⁴”, ya que este contrato es privado y esta característica implica la restricción de difundir esa información, lo cual el artículo 78 (RUS) permite.

⁵² Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 30.

⁵³ “ARTÍCULO 78. *REGISTRO UNICO DE SEGUROS (RUS)*. Créase el Registro Único de Seguros (RUS) al cual se podrá acceder mediante Internet, con el fin de proveer al público de información concreta, asequible y segura sobre las personas que han adquirido pólizas de seguros, las que están aseguradas por dichas pólizas y las beneficiarias de las mismas. El RUS será administrado en la forma y condiciones que para el efecto señale el Gobierno Nacional dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la promulgación de la presente ley. El RUS incluirá información sobre las pólizas de seguros expedidas por las compañías de seguros que operan en Colombia y sobre las pólizas expedidas por compañías extranjeras de conformidad con las autorizaciones previstas en la presente ley, atendiendo la reglamentación que para tal efecto se expida, la cual señalará el tipo de pólizas y la gradualidad con que las mismas deberán incorporarse al registro. Las compañías de seguros tendrán la obligación de suministrar permanentemente la información necesaria para la creación y funcionamiento del registro. El incumplimiento de esta obligación facultará a la Superintendencia Financiera de Colombia para imponer las sanciones previstas en el artículo 208 del Estatuto Financiero.

ARTÍCULO 79. *PRINCIPIOS DEL REGISTRO UNICO DE SEGUROS (RUS)*. El Registro Único de Seguros (RUS) se regirá por los siguientes principios: a) **Universalidad:** El Registro incluirá información sobre todas las pólizas durante el término de su vigencia y 10 años más b) **Asequibilidad:** El Registro funcionará de tal manera que las personas puedan fácilmente consultar la información. c) **Privacidad:** El Registro contendrá única y exclusivamente la información relacionada con la existencia de la póliza, su vigencia, sus tomadores, beneficiarios y asegurados.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

La Corte Constitucional para determinar si hay inconstitucionalidad de estos artículos revisa lo anteriormente dicho sobre la intimidad:

Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho “general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer “erga omnes”, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...)”. Se afirmó también que la intimidad es “el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no”⁵⁵

Este reconocimiento del derecho a la intimidad por la Corte Constitucional permite definir sus limitaciones así como las consideraciones que debe tener el juez cuando se refiere a la intimidad. De igual manera la Corte considera que la intimidad se

deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la autoconservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal⁵⁶. *(lo subrayado es propio)*

La clara distinción que hace la Corte Constitucional del derecho a la imagen como una esfera privada del ser humano y su importancia, le lleva a declarar esta información no puede ser invadido por su comunidad ni por el Estado, al menos que la ley lo permita. Esta protección de la intimidad se debe a que la Corte considera que “El derecho a la intimidad,

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático⁵⁷”. El acceso que hay a la vida privada de las personas por la sociedad es lo que requiere se proteja el derecho a la intimidad y buscar su consentimiento para difundirla. Esto se debe a que “El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático⁵⁸”. La Corte Constitucional de Colombia en vista de la importancia del derecho a la intimidad afirma que “el estado no puede inmiscuirse en las relaciones contractuales privadas, so pretexto de informar al público en general, toda vez que en esa relación contractual entre asegurador y asegurado, son ellos, personas privadas, las que deciden, en el marco de la ley, las condiciones de la contratación⁵⁹”. La ley permite que se difunda esta información a través del consentimiento de las personas a divulgar esta información, autorización que fue prevista por el legislador con respecto a las normas. La Corte Constitucional con este razonamiento concluye que aunque hay que proteger el derecho a la intimidad no hay una inconstitucionalidad de estos artículos ya que la misma ley permite la difusión de la información con consentimiento previo.

El derecho a la imagen tiene el trabajo de mantener las relaciones entre la imagen y la información que se transmite a través de la fotografía, así como el efecto de la imagen en el honor y la intimidad de la persona. En esta segunda “relación entre la imagen, y el honor y la intimidad es evidente, en primer lugar, que los tres derechos afectan

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

directamente a la persona humana⁶⁰”, y que el desbalance de uno de estos derechos implica la violación de la dignidad de la persona. Al captar una fotografía o crear un busto fiel a la persona, tanto el autor como la persona comunican una emoción o una situación específica. Al tomar esta libertad sobre un sujeto sin su consentimiento, el autor viola su derecho a tener control sobre su vida y la manipulación de su imagen.

A la imagen humana le corresponden todas aquellas cualidades que le hacen apta para ser objeto y medio de comunicación en una palabra: a la imagen humana le es connatural la comunicación y al mismo tiempo, por su singularidad referencia al sujeto personal, la imagen humana exige que la manipulación que se opere sobre ella sea acorde a la dignidad de su titular⁶¹.

Todo ser humano tiene la capacidad y el derecho de rechazar o aceptar las propuestas que le son presentadas, así como no tener que preocuparse de que estos actos sean difundidos o disfrutados por terceros sin su consentimiento. “El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada⁶²”. El derecho a la intimidad, y consecuentemente, el derecho a la privacidad juegan un papel importante en mantener la vida privada efectivamente privada en ese ámbito. Al referirnos a la vida privada de una persona, nos referimos específicamente a “todas aquellas actividades y actitudes que, como se ha remarcado, carecen de trascendencia social en la medida que tiene que ver con la intimidad de la persona⁶³”.

El contener la vida privada de las personas se vuelve complejo en esta era donde la facilidad de crear y repartir imágenes es extremadamente simple. Un celular o una cámara junto al Internet son suficientes para crear una fotografía o un video para ser observado por todo quien muestre interés en ella. Esta facilidad es la que atenta contra la necesidad del

⁶⁰ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 32.

⁶¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 32.

⁶² Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992. p. 163.

⁶³ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992. p. 163.

ser humano de tener tiempo privado en el cual pueda entenderse mejor a si mismo y las ideologías que planea adoptar y compartir con el resto del mundo. La exposición extrema vuelve complejo el tener ese tiempo necesario para la creación satisfactoria de una personalidad ya que

El ser humano necesita estar solo para descubrir su “yo”, el mismo que se le revela en la soledad, en la intimidad del diálogo consigo mismo, sin testigo ni perturbaciones provenientes de su circunstancia, del mundo y de los “otros”. Es sólo en cenobítico recogimiento que el hombre se adentra en los meandros de su “yo”, aprehende su identidad y traza su destino⁶⁴.

Sin una identidad se puede decir que el ser humano no tiene un destino, propósito, o importancia para quienes le rodean o para la comunidad en la que vive. Es por este motivo por el cual se toma tanto cuidado en proteger las imágenes que se distribuyen en la sociedad y que pueden afectar el desarrollo positivo de esta obligatoria característica - la identidad - en todo ser humano. La intimidad en sí le asegura al integrante de la sociedad proteger su derecho a una vida privada, donde se “reconoce la necesidad de toda persona de conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr la tranquilidad del espíritu, paz interior y el desarrollo de su personalidad⁶⁵”. Esta necesidad a la intimidad de un sujeto, la cual es esencial para su realización como ser humano, convierte a la constante protección de la imagen de influencias externas negativas en un problema imperativo.

El derecho a la propia imagen surge del hecho que el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos⁶⁶.

La protección del derecho de imagen se presenta como un imperativo para el desarrollo de los integrantes de la sociedad, y requiere la regulación de sus posibles usos, ya que “los

⁶⁴ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1992. p. 163.

⁶⁵ García Falconí, José. Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y la imagen. 24 de Noviembre de 2005, disponible en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2791:derechos-constitucionales-a-la-intimidad-privacidad-y-la-imagen&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420. Visitado el 11 de febrero de 2012.

⁶⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2, pg. 260.

individuos actuamos sobre nuestro propio cuerpo moldeando la imagen que queremos presentar frente a los demás⁶⁷, y también controlamos que tanto de nuestra vida privada queremos compartir con el resto, sea a través de fotografías, esculturas o por el simple hecho de ser visto por otros.

1.5 Jurisprudencia con respecto al derecho a la Imagen

1.5.1 Jurisprudencia Nacional

En el Ecuador, la jurisprudencia referente al derecho a la imagen y consecuentemente de las fotografías, se encuentra mayormente orientada al ámbito comercial. Esta orientación comercial lleva a que se presente dentro del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) aquellos casos pertinentes a la violación del derecho a la imagen. La imagen humana contraria a la imagen comercial de productos registrados por el IEPI no tiene casos en los cuales se haya discutido la protección de este derecho, por lo cual es necesario guiarse de la jurisprudencia internacional y las normas desarrolladas por los países latinoamericanos y del resto del mundo.

La limitación del análisis con respecto al derecho a la imagen lleva a que sea necesario ver uno de los derechos constitucionales que se relaciona con este derecho, la intimidad. El análisis de la intimidad por la Primera Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el caso de Rodrigo Fierro Benítez (editorialista del periódico El Comercio) contra León Febres Cordero. En este caso el ingeniero León Febres Cordero demanda al señor Rodrigo Fierro Benítez por injurias. En el análisis de la Corte con respecto al artículo que escribió Rodrigo Fierro Benítez concluye que estaba en su derecho de publicar el artículo “FEBRES CORDERO EN SU SITIO”, ya que lo hizo “ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, en cumplimiento de la misión de orientar a la opinión pública⁶⁸”. Continúa la Corte el análisis afirmando que el artículo no ha

⁶⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2, pg. 260.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación Penal. Quito, Ecuador. *Numeral Cuarto de la Sentencia de Casación*. Gaceta Judicial 15 del 29 de octubre del 2004. Disponible en

violado la intimidad ni dignidad de la persona a la que se refiere, ya que León Febres Cordero es una persona de perfil público y la opinión de un editorialista en un artículo no refleja ni influye la imagen que tiene ya a desarrollado el público de León Febres Cordero. La Corte continua afirmando que este artículo cae dentro de la libertad de expresión de los pensamientos del editorialista, elemento esencial para la democracia. La Corte en su análisis concluye que aunque no hay violación al honor, y estaba en libertad de expresar sus pensamientos el editorialista, por el contenido del artículo hay aquellas afirmaciones que se consideran injuriosas, fallando a la verdad y a la ética periodística, por lo cual se le sanciona. En esta sentencia de la Primera Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se puede apreciar el análisis que se hace con respecto a la limitación del derecho a la información y la intimidad (honor). La Corte admite que los periodistas tienen el derecho constitucional a la libertad de expresión y de informar a la gente sobre lo que pasa en la sociedad, más esta libertad se limita cuando esa información no es veras o se hace con un ánimo de injuriar a terceros con esas afirmaciones. Este caso demuestra como la intimidad puede incluir aquellos datos que no corresponden en la imagen pública de León Febres Cordero, no permitiendo que se distorsione como ve la sociedad a este personaje público con información errónea, y sancionando a Rodrigo Fierro Benítez por permitir se difundan esta información. Como se puede apreciar aunque hay casos donde se analice a la intimidad no hay un enfoque en el derecho a la imagen de la persona, por lo cual es necesario guiarse de la jurisprudencia internacional y las normas desarrolladas por los países latinoamericanos y del resto del mundo.

1.5.2 Jurisprudencia Comparada

Tanto en el Ecuador como en el resto de países la protección del derecho de imagen, especialmente cuando se refiere a fotografías, está regulada por la ley y el análisis de los casos que se presentan. En el Ecuador es la Ley de Propiedad Intelectual la que protege el derecho a la imagen de las personas capturadas en fotografías mientras que en otros países ésta protección también esta presente en otras normas como el Código Civil

<http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-LIBERTAD DE EXPRESION DE PERIODISTAS E INJURIAS 171520041029&query=%22derecho%20a%20la%20intimidad%22>. Visitado el 10 de julio de 2012.

(aunque siguiendo las mismas líneas de razonamiento). Para mejor comprender la jurisprudencia de otros países con respecto al derecho a la imagen, es necesario entender como están estructuradas las normas para su protección. Es por ello que es importante tener como referencia para cada caso en que se analiza la norma en la cual se basa el caso. A diferencia de la regulación de la fotografía en el Ecuador, en el caso tanto de Perú⁶⁹ como el de Italia⁷⁰ se puede encontrar la regulación del derecho a la imagen expresamente en su Código Civil. En Argentina el artículo dedicado a la protección de la imagen presentada por fotografías se encuentra en la Ley 11.723 o Ley de Propiedad Intelectual en el artículo 31 donde bajo las mismas premisas busca proteger el retrato fotográfico de abusos de terceros. El artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual de Argentina de 1933 expresa que:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público⁷¹.

Este artículo tiene una increíble similitud con el artículo 41 presente en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Las diferencias entre los dos artículos se pueden ver en la revocatoria al consentimiento, el uso de imágenes que no tengan quien de consentimiento y las excepciones a la petición de consentimiento para el uso de las fotografías. A comparación del Ecuador, en Argentina el uso de fotografías como

⁶⁹ “Art. 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el consentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho consentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz de una persona se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural 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.” Código Civil peruano.

⁷⁰ “Art. 10.- Cuando la imagen de una persona o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en el que la exposición o la publicación esta consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a solicitud del interesado puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños.” Código Civil italiano.

⁷¹ Art. 31. Ley de Propiedad Intelectual o Ley 11.723. Argentina. Vigente desde 26 de septiembre de 1933.

intromisión en la privacidad de las personas también se protege en su Código Civil, en su artículo 1071⁷². En la Constitución de España, Portugal y Brasil hay de igual manera mención expresa de la protección al derecho de imagen en sus artículos 18.1, 26 y 5 respectivamente. Sea a través de la Constitución, el Código Civil o la Ley de Propiedad Intelectual se presenta una clara intención de proteger a la imagen. Esto también se traduce en las sentencias que han sido expedidas por estos países así como otros quienes también buscan la preservación de la violación del derecho a la imagen, la privacidad y la intimidad.

En España, así como en Colombia, sí se han dado casos de violación del derecho a la imagen, por lo cual se tomará como referencia a estos países para el comportamiento legal que debería seguir el Ecuador en estos casos. En el expediente número 182/98 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, el 22 de abril del 2002 se dio el caso de Alberto Alcocer Torra quien demanda por el uso de imágenes fotográficas personales por la revista “Diez Minutos”. El señor Alcocer Torra demanda por esta violación a su derecho a la imagen a Jesús López Campos (director de la revista), a la Editorial Gráficas Espejo S.A. y el señor Luís Gozalo quien vendió las imágenes a la revista. Los demandados se defienden al argumentar que el uso y distribución de estas imágenes están dentro de su derecho a la información. La Corte concluye que el fotógrafo de las imágenes no era un periodista, ni las fotos destinadas para uso público y comercial. Así como el señor Alcocer no es persona pública, sino de proyección pública y por ello toda su vida no es para el consumo público. Estos dos argumentos hacen que la Corte falle a favor del señor Alcocer Torra, reconociendo la violación de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen⁷³. Expresamente el fallo detalla lo siguiente:

⁷² “Art. 1071.- El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste. A pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”. Código Civil Argentino.

⁷³ Primera Sala del Tribunal Constitucional de España. *Alberto Alcocer Torra v. Diez Minutos y otros: Recurso de amparo no. 182/98*. 22 de Abril del 2002. Disponible en <http://federacionuniversitaria1.blogspot.com/2008/05/alcocer-torra-alberto-s-amparo-stc-8302.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

En el proceso a quo quedó probado que dichas imágenes, en las que aparecen ambos tumbados en una playa, en situación de afectividad, fueron tomadas con la cámara fotográfica del recurrente por un amigo suyo, quien la devolvió al Sr. Alcocer, procediendo posteriormente éste a su revelado. Y, asimismo, se acreditó que dichas fotografías, sin quedar determinado a través de qué medio, llegaron a poder de don Luis Gonzalo, quien las vendió por cuatro millones de pesetas a la mercantil Editorial Gráficas Espejo, S.A., posteriormente absorbida por Hachette Filipacchi, S.A., la cual sin recabar el consentimiento de los que aparecen en ellas, procedió a su publicación en la portada de la citada revista, en su número de 22 de febrero de 1991, con el titular: "Tras el escándalo Alberto Cortina-Marta Chávarri, ahora gran exclusiva: las fotos definitivas de Alberto Alcocer y Margarita Hernández". Las controvertidas fotografías sirvieron también para confeccionar un cartel publicitario de la revista, distribuido en los puestos de venta, y una de ellas, como se ha dicho, fue nuevamente publicada en un número posterior. (...) Pues bien, la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno. De nuevo, las circunstancias en que las fotografías fueron captadas, difundidas y presentadas ponen de relieve que, en este caso, no se justifica el descenso de las barreras de reserva impuestas por el propio recurrente; a tal efecto es irrelevante el sólo dato de que las imágenes fueran captadas en una playa, como lugar abierto al uso público, pues ello no elimina la relevante circunstancia de que aquéllas fueron obtenidas en el círculo íntimo de las personas afectadas, sin que éstas, atendidas todas las circunstancias concurrentes, descuidasen su intimidad personal y familiar, abriéndola al público conocimiento. (...) En el presente caso, es claro que la revelación de las relaciones afectivas del recurrente, propósito inequívoco del reportaje en el que se incluyen las controvertidas fotografías, carece en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista en este caso al atribuir un valor noticioso a la publicación de las repetidas imágenes, el cual no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional⁷⁴.

En el caso de Colombia la regulación a favor del derecho a la imagen se encuentra en la Constitución en su artículo 15 el cual establece que:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de

⁷⁴ Primera Sala del Tribunal Constitucional de España. *Alberto Alcocer Torra v. Diez Minutos y otros: Recurso de amparo no. 182/98*. 22 de Abril del 2002. Disponible en <http://federacionuniversitaria1.blogspot.com/2008/05/alcocer-torra-alberto-s-amparo-stc-8302.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en lo términos que señale la ley⁷⁵.

La Corte Constitucional de Colombia, el 6 de marzo de 1996 dictó una sentencia con respecto al derecho a la propia imagen. Este expediente numerado T-84112 o también sentencia T-90/96 entre la señora Deyanhira Pintos Gómez y la Corporación Social para las Comunicaciones (CENPRO T.V.), es una demanda al uso sin autorización del video de parto de la señora Pintos. El uso de las imágenes por el canal de comunicaciones Cenpro T.V. de la grabación del parto de la señora Pintos se hace sin el consentimiento de la misma. De igual manera, las imágenes del parto se demostraron en un contexto diferente al que dio permiso la señora Pintos. La Corte concluye que el uso de las imágenes tenía un propósito específico y permiso solo para esa razón, por lo que al usar las imágenes para un fin diferente, se vulnera el derecho a la intimidad así como el artículo 15 (lo que incluye el derecho a la imagen):

El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P. De otro lado, la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La autonomía del derecho a la propia imagen - puede presentarse una lesión a este derecho, sin que por ello resulte comprometida la intimidad, el buen nombre o la honra de su titular -, permite concluir que en este caso también fue vulnerado. En efecto, las imágenes del parto se presentaron pretermitiendo la finalidad que se tuvo en cuenta por la actora para autorizar su exposición pública. Tanto la apropiación ilícita como la utilización no convenida de las imágenes propias, violan este derecho. (...) **REVOCAR** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá de 2 de octubre de 1995. En su lugar, **CONCEDER** a Deyanhira Pintos Gómez la tutela de los derechos fundamentales a la identidad y a la propia imagen, de conformidad con los artículos 14 y 16 de la C.P. En consecuencia **ORDENAR** a LA CORPORACION SOCIAL PARA LAS COMUNICACIONES - CENPRO T.V.- cesar toda transmisión, exposición, reproducción, publicación, emisión y divulgación pública de las imágenes del parto de DEYANHIRA PINTOS GOMEZ⁷⁶.

⁷⁵ Art. 15. Constitución de Colombia.

⁷⁶ Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional. *Deyanhira Pintos Gómez v. Corporación Social para las Comunicaciones CENPRO T.V.* .Sentencia No. T-090/96. 6 de marzo de 1996.

En este caso se puede apreciar claramente la limitación que se hace al derecho a la información y la importancia de proteger el derecho a la intimidad a través de la protección del derecho a la imagen. Deyanhira Pintos Gómez estaba dentro de sus derechos al desear que sus imágenes del parto no sean distribuidas ni utilizadas fuera de los permiso expreso que ella otorgó. La clara violación del derecho a la imagen por parte de la Corporación Social para las Comunicaciones (CENPRO T.V.) se debe al uso de las imágenes de una manera contraria a la permitida por la actora, violando su derecho a la su imagen y el control de la misma, así como su derecho a la privacidad. La Corporación Social para las Comunicaciones (CENPRO T.V.) asumió que el permiso de uso de las imágenes de parto para el segmento específico al que acepto la señora Pintos se volvieron imágenes de consumo público y por ende siguió utilizándolas dentro de otros conceptos, violando el derecho Constitucional a la imagen y el subsecuente derecho a como utilizar esa imagen de la señora Pintos. El derecho a la imagen no se puede separar de la persona y por ello cae dentro de los derechos que la persona controla y dispone, dando este razonamiento la Corte de Colombia para sancionar los actos de la Corporación Social para las Comunicaciones (CENPRO T.V.).

Cuando “la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo⁷⁷”. Esta declaración por parte del la Corte de Colombia demuestra la importancia del derecho a la propia imagen y la protección de la misma cuando a sido vulnerado como en este caso con “la apropiación ilícita como la utilización no convenida de las imágenes propias⁷⁸”. La protección del derecho a la imagen de Colombia así como

Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t%2D090%2D96.htm>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

⁷⁷ Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional. *Deyanhira Pintos Gómez v. Corporación Social para las Comunicaciones CENPRO T.V.* .Sentencia No. T-090/96. 6 de marzo de 1996. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t%2D090%2D96.htm>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

⁷⁸ Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional. *Deyanhira Pintos Gómez v. Corporación Social para las Comunicaciones CENPRO T.V.* .Sentencia No. T-090/96. 6 de marzo de 1996. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t%2D090%2D96.htm>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

en el Ecuador es reconocido por la Constitución y reitera la importancia de proteger este derecho.

En la jurisprudencia de Estados Unidos, el derecho a la imagen se discute en la sentencias con respecto el derecho a la privacidad o *right of privacy*. Este derecho se extiende como en las Constituciones a la protección de la privacidad, pero por la estructura de este país cada Estado tiene sus propias normas, siempre dentro de los derechos y fundamentos. Es por ello que hay variaciones en la regulación de la imagen en las leyes de otros países y las leyes en el Ecuador, como es demostrado anteriormente. Independiente de la existencia de varias normas en diferentes países todos tienen el fin de proteger la privacidad y la imagen de la persona, disponible para ser usadas por los integrantes del Estado.

En el caso de Cohen vs. Herbal Concepts en los Estados Unidos, se presenta una demanda por el uso de unas fotografías en revistas sin el consentimiento de las personas que figuraban en la misma. En este caso específico, las fotografías en cuestión figuraban a una mujer (Susan Cohen) y una menor de edad (su hija) bajo una cascada promocionando un producto en contra de la celulitis. En la fotografía madre e hija estaban desnudas y de espaldas al fotógrafo (Creer). El Tribunal de los Estados Unidos resuelve que no importa el no poder ver la cara de las personas que figuran en la fotografía, sigue siendo una violación al derecho de estas personas el usar su imagen sin su consentimiento y sin compensar a la familia por su uso.

El Tribunal llega al punto de especificar que el identificar a las personas por la caras es solo una de las maneras que se puede identificar a las personas. En este caso, fácilmente se reconoce que se trata de Susan Cohen y su hija en la fotografía, por ende el uso de la imagen sigue siendo una violación al derecho a la imagen⁷⁹. En el Ecuador al no haber casos con respecto a las fotografías, es mediante el uso de doctrina y jurisprudencia como la de Estados Unidos que es posible solucionar los posibles casos que se puedan desarrollar en el futuro.

⁷⁹ Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Cohen v. Herbal Concepts*, 63 N.Y.2d 379, 383. Sentencia del 8 de Octubre de 1984. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1984275100AD2d175_1254.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Otro de los casos de Estados Unidos donde se discute el derecho a la privacidad en cuanto al uso de imágenes fotográficas para sacar beneficio es en el caso *Barrows v. Rozansky*⁸⁰. En este caso de la Corte Suprema de Apelaciones del Estado de Nueva York se discute la violación del derecho a la privacidad de Sydney Barrows, al ser publicadas fotos de ella desnuda en una revista de distribución masiva. Estas fotos fueron tomadas hace once años por el entonces compañero sentimental de la señora Barrows, Steven Rozansky, que al terminar la relación no le devolvió las fotos a ella como le había solicitado y afirmó no saber donde se encontraban, para tiempo después venderlas a la revista.

Al haber vendido las imágenes a la revista sacando lucro de fotografías sin el consentimiento escrito de la señora Barrows, se incurren en la violación del derecho a la privacidad. Este caso es otro ejemplo de cómo se usa en los Estados Unidos el *right of privacy* para la protección del derecho a la imagen en comparación a la posible aplicación del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, para solucionar uno de estos casos.

1.5.3 Jurisprudencia Internacional

Las sentencias en donde se analiza el derecho a la imagen y su vínculo cuando se trata de las fotografías, están presentes en el ámbito internacional. En la Corte Europea de Derechos Humanos, se puede encontrar casos en los cuales el uso de las fotografías sin el consentimiento ha resultado en la violación de los derechos humanos de las personas involucradas. En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el caso Von Hannover contra la República Federal de Alemania el 24 de Junio de 2004, se analiza la posible vulneración del derecho de la Princesa Carolina de Mónaco, su vida privada y familiar, por la publicación de fotografías las cuales no tienen vínculo con su función dentro de la monarquía. Específicamente, se establece que la “publicación de

⁸⁰ Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Barrows v. Rozansky* 11 A.D. 2d 105. Sentencia del 23 de mayo de 1985. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1985216111AD2d105_3131.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 5 de marzo de 2012.

fotografías que muestran a la princesa Carolina de Mónaco sola o con otras personas en su vida cotidiana: miembro de la familia reinante que no ejerce ninguna función en el seno del Estado monegasco: las fotos y artículos hacen referencia a detalles de su vida privada y no contribuyen a ningún debate de interés general para la sociedad⁸¹”, presentando una clara violación a sus derechos de privacidad, intimidad e imagen.

La demanda se basa en la violación del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales del 6 de junio de 2000. La sentencia por ello hace una clara distinción entre la libertad de la prensa, la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, privacidad e imagen, otorgando un claro límite de lo que se considera apropiado con respecto a la imagen de la princesa Carolina y que no. La princesa como “no desempeña funciones oficiales y las fotos y artículos en litigio hacían referencia exclusiva a detalles de su vida privada⁸²” es entendible la violación a sus derechos y por ello debe ser recompensada por esta violación. Esta sentencia es una de varias que presentan una clara distinción entre la libertad de terceros a la información y el derecho a la imagen⁸³.

Por el contrario este balance entre la libertad del uso de la imagen y la privacidad de la persona se pone en consideración de otra manera cuando se refiere al caso *Fontevicchia D’ amico vs. Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta sentencia se pone en consideración la identidad de la persona y su importancia pública para decidir cuáles son las limitaciones a la privacidad de su imagen. Es decir, no hay la misma consideración cuando se trata de una persona de clara notoriedad como lo es un político de lo que es una ama de casa, “no sería razonable sostener que los medios de

⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 3a) sobre el asunto *Von Hannover contra Alemania*, de 24 junio 2004. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos. Demanda número 59320/2000. Disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/civil/amparo/sentencia_von_hannover_contra_alemania.pdf. Visitado el 20 de febrero, 2012.

⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 3a) sobre el asunto *Von Hannover contra Alemania*, de 24 junio 2004. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos. Demanda número 59320/2000. p. 26. Disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/civil/amparo/sentencia_von_hannover_contra_alemania.pdf. Visitado el 20 de febrero, 2012.

⁸³ Ver casos de la Corte Europea de Derechos Humanos: *Peck v. The United Kingdom* (44647/98), *Sciacca v. Italy* (50774/99), *Gurgenidze v. Georgia* (71678/01), *Mosley v. The UK* (48009/08), *Reklos and Davourlis v. Greece* (1234/05).

comunicación deben solicitar la autorización de un Presidente para difundir su imagen cuando sea captada⁸⁴. Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos demuestra que para dar una solución sobre conflictos de imagen la Corte debe entender cual es el fin, el sujeto y el propósito de la fotografía para determinar como ejercer el derecho a la imagen. Igualmente es necesario el entender estos tres puntos para dictaminar si las fotografías están dentro de estos parámetros. Es decir, si se consideran parte de la libertad de expresión o son una violación al derecho de imagen.

La importancia de las imágenes en la sociedad es evidente en su estado de derecho fundamental. El derecho a la imagen tiene diferentes maneras de ser aplicada, al ser uno de los derechos que ayuda a constituir la personalidad. Su papel principal como uno de los componentes de la creación del ser, implica la creación de normas para su cuidado. La relación del derecho a la imagen con el derecho a la intimidad y la personalidad se vuelven los pilares de la dignidad del ser humano y por esta razón merecedor de especial cuidado. La imagen es un elemento esencial de la vida del ser humano y la sociedad dispone pautas para determinar cuando se viola el derecho a la imagen y cuando no es vulnerada. La protección del derecho a la imagen está presente en el ámbito internacional así como en el nacional. El Ecuador tiene una norma para la imagen en la Constitución y de manera más específica en la Ley de Propiedad Intelectual. Tanto el entendimiento del derecho a la imagen como fundamental para la sociedad y el uso de las imágenes como la manera de presentar la personalidad son necesarios para proseguir al siguiente paso de esta tesis que se enfoca en el estudio de los sujetos dentro de una fotografía y el uso de su imagen.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011.* p. 8-9. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Visitado el 20 de febrero, 2012.

2.- Sujetos en una Imagen y su regulación

Todas las personas somos iguales ante la ley, mas esto no significa que todos estamos sujetos a ciertas normas que son creadas para un grupo específico de personas. Algunas personas tenemos normas que aplican a nosotros y otras que no, como es el caso de las personas discapacitadas o los menores de edad. En el caso de las fotografías y las regulaciones que se aplican para el uso de las mismas, también se dan distinciones de acuerdo al sujeto que aparece en una imagen que ha sido capturada. Este razonamiento lleva a que sea necesario definir quien es el titular del derecho a la imagen como es el caso de personas mayores de edad y menores de edad, las personas que se consideran figuras públicas y en el caso de personas jurídicas sobre quien recae la obligación y el derecho de proteger la imagen. A continuación analizo la situación de cada uno de estos sujetos.

2.1 Las Figuras Públicas

Hay aquellas personas que crean mayor interés para la sociedad que el resto de las personas en general. Esta curiosidad es lo que lleva a que las personas se interesen sin la necesidad de un vínculo familiar o social. Estos sujetos que causan interés en el resto se consideran figuras de carácter público. Las figuras públicas se refieren a aquellas personas que por ciertas razones, tienen notoriedad dentro de la sociedad y por la cual es de interés del resto de integrantes de la comunidad el conocer sobre su desenvolvimiento. Entre estas figuras públicas las más notorias son las personas involucradas en el mundo del entretenimiento y el político, así como también se puede considerar a los representantes legales de empresas que tienen impacto en el desenvolvimiento de la sociedad.

Las personas que se encuentran dentro del mundo del entretenimiento o el político así como otros que gozan de notoriedad dentro de una sociedad, se pueden considerar como figuras públicas. Las personas que están en el mundo del entretenimiento son más notorias y por ende el público general desarrolla curiosidad sobre sus vidas, guiándose por sus actuaciones. Esto se debe a que mientras más reconocida es la persona dentro de su medio, mayor es la probabilidad de éxito comercial. La necesidad de notoriedad de las

personas del entretenimiento lleva a que usen su imagen comercialmente para promocionar otros productos así como para promocionarse a si mismos.

Esto nos lleva a observar que la notoriedad que se consigue se hace a costas de la intimidad, es decir de la esfera personal de cada persona, convirtiendo partes que antes eran privadas en parte de la esfera pública para consumo de otros. Para evitar que la esfera pública absorba a la privada de personas del entretenimiento, la práctica en la que se ha incurrido es la creación de contratos de servicios profesionales. En el caso de políticos, el interés de las personas por los acontecimientos en los que están involucrados disminuye su esfera personal a favor del derecho de información. La sociedad, en su persecución de la información, permite la intromisión en la vida de las personas de la política siempre y cuando sea pertinente por su valor informativo o cultural. En el caso de otras personas que gozan de notoriedad dentro de la sociedad, se aplica la misma lógica que se detallada anteriormente para los artistas y políticos.

En el caso de funcionarios públicos así como de los políticos, se debe considerar la esfera de efectos en la cual desarrollan sus actividades públicas por lo que ameritan notoriedad. Al ser nombrados como funcionarios públicos o políticos tienen una notoriedad que les requiere un comportamiento adecuado dentro y fuera de sus horas laborales. Independientemente de esto, debe considerarse que hay niveles de notoriedad por ser figuras públicas, lo que significa que no tuviera el mismo efecto los actos de un secretario de la Fiscalía, que los actos del Fiscal de la Nación, como representantes del gobierno fuera de sus obligaciones laborales. Al tener notoriedad en la sociedad automáticamente se reduce la esfera íntima de estas figuras públicas, lo que incluye el uso más libre de la imagen de estas personas para legítimos fines culturales o informativos como está especificado en el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Este punto puede ser ilustrado por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Buenos Aires, Argentina) con respecto al caso Ponzetti de Balbín, Indalia contra la Editorial Atlantida S.A. del 11 de Diciembre de 1984. Esta demanda se da como resultado de la publicación de la revista "Gente y la actualidad" (No. 842) del diez de septiembre de 1981 de una fotografía del reconocido dirigente político Ricardo Balbín, tomada un día antes de su muerte, cuando se encontraba en la sala de terapia intensiva de

la Clínica Ipena de la ciudad de la Plata. Al fallecer el doctor Balbín su familia demandó a Editorial Atlántida S.A., propietaria de la revista, por varias causas incluyendo la violación de su intimidad. En primera instancia el fallo del juez es favorable a la familia del doctor Balbín, pero esta sentencia es apelada por la demandada, argumentando que el juez no actuó de manera imparcial, actuando de manera emocional y no jurídica, ya que el fallo de primera instancia no hay análisis sobre la fotografía o el acto periodístico de un personaje público que ha renunciado a su intimidad, dos garantías fundamentales de toda persona. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el fallo de la primera sala, argumentando que se analizó correctamente el tema de la intimidad, al no haber consentimiento del enfermo ni sus familiares para que Editorial Atlántida S.A. use la imagen en su revista, y que no aplica ampararse en la garantía a la prensa. La demandada opta por interponer un recurso extraordinario el cual es considerado improcedente por el Procurador General de la Nación el 9 de abril de 1984, ya que no hay una violación a las garantías constitucionales en el proceso⁸⁵.

En este fallo se puede ver claramente el análisis de la Corte sobre el alcance del derecho a la intimidad del señor Balbín, un notorio personaje político, y su familia en contraste con el derecho a la información sobre un personaje público relevante para la sociedad.

En el caso de los personajes célebres cuya vida tiene carácter pública o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito privado protegido de toda intromisión⁸⁶.

Esto implica que aunque hay una aceptación de que las personas notorias tienen aspectos de su vida compartidas en la esfera pública, tienen un ámbito privado que debe ser

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina. *Ponzetti e Balbín, Indala v. Editorial Atlántida*. 11 de Diciembre de 1984. Disponible en <http://notasfallosconstitucionaluba.blogspot.com/2006/08/ponzetti-de-balbn-indalia-c-editorial.html>. Visitado el julio de 2012.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina. *Ponzetti e Balbín, Indala v. Editorial Atlántida*. 11 de Diciembre de 1984. Disponible en <http://notasfallosconstitucionaluba.blogspot.com/2006/08/ponzetti-de-balbn-indalia-c-editorial.html>. Visitado el julio de 2012.

respetado, siendo su notoriedad o prestigio dentro de la sociedad lo que determina la relevancia de divulgar sus actos justificados en el interés general. Pero esto no implica que las personas notorias no tienen derecho a su vida privada y la capacidad de divulgar esto con las personas de su elección.

Las personas célebres, los hombres públicos tienen, por lo tanto, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el a quo, el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad no exigía ni justificada una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió al publicarse revelaciones “tan íntimas y tan inexcusable en vista a la posición de la víctima como para ultrajar las nociones de decencia de la comunidad” (Emerson, op. cit. Ps. 552/553)⁸⁷.

El doctor Balbín era un notorio personaje político, y esto implica que la gran mayoría de sus actos eran meritorias de noticia, más su notoriedad no se extiende a fotografías de estadía en el hospital, un momento íntimo con su familia, aunque si sea de interés de la sociedad el saber de que estaba enfermo. Contrario a lo que sería la difusión de la enfermedad de un secretario en un Ministerio, que no tenga mayor notoriedad dentro de su medio (comunidad, sociedad). Esta distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de prensa (informarse) representa como la notoriedad de una persona reduce su esfera privada (informar sobre su enfermedad), pero todavía mantiene cierta limitación sobre su esfera íntima (sancionar el uso de la fotografía). Esta sentencia de Buenos Aires es citada en la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el caso entre el doctor Rodrigo Fierro Benítez y el ingeniero León Febres Cordero. Sentencia donde se expone la limitaciones a la libertad de expresión de los periodistas y el derecho a la intimidad y honra de cada persona⁸⁸.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina. *Ponzetti e Balbín, Indala v. Editorial Atlántida*. 11 de Diciembre de 1984. Disponible en <http://notasfallosconstitucionaluba.blogspot.com/2006/08/ponzetti-de-balbn-indalia-c-editorial.html>. Visitado el 10 julio de 2012.

⁸⁸ Ver: Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación Penal. Quito, Ecuador. *Numeral Cuarto de la Sentencia de Casación*. Gaceta Judicial 15 del 29 de octubre del 2004. Disponible en http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-LIBERTAD_DE_EXPRESION_DE_PERIODISTAS_E_INJURIAS_171520041029&query=%22derecho%20a%20la%20intimidad%22. Visitado el 10 de julio de 2012.

2.1.1 Artistas y Personajes reconocidos

Los artistas o sujetos del entretenimiento hacen su fortuna a base del reconocimiento de otras personas dentro de la sociedad, así como hay aquellas personas dentro de su medio social que son reconocidos y respetados por sus aportaciones a su comunidad. Sin embargo, el uso de la imagen como parte de su profesión o por lo que representan no implica que la persona y su derecho personalísimo a la imagen se vuelve de propiedad pública. Los artistas o sujetos del entretenimiento dan el consentimiento para el uso de su imagen, mediante los contratos de prestación de servicios (uso de la imagen a cambio de compensación económica). Pero “el perfeccionamiento de los medios de comunicación social y el extraordinario desarrollo de los instrumentos destinados a la “penetración” y “captación” de informaciones, han hecho que para los demás resulte cada vez más accesible la vida privada e íntima de la persona en todas sus variadas manifestaciones⁸⁹”. La facilidad de conseguir imágenes a través del Internet y otros medios ha vuelto difícil el control por las autoridades competentes y por las mismas personas que figuran en las imágenes del uso de sus imágenes. De todas estas imágenes capturadas, no todas son usadas con el fin de ganancia monetaria, pero algunas si son utilizadas sin autorización de la persona que figura en ella, siendo la falta de consentimiento lo que sanciona el derecho a la imagen.

Las personas públicas como los artistas, tienen dos facetas en su vida: la comercial o para consumo público, y la personal, o para una mejor referencia una esfera pública y una esfera privada⁹⁰. La personal se refiere a los derechos personalísimos de cada ser humano y la protección de cada uno de estos derechos fundamentales, ligados a la privacidad, intimidad, honor y dignidad de la persona. Esta esfera privada o personal es protegida basándose en la necesidad de que cada sujeto desarrolle su personalidad en la intimidad del hogar y la familia. Cada persona sin importar su situación social o notoriedad

⁸⁹ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1992. p. 151.

⁹⁰ Salgado Pesantes, Hernán. *El derecho a la Protección de la vida Privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la Jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, año 6 No. 1. 2008. p. 75. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82060104>, visitado el 2 de marzo de 2012.

dentro de la sociedad tiene el derecho a su privacidad y a la elección de la distribución de su imagen.

Uno de los derechos que tiene toda persona es el derecho constitucional de cuánto de su vida está dispuesto a presentar al resto de la sociedad, es decir el derecho a divulgar información. En el caso de los detalles de la vida privada de una persona notoria la divulgación a la sociedad se hace con el consentimiento del sujeto en cuestión, y de esta manera la información se convierte en pública. Las imágenes de la vida de una persona notoria se hacen a través de acuerdos comerciales para satisfacer el interés público, así como promover su propia imagen. Este reconocimiento de las personas solo por las características de la imagen en la actualidad se los denomina como famosos. Los famosos sean del entretenimiento, la política o de otra área que sea notoria en la sociedad son fácilmente distinguibles en comparación con aquellas personas que disfrutan del anonimato. “Cuando el titular de la imagen no es famoso es suficiente proteger su nombre e imagen, pero cuando se trata de un personaje famoso hay mil maneras de evocar su identidad⁹¹”. Esta distinción en el reconocimiento de una persona notoria y una que no lo es, vuelve más difícil la protección de su imagen y determinar cuando el uso de fotografías que llevan su imagen son justificadas o no.

En el caso de los famosos “es el interés público lo que actúa como límite del interés privado del retratado⁹²”. Este interés público creado por el reconocimiento y el consecuente efecto social que tiene la persona famosa convierte común la difusión de imágenes relacionadas a este sujeto. En el caso del famoso, hay que asegurarse que las imágenes que se están distribuyendo en la sociedad no se refieran a su vida privada sino que sean fotografías con el fin de satisfacer la necesidad del público de recibir información.

Para lograr este balance entre la vida privada y la vida pública se tiene que tomar en cuenta la popularidad o notoriedad de la persona. Este elemento de popularidad es subjetivo, ya que es difícil determinar la notoriedad de la persona de una manera definitiva.

⁹¹ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 15.

⁹² Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 57.

La subjetividad permite un espacio para la interpretación por parte de la ley sobre que constituye información pública o privada. En el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, se da una prioridad al derecho a la privacidad si es que se prueba que este no es de interés de la comunidad (no afecta a la comunidad de una manera cultural, intelectual o social)⁹³ o no es voluntariamente compartido.

Este razonamiento se puede apreciar en el caso *Peck v. The United Kingdom*. El caso es presentando ante la Corte Europea de Derechos Humanos por el señor Geoffrey Dennis Peck, persona reconocida en su comunidad, quien considera que su derecho a su vida privada fue violado. El señor Peck el 20 de agosto de 1995 sufrió de depresión lo que le llevo a caminar solo por una de las calles de Inglaterra e intentar suicidarse al cortarse las venas con un cuchillo. El circuito cerrado de CCTV televisión del Consejo Brentwood Borough grabó todo este suceso, razón por la cual el señor Peck recibió atención medica. Después de este episodio el 9 de octubre de 1995 el Consejo difundió dos fotografías basadas en el video del circuito cerrado de CCTV, con un artículo sobre la difusión de una situación potencialmente peligrosa gracias a las cámaras instaladas en la calle, artículo que salió en la televisión., sin hacer ninguna alteración a las imágenes para proteger la imagen del señor Peck.

Tres días después, el periódico “Brentwood Weekly News” usó una de las fotografías del señor Peck enseñadas por el Consejo para demostrar los beneficios del sistema de CCTV, nuevamente sin proteger la identidad del señor Peck. Esta situación se repitió en varios artículos donde los lectores de la comunidad en la que vivía el señor Peck reconocieron al señor Peck como el involucrado, persona fácilmente discernible de su comunidad. Al ser reconocido por la comunidad en la que vivía el señor Peck, este fue afectado fuertemente a su intimidad, viviendo la nueva manera en que las personas de su comunidad actuaban e interactuaban con el señor Peck por su intento de suicidio. Esto llevó a que el señor Peck solicite se deje de usar las imágenes y presentar su caso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La Corte concluyó que la privacidad del señor

⁹³ “El interés de la comunidad, entonces, ¿qué es?: la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen (Bentham, 1780, ed. 2000, p. 15)” Benabent F. de Córdoba, Manuel. *El interés general en la filosofía política. Un concepto ético y normativo necesario para la planificación territorial*. Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles N° 53 -2012, págs 121-146. p. 125. Disponible en <http://age.ieg.csic.es/boletin/53/06-Benavent%20121-146.pdf>. Visitado el 28 de septiembre de 2012.

Peck fue violada al ser difundida su imagen más allá de lo que pudo haber imaginado, interfiriendo directamente con el respeto a su vida privada y su derecho a la privacidad: “The Court has found that the applicant's right to respect for his private life (see paragraph 87 above) was violated by the disclosure by the Council of the relevant footage⁹⁴”.

En este caso, se puede ver como al no proteger la identidad del señor Peck y no pedir el consentimiento para usar las fotografías del señor Peck en el reporte de CCTV que después fue difundido por el periódico y otros medios se violó el derecho a la privacidad, y consecuentemente, el derecho a la imagen, como uno de los derechos dentro del de la privacidad. Las imágenes del señor Peck eran de naturaleza delicada y privadas y no merecían la difusión sin protección a su identidad que se dio en la realidad bajo la premisa de informar. En cada caso que surge es necesario que las Cortes consideren cuando se puede un caso considerar un abuso a la privacidad o un dato que justificadamente puede ser difundido como información.

La voluntad de la persona notoria para que se use su imagen en una fotografía limita su derecho a la imagen, en el sentido de que ciertas actividades que se considerarían privadas voluntariamente se transforman de interés público. Una situación de esto es los programas de realidad donde se puede apreciar la vida de los famosos, con consentimiento de los mismos y con la inevitable consecuencia de que esas situaciones sean usadas posteriormente en el interés de satisfacer la necesidad de información del público. Uno de estos programas es Gran Hermano en el Ecuador, donde los integrantes del programa permiten que se les grabe todo el día, se oiga sus confesiones sobre otras personas y se use sus imágenes para el entretenimiento de la sociedad⁹⁵. Aunque en este caso si hay permiso para divulgar estos detalles de la vida privada de los personajes a la sociedad, esto no implica que toda la vida privada de la persona notoria se vuelve de consumo público.

⁹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos Fourth Section. *Peck v. The United Kingdom: application No. 44647/98*. 28 de Enero de 2003. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=peck%20%7C%20v.%20%7C%20the%20%7C%20united%20%7C%20kingdom&sessionid=93619211&skin=hudoc-en>. Visitado el 10 de abril de 2012.

⁹⁵ Periódico El HOY, “Empieza el reto de El gran hermano, Ecuador”. Publicado el 18 de marzo de 2003. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/empieza-el-reto-de-el-gran-hermano-ecuador-140600-140600.html>. Visitado el 12 de julio de 2012.

La delimitación entre lo que se considera de consumo público y privado se debe hacer mediante la definición de vida privada. “Suele señalarse que el concepto de vida privada tiene un carácter relativo porque depende de varias circunstancias⁹⁶” como quien es la persona, la cultura, su autoridad o estado político, deporte entre otros. La vida privada como concepto se describe generalmente como la vida familiar y del hogar, es decir aquel círculo social siguiente al espacio privado de cada persona. el derecho a la vida privada aunque no tenga una definición específica se considera como el derecho de toda persona a vivir su vida, extendiendo este derecho a la vida familiar, ya que “la personalidad de un ser humano se expresa desde la infancia en el seno de la familia⁹⁷”.

Toda persona tiene el derecho fundamental a la vida privada y a su imagen, a consecuencia de esto, violar este derecho implica sanciones por parte del Estado, independiente de su estado de famoso o no⁹⁸. Este derecho está apoyado por el artículo 66, numeral 20 de la Constitución del Ecuador, en la cual se expresa: “se reconoce y garantizará a las personas: el derecho a la intimidad personal y familiar⁹⁹”, apoyado este derecho por el numeral 7 que detalla lo siguiente: “el derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidos por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario¹⁰⁰”. La imagen es protegida por el derecho de toda persona a que se respete su intimidad y privacidad, así como el derecho a que la información que se difunda sea exacta y no tenga modificaciones.

⁹⁶ Salgado Pesantes. Hernán. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 6 n. 1. P. 71. 2008. p. 69-83. Disponible en http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

⁹⁷ Salgado Pesantes. Hernán. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 6 n. 1. P. 72. 2008. p. 69-83. Disponible en http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

⁹⁸ Art. 66 n. 20. *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Ver la resolución de la sentencia de Corte Suprema de Justicia, primera Sala de Casación Penal del Ecuador, Quito-Ecuador en la gaceta judicial 15 de fecha 29 de octubre de 2004 donde se sanciona la violación del derecho a la intimidad y honra del ingeniero León Febres Cordero por el doctor Rodrigo Fierro Benítez.

⁹⁹ Art. 66 n. 20. *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁰ Art. 66 n. 7. *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* hace un análisis del derecho a la intimidad y al honor para la solución del caso. El caso comienza cuando Santander Tristán Donoso, abogado panameño prestó sus servicios profesionales al señor Walid Zayed y su familia. El señor Zayed estaba detenido de manera preventiva por el delito de lavado de dinero. El señor Zayed denunció a las autoridades que recibió la visita de personas que le aseguraban la obtención de su libertad a cambio de dinero, como consecuencia de la denuncia del señor Zayed se montó un operativo con la Policía Técnica Judicial y la Fiscalía Tercera del Circuito de Colón. Walid Zayed colaborando con la Policía grabó la conversación entre los presuntos extorsionistas y el mismo dentro del cuartel de la policía. Un tiempo después un periódico publicó noticias sobre un presunto cheque que había sido donado para la campaña del ex Procurador por dos compañías que se alegó fueron usadas para lavar dinero procedente del tráfico de estupefacientes. El señor Tristán Donoso y el padre del señor Walid Zayed mantuvieron una conversación telefónica sobre la

posible publicación de una nota de prensa que afirmaría que, a diferencia de la empresa perteneciente a Walid Zayed, las dos empresas que presuntamente habían financiado en 1994 la campaña de reelección como legislador del ex Procurador, con dinero procedente del narcotráfico, no habían sido investigadas por la presunta comisión del delito de lavado de dinero¹⁰¹.

El periódico que publicó la historia del cheque, publicó otra historia afirmando que el cheque supuestamente girado para la campaña del ex Procurador era falso. Al salir esta noticia el señor Donoso envió una misiva haciéndole saber que estaba dolido por el espionaje telefónico al que fue sujeto. Estos hechos son los que llevó a que el señor Donoso presente una acción contra la República de Panamá por la violación a su privacidad a la Corte Interamericana. En resumen el señor Donoso “alegó la violación del derecho a la vida privada de la presunta víctima al atribuir al Estado la responsabilidad por la interceptación y grabación de una conversación telefónica, por la difusión de su contenido, y por no identificar y sancionar a los responsables de dichos actos¹⁰²”.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia del 27 de Enero del 2009. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=307. Visitado el 4 de noviembre de 2012.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia del 27 de Enero del 2009. Disponible en

Con estos hechos la Corte Interamericana analiza el caso el artículo 11 el cual protege el derecho a la intimidad y la honra y concluye que dicho artículo “prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias,” y basándose en este artículo

La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada¹⁰³.

Aunque se protege el derecho a la intimidad de las personas la Corte Interamericana de Derechos Humanos se asegura de que se entienda que

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

La distinción que hace la Corte con respecto a la limitación de la vida privada al admitir que el mismo no es absoluto permite que el Estado controle los actos que considera fuera de la esfera de la vida privada.

Por último, el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.

http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=307. Visitado el 4 de noviembre de 2012.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia del 27 de Enero del 2009. Disponible en

http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=307. Visitado el 4 de noviembre de 2012.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con estos razonamientos en consideración concluye que

El Estado violó el derecho a la vida privada y el derecho al honor y reputación reconocidos en el artículo 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Santander Tristán Donoso, por la divulgación de la conversación telefónica, en los términos de los párrafos 72 a 83 de la presente Sentencia¹⁰⁴.

Esto significa que el señor Donoso estaba en su derecho de conversar en el teléfono con la seguridad de que esa conversación no se iba a saber, ya que era una conversación privada entre su persona y su cliente, el padre del señor Zayed. El Estado Panameño al divulgar la conversación de estos dos sujetos, sin hacer el proceso apropiado, violó el derecho a la privacidad del señor Donoso y por ello está obligado a restituir al señor Donoso por este daño inmaterial. Esta violación del derecho a la intimidad es un ejemplo de cómo la difusión de la información se debe analizar con respecto a la protección a la privacidad, para determinar cual tiene mayor peso de acuerdo al caso.

Otro ejemplo de la consideración entre la protección de la privacidad y la difusión de información se presenta en el caso de los Estados Unidos *Minnifield v. Ashcraft* del 10 de diciembre de 2004. En el caso, Wendy Minnifield demanda a la empresa Ashcraft and Skin Worx Inc. por publicar una fotografía del tatuaje en el pecho derecho de Minnifield en una revista nacional de tatuaje “Dark Skin Art” sin el consentimiento de la señora Minnifield, una reconocida integrante de su comunidad. La señora Minnifield alega que la publicación de la imagen le ha causado vergüenza, angustia mental y stress emocional y por ello constituye una violación a su derecho a la privacidad así como el de publicidad. Ashcraft, por el contrario, alega que Minnifield permitió que se tomara las fotografías para el portafolio del artista quien hizo el tatuaje y usando ese portafolio publicó la imagen en la revista. La imagen del tatuaje que salió en la revista en la que muestra solo el dibujo en el pecho, pero aun así es reconocible Minnifield como la poseedora de ese tatuaje. En este caso se analiza en qué consiste una invasión a la privacidad y si es que la publicación del tatuaje en la revista constituye una violación.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia del 27 de Enero del 2009. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=307. Visitado el 4 de noviembre de 2012.

It is generally accepted that invasion of privacy consists of four limited and distinct wrongs: 1. Intruding into the plaintiff's physical solitude or seclusion; 2 giving publicity to private information about the plaintiff that violates ordinary decency; 3. Putting the plaintiff in a false, but not necessarily defamatory, position in the public eye, or 4. Appropriating some element of the plaintiff's personality for a commercial use¹⁰⁵.

La Corte Civil de Apelaciones de Alabama para solucionar esta situación, usa estos cuatro argumentos para ver si el caso se encasilla en uno de estos. El primer argumento que usa la Corte para determinar si es que hubo una violación a su derecho a la imagen es si es que se ha violado la soledad o seclusión de la demandante, en este caso no se viola físicamente la intimidad de Minnifield con respecto a su espacio o seclusión y por ello no aplica este argumento. El segundo argumento para la invasión de la privacidad se refiere a la información privada de la demandante que ha sido difundida y viola la decencia. En este caso si hay concordancia con el caso de Minnifield al mostrar imágenes de su tatuaje sin el permiso de la misma para su uso o difusión, y con la intención de beneficiarse económicamente del uso. El tercer argumento de la Corte se refiere a dejar a la demandante en una posición falsa frente al público. En este caso las fotografías del tatuaje de Minnifield están dando una visión equivocada sobre la personalidad de la demandante “Minnifield stated that she believed that the publication of the photographs was degrading because, she said, the other photographs in the tattoo magazine were not tasteful and she felt like she was being stereotyped with the other people featured in the magazine”¹⁰⁶. Finalmente el cuarto argumento de la Corte Civil de Alabama se refiere a la apropiación de uno de los elementos de la personalidad para uso comercial. En el caso de Minnifield las personas de Ashcraft and Skin Worx usaron la imagen del tatuaje de Minnifield para de esta forma adquirir publicidad y reconocimiento, una clara violación a su derecho a la imagen y la intimidad.

Igualmente, la Corte Civil de Alabama usa otras dos consideraciones para determinar si hay una invasión a la privacidad; en el caso de que no haya uso o publicación

¹⁰⁵ Court of Civil Appeals of Alabama. *Minnifield v. Ashcraft and Skin Worx Inc.* 2030328. p.2. Diciembre 10 de 2004. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/al-court-of-civil-appeals/1349164.html>. Visitado el 10 de abril de 2012.

¹⁰⁶ “Ashcraft and Skin Worx uso su imagen sin su autorización para obtener una ventaja comercial y como resultado ella salió afectada”. Court of Civil Appeals of Alabama. *Minnifield v. Ashcraft and Skin Worx Inc.* 2030328. Diciembre 10 de 2004. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/al-court-of-civil-appeals/1349164.html>. Visitado el 10 de abril de 2012.

comercial entonces se tiene que analizar si es que hay una intrusión a la soledad o aislamiento del demandante o una errónea intromisión en una manera que cause sufrimiento mental, vergüenza o humillación. En el caso de que sí haya uso público o comercial de información privada, entonces esa publicidad no deseada o apropiación no solicitada explota la personalidad de una persona. En el caso de *Minnifield* hay una apropiación comercial de la imagen (*Ashcraft and Skin Worx used her likeness without her authorization to obtain some commercial benefit and that she was damaged as a result*)¹⁰⁷. *Ashcraft and Skin Worx* en su contestación a la demanda se limitan a discutir sobre la difamación pero no sobre la invasión a la privacidad, cuando *Minnifield* no alegó difamación en su demanda.

La Corte concluye que en este caso, *Ashcraft and Skin Worx*, no se aplica la excepción de ser legítimamente el tatuaje de interés público, así como es fácil identificar a *Minnifield* en una de las fotografías en la que sale el nombre del lugar de tatuaje, deduciendo que *Ashcraft and Skin Worx* buscaban un beneficio económico con la publicación de las imágenes. El caso no depende de la decisión de *Minnifield* de hacerse un tatuaje sino del uso sin consentimiento de las imágenes para fines publicitarios. La Corte de Apelaciones de Alabama, aplicando estos argumentos, concluye que la anterior decisión a favor de *Ashcraft and Skin Worx* es revertida y *Minnifield* está en su derecho de que se recompense por la violación a su derecho a la privacidad.

Cuando se refiere a los actos privados del hombre o mujer célebre en ningún momento es permisible el uso de su retrato en una publicación y justificar ese uso como de interés público. Esto se debe a que toda persona sin importar su estado social tiene el derecho fundamental de reservar el uso de sus fotografías de la vida privada. El equilibrio que se debe desarrollar entre la vida privada y la pública de las personas famosas tiene que ver con el planteamiento de cuestiones de dimensión ética sobre el derecho a informar. Esto se debe a que la sobre exposición de una persona puede llevar a que aparezca el sensacionalismo, donde se exagera los actos de los famosos con el interés de vender un

¹⁰⁷ “*Ashcraft and Skin Worx* uso su imagen sin su autorización para obtener una ventaja comercial y como resultado ella salió afectada”. Court of Civil Appeals of Alabama. *Minnifield v. Ashcraft and Skin Worx Inc.* 2030328. Diciembre 10 de 2004. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/al-court-of-civil-appeals/1349164.html>. Visitado el 10 de abril de 2012.

reportaje¹⁰⁸. Llevar la necesidad de información a estos extremos implica la creación u obtención de material que vaya de acuerdo a la idea que se intenta vender, con el resultado de la alta posibilidad de vulnerar el derecho de las personas notorias para conseguirlo.

El caso de Ann Margret contra la revista High Society (High Society Magazine Inc. and Dorjam Publications Inc.), es un caso de posible abuso de la imagen de una persona notoria. Ante la Corte Distrital de Nueva York se presenta el caso de la actriz Ann Margret, quien en su película “Magic” decidió salir con el pecho descubierto para efectos de trama, una decisión artística y limitada al uso de esas escenas para la película. La revista High Society Celebrity Skin, quien se especializa en mostrar fotografías de mujeres famosas en situaciones y posiciones extremadamente reveladoras realizó una exposición de Ann Margret en una de sus ediciones llamada “Special Collector’s Edition No. 1”. La revista dedica su portada a la actriz Ann Magret y cinco páginas de su contenido exclusivamente sobre la actriz. De estas cinco páginas solo una de ellas tiene texto y las otras cuatro son imágenes fotográficas. Entre todas las imágenes que la revista utilizó de la actriz, se presenta una fotografía obtenida de la película “Magic” en donde está visible su pecho. Ann Magret, en su demanda, declara que no dio consentimiento para el uso de todas las imágenes, especialmente la imagen en que sale semi desnuda, haciendo especial hincapié en que se negó verbalmente a que se use esa imagen fuera de la película. Como resultado de este uso de las imágenes la representante de Ann Magret demanda a la revista High Society por una violación al derecho a la privacidad y derecho a la publicidad.

En la demanda la representante de Ann Margret declara que aunque Ann Margret sea una persona de notoriedad por su profesión en el mundo cinematográfico, esto no implica que su exposición hace que pierda su derecho a la privacidad, resguardándose en la sección 51 de la ley de derechos civiles de Nueva York¹⁰⁹, ley a la que la Corte Distrital de

¹⁰⁸ Salgado Pesantes. Hernán. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 6 n. 1, 2008. p. 71. Disponible en http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

¹⁰⁹ La sección 51 de la Ley de Derechos Civiles de Nueva York se refiere a la posibilidad de “cause of action for injunctive relief and damages where a person’s name, portrait, or Picture is used, without that person’s consent, for advertising purposes, or for purpose of trade”. United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam*

Nueva York apoya en este caso. En respuesta a la demanda la Corte Distrital de Nueva York admite que toda persona tiene el derecho constitucional a la privacidad de su vida al igual a la decisión de cómo se utiliza su imagen.

Independiente de esto la Corte Distrital de Nueva York estima que cuando la actriz consintió a que salga esa imagen en la película “Magic”, película de exposición internacional, está consintiendo de igual manera al uso de esa imagen por otros medios, con la condición de que la misma no puede ser modificada de su contexto original. Esto significa que al consentir Ann Magret a salir semi desnuda en la película, está renunciando a su derecho a reclamar un abuso a su privacidad o imagen por su continuado uso por otros medios de comunicación quienes muestren imágenes de la película en la que figura la actriz. La Corte Distrital de Nueva York concluye que la revista High Society reprodujo las imágenes que ya estaban disponibles en el medio público, lo que incluye la imagen a pecho desnudo. En ningún momento se modificó las imágenes o se les otorgó un tono ofensivo. De igual manera la Corte considera que Ann Magret es una persona notoria y por ello sus actos son de gran interés para muchas personas, lo que incluye a la imagen como un evento que merece ser informado.

The right of publicity does not invest a prominent person with the right to exploit financially every public use of his or her name or picture; the right of publicity only applies to advertising (...)Once a person has sought publicity he cannot at his whim withdraw the events of his life from public scrutiny. (...) The plaintiff in the instant action chose to appear partially nude during one scene in a major motion picture which she knew was to be widely distributed. Upon release, that film, which was highly successful, was seen by millions of persons.⁷ It has been held that when an individual consents to be viewed in a certain manner during the course of a public performance, such as in a movie, it cannot then be argued that a subsequent faithful reproduction (no allegation has been made that the picture has been altered) of that appearance constitutes an invasion of privacy (...)In the instant action the defendants did no more than feature the photographs of Ann-Margret, along with the pictures of other well-known women, in a magazine devoted to the publication of such material. A use of this nature simply does not constitute one for trade or advertising purposes. As a result, it may not, either under the common law as it has evolved in New York or under the First Amendment to the United States Constitution, provide the basis for a cause of action for violation of the right to publicity (...)There being no legal basis for the plaintiff's claims under either

Publications Inc. No. 80 Civ. 27. p. 2. 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

section 51 of the New York Civil Rights Law or the common law right to publicity, to the extent that one may exist in New York,¹¹⁴ the defendants' motion for summary judgment is hereby granted (...)For the reasons stated, all of the counterclaims are dismissed. Both motions are granted in all respects, and the action is dismissed in its entirety. The clerk will enter judgment.¹¹⁰.

La Corte considera que el uso de estas imágenes no es de propiedad exclusiva de Ann Magret por haberlas compartido con el público, así como el hecho de que la publicación de las fotografías se hizo para el fin de la revista, que es publicar este tipo de material. Con este razonamiento la Corte fallo el caso en favor de la revista High Society, concluyendo que Ann Magret no tiene bases para ninguno de sus dos argumentos ya que voluntariamente compartió esa imagen y su uso con el público, así como la revista solo difundió la fotografía que ya era publica y notoria.¹¹¹. Este es un ejemplo de que una persona que es notoria puede considerar que se ha vulnerado su derecho a la imagen, sin que eso sea jurídicamente considerado una violación. Distinto es el caso de una persona común, cuando se muestre una fotografía o imagen sacada de un video personal y no de distribución masiva como el caso de una película, sin su permiso expreso,. Este caso si es una clara violación al derecho a la imagen.

Lo que sí se puede concluir sobre las imágenes de los famosos y su exposición, es que cuando hay una violación al derecho a la imagen, es decir, presentando a la persona notoria en un tono diferente al que designa en sus fotos, hay una interpretación lesiva de su imagen y merecedora de sanción. Es el hecho de que toda persona notoria tiene que estar pendiente de que así como tiene su imagen con propósito patrimonial, también tiene su derecho a la imagen intransferible y fundamental. Permitir el uso de la imagen de una persona famosa en fotografías con un fin patrimonial implica que hay consentimiento expreso de manera contractual para el uso de las mismas. El uso de imágenes sin el consentimiento de las personas famosas que no son por razones informativas, culturales o justificables por ley, cae como una violación clara al derecho a la imagen.

¹¹⁰ United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam Publications Inc. No. 80 Civ. 27.* 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

¹¹¹ United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam Publications Inc. No. 80 Civ. 27.* 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

Estos casos son unos cuantos que demuestran como las personas famosas o con un fácil reconocimiento dentro de su sociedad o comunidad pueden ser afectadas por la distribución de fotografías en las cuales aparezcan de manera involuntaria. El efecto que tiene la distribución de estas imágenes en las personas que figuran en la misma afecta su privacidad así como puede significar una pérdida económica. Puede ser que la persona sea extremadamente famosa o reconocida dentro de su comunidad pero su derecho a la intimidad, de algún hecho que no desea compartir con el resto de personas, debe ser respetado y protegido. Esta protección de la intimidad (privacidad) se debe tener en cuenta siempre cuando se busca distribuir información, ya que si esta información afecta la privacidad de la persona se está violando su derecho. Es por esta razón que se hacen excepciones para el uso de las imágenes, limitándose a razones informativas, culturales o que se pueda justificar por ley.

2.1.2 Representantes de Empresas

Dentro de la esfera legal se encuentra a las personas naturales y jurídicas. Las Naciones Unidas reconoce los derechos fundamentales de las personas naturales, lo que indirectamente incluye el derecho a la imagen, a través del derecho a la intimidad. Por el contrario las personas jurídicas son una ficción de derecho, y por ello son sujetos de derecho que tienen la posibilidad de contraer obligaciones y tener derechos, pero no son poseedores de derechos fundamentales. La Carta de Derechos Fundamentales de las Naciones Unidas sólo otorga derechos humanos a quienes son definidos biológicamente como tal, lo cual no incluye a las personas jurídicas quienes dependen de personas naturales para su funcionamiento.

Toda empresa tiene reconocimiento comercial por la marca que les representa, pero de igual manera las empresas son representados por ciertos individuos a quienes se les relaciona con esa compañía. Estas personas actúan en nombre y beneficio de la empresa, en cierto sentido convirtiéndose en la cara humana de esa industria. Las personas jurídicas no pueden tener el derecho al honor, intimidad e imagen como las personas naturales, ya que carecen la calidad de ser humano y por ende los derechos fundamentales que van con

este estado. Independiente de que las personas jurídicas no tienen derecho a la imagen, tienen en la sociedad una “imagen” o reputación que deben mantener, sea a través de sus actos o los de sus representantes. Los representantes legales de compañías declaran en nombre de la empresa actuando como símbolo del pensamiento proyecto o manifestación de un ente jurídico.

Al crearse esta dinámica entre el representante de la empresa y la empresa misma se crea una conexión en el público de que uno está íntimamente ligado al otro. Así la relación que se hace entre Bill Gates y Microsoft, o Steve Jobs y Apple Corp. Esta conexión de los medios de las empresas con sus representantes vincula íntimamente los actos de uno con la imagen del otro. Inevitablemente esto implica que la humillación o caída en desgracia de manera pública del representante legal puede tener repercusiones para la reputación de la empresa.

Una de las maneras en que estas empresas representadas pueden perder su imagen de buen servicio es cuando sus representantes demuestran una falla en su juicio moral, como lo es tener un amorío o contratar el servicio de cortesanías. Es tanta la influencia que un representante tiene en la imagen de la empresa, que el cometer uno de estos errores significaría un golpe económico o social fuerte para su industria. Un caso en que se puede demostrar perfectamente esta conexión entre un representante y sobre lo que representa el mismo, es la caída del valor de las acciones de la empresa Apple cuando murió Steve Jobs, uno de sus co-fundadores y CEO. En el último tiempo de vida de Steve Jobs las acciones de Apple tuvieron una fluctuación a su valor cayendo un 0.2 por ciento, y demostrando poco crecimiento económico del valor de las acciones en el año, contrario a la expectativa del mercado. Independiente del hecho de que Steve Jobs renunció a su cargo de CEO en el 2011, las acciones tuvieron gran fluctuación demostrando la importancia de la conexión de las personas entre la empresa y su representante¹¹².

La proyección de las empresas a través de sus representantes, posiciona a estas personas en una situación particular. Legalmente es imposible que una persona jurídica

¹¹² Burrows, Dan. *Apple's stock dips alter death of Steve Jobs*. Octubre 6 de 2011. Disponible en CNN noticias, http://www.cbsnews.com/8301-505123_162-49042941/apples-stock-dips-after-death-of-steve-jobs/. Visitado el 15 de abril de 2012.

tenga el derecho a la imagen más allá de la marca, pero por un acto negativo en que fue fotografiado a su representante, resulta en una pérdida monetaria y social de la empresa. En este caso, es evidente que el representante no otorgó su consentimiento para tomar o usar la fotografía y por la actividad que se encontraba haciendo en la fotografía le restó prestigio y profesionalidad a la empresa a la que representa.

Hay una vulneración al derecho a la imagen del representante de la empresa sin duda, pero más afectada sale la compañía que se valía de la imagen de su representante para hacer negocios. El representante legal de una empresa tiene dentro de sus obligaciones aquellas establecidas por la ley y por la empresa. En el caso de los actos cometidos por los representantes legales se debe atener al artículo 571 del Código Civil del Ecuador que dicta

Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante¹¹³.

Diferenciar a una persona de la empresa a la que representa puede resultar difícil por la necesidad de las personas de dar una imagen a una persona jurídica. Esto implica que mientras los representantes estén actuando dentro de sus obligaciones como representantes de la empresa, establecidas por la corporación o la ley, se consideran actos de la empresa, pero si es que esos actos por los representantes se exceden a lo que se considera de la corporación entonces son obligados personalmente según lo que dicta la ley. En otras palabras todos aquellos actos de un representante legal que no estén dentro de las normas especificadas como sus obligaciones no pueden considerarse como hechas en nombre de la empresa. El no ser un acto en nombre de la empresa exime al representante legal de obligaciones si es que sus actos personales se difunden y como resultado secundario llega a afectar a la compañía. Las personas socialmente pueden relacionar al representante legal con la empresa, pero cuando se refiere a los actos de la persona fuera de sus obligaciones de la empresa se debe tener en cuenta lo que detalla el Código Civil y Código de Comercio.

¹¹³ Artículo 571. *Código Civil del Ecuador: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento 46 del 23 de junio de 2005.

Al ser las empresas personas jurídicas, es decir personas ficticias con la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones como establecido en el Art. 564 del Código Civil, tienen sus propias normas dentro del ordenamiento jurídico. El que sean personas jurídicas implica que no se rigen bajo la protección legal que se les otorga a las personas naturales a través de sus derechos personalísimos. Esta división entre las personas jurídicas y naturales por la ley crea una clara distinción en aquellos actos que se consideran parte de los actos empresariales y actos personales que como consecuencia afectan el buen nombre de la empresa, así como el “good will”.

En el caso de que se dé una situación en donde el acto de un representante sea captado en fotografía, y éste tenga una incidencia directa con la empresa de manera negativa, y este acto sea considerado como prohibido o sancionado por la empresa o la ley, la empresa puede adjudicar una sanción al representante. En el caso en que el comportamiento del representante no sea correcto más no impacte al buen nombre de la empresa este se debe considerar un acto personal del representante, independiente de sus responsabilidades como persona de la empresa.

Un caso en donde el uso de la imagen de una persona ha afectado su vida profesional es el caso Solano v. Playgirl Inc en el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos. En este caso la revista Playgirl uso la imagen de José Solano, sin camiseta y con terno de baño rojo, atuendo que usa el actor en la serie Baywatch, en la portada con la frase sugestiva “TV Guys. Primetime’s sexy Young stars Exposed”. La revista Playgirl es reconocida por contener fotografías de personas desnudas además de artículos escritos. Solano no poso para la foto que se uso en la portada ni dio una entrevista a la revista, ni tampoco apareció desnudo en las imágenes. José Solano, quien es conocido por ser una persona íntegra, demanda a Playgirl por deliberadamente dar la falsa impresión de que poso desnudo en la revista. Dentro de la revista el señor Solano sale solo una vez en una fotografía donde esta totalmente vestido junto con un perfil de su vida profesional. Solano demando a Playgirl Inc. en la Corte Superior de California alegando que se invadió su privacidad al representarlo falsamente y apropiándose de su imagen sin consentimiento.

He claimed he was humiliated and embarrassed when he learned of the use of his photograph on the cover of Playgirl and that he suffered a decline in job offers,

invitations to charity events and social contacts with others in the entertainment industry following the publication of the January 1999 issue¹¹⁴.

Este caso se retira de la Corte federal y pasa a la Corte Distrital de los Estados Unidos para juicio sumario. La Corte Distrital acepta que el caso se vaya a juicio sumario y concluye que Solano no estableció un caso solido de que la revista haya buscado dar una falsa impresión al lector, de igual manera la corte concluye que la fotografía no daba una falsa impresión, que al ser una figura publica no podía mostrar contenido malicioso, la fotografía no afecta sus relaciones publicas y finalmente que no es una excepción al interés publico. Solano en vista de esta conclusión de la Corte Distrital opta por apelar a la decisión. La Corte de Apelaciones después de revisar el caso concluye que no esta de acuerdo con la decisión de la Corte Distrital y decide llevar el caso a juicio. Solano en la Corte de Apelaciones argumento que al ver la portada en el contexto de la revista se da un mensaje falso al lector, sugiriendo que dentro de las paginas de la revista van a haber fotografías del actor desnudo o “expuesto”, argumento que la Corte secunda. La Corte de igual manera concluye que aunque el artículo sobre Solano en la revista no tenia un contexto sexual no tiene importancia ya que las frases sugestivas en la portada llevan a creer que se va a ver al actor al desnudo. La Corte continua su análisis al decir que esta revista por su contenido se vende con cobertor plástico, obligando al comprador a guiarse por lo que muestra la portada, que en este caso insinúa que el actor saldrá expuesto. Solano al ser hijo de un Ministro, y por ende de una familia altamente religiosa sufrió humillación personal y familiar por la publicación de la fotografía. Aunque Solano alego que como resultado de la fotografía perdió negocio no pudo mostrar evidencia que pruebe este hecho. La Corte concluye que aunque Solano no haya podido probar la perdida de oportunidades profesionales es suficiente la humillación y vergüenza personal y familiar para probar que se le ha hecho daño al actor. Finalmente la Corte de Apelaciones analiza si es que se violo su derecho a la privacidad. La revista Playgirl compro la fotografía de Solano de Retna Ltda. y en la factura se especificaba que Solano no había firmado un “release for the use of the picture¹¹⁵”. Playgirl por el contrario alega que Solano posó voluntariamente en las

¹¹⁴ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Solano v. Playgirl Inc. No. 01-55443 March 4, 2002-June 13, 2002*. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1375783.html>. Visitado el 5 de noviembre de 2012.

¹¹⁵ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Solano v. Playgirl Inc. No. 01-55443 March 4, 2002-June 13, 2002*. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1375783.html>. Visitado el 5 de noviembre de 2012.

fotografías conociendo que las mismas iban a ser vendidas a revistas. La Corte concluye en este argumento que Playgirl se apropió del nombre e imagen de Solano y se le debe restituir por estos daños. La Corte de Apelaciones en vista de todos estos puntos antes tratados solicita se anule la sentencia de la Corte Distrital y se devuelva a la Corte Federal para sentencia.

En el caso de Solano v. Playgirl se puede ver claramente como la violación del derecho a la imagen puede afectar el aspecto profesional de una persona. Al ser Solano una persona conocida quien vende su imagen y talento dentro de la industria del entretenimiento, el uso de una imagen relacionada a su trabajo para un artículo que no tiene relación con sus obligaciones profesionales afecta su privada y social, extendiéndose a la necesidad de demandar a la revista por esta intromisión.

El derecho a la imagen de las personas que desempeñan un papel como representantes de empresas es independiente del derecho de cada empresa a defender su marca. Cuando se desarrolla una situación en el cual el acto del representante afecta la reputación de la empresa cae dentro de las regulaciones contractuales. La imagen de una persona es un derecho personalísimo, que puede o no tener un aspecto patrimonial. “El derecho a la imagen es, ante todo, el derecho a determinarla, individualizarla frente a los demás¹¹⁶” y después está aquel derecho a controlar la imagen para usarla con la intención de sacar provecho de la imagen. Esta distinción entre el derecho a la imagen como personal y su uso comercial, así como la protección de la reputación de la empresa a través del comportamiento de los representantes debe tenerse en cuenta en este tipo de situaciones.

¹¹⁶ Blasco Gascó, Francisco de P. *Algunas Cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Catedrático de Derecho Civil Universitat de València. p. 9. Disponible en www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESiz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeToou5cI5tgRYI6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFCkOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJh9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1, visitado el 26 de marzo de 2012.

Cuando se refiere a la imagen de un representante legal con respecto a su empresa en verdad se está refiriendo a su reputación. La reputación o buen nombre y *good will*¹¹⁷ de una empresa es importante, más debe estar regulada por los acuerdos entre la empresa y su representante a través de su contrato, lo que incluya el afectar la reputación de la empresa por actos en los que esté involucrado y sea captado cometiendo su representante. La imagen, por el contrario, es de propiedad del representante exclusivamente, donde su utilización, regulación y captación es de la persona.

La separación de la reputación de la empresa con la imagen de un representante de la empresa no siempre es posible en los ojos del público. Esto se debe a que las personas dentro de una sociedad tienden a otorgar una imagen a cada empresa para identificarse, generalmente siendo el representante de la empresa quien asume esta posición. Las empresas y personas jurídicas se definen o identifican por su marca, pero son los representantes de esas empresas quienes hacen las conexiones emocionales con los clientes y por ende la sociedad. Es esta razón por la que es muy común encontrarse con conexiones entre personas como Bill Gates, Steve Jobs y Santiago Gangotena con las personas jurídicas de Microsoft, Macintosh y Universidad San Francisco, respectivamente.

Aunque el público no tiene la habilidad para diferenciar entre una empresa y su representante, jurídicamente por medio del contrato y las obligaciones laborales es posible hacer esta distinción de sus derechos y obligaciones. La situación que se da en los casos en que hay demasiada notoriedad de las personas como efecto del vínculo con la empresa que representan, es un resultado de la necesidad de la sociedad de crear lazos. Aunque en los ojos del público no es fácil hacer una separación de la empresa y su representante, legalmente las obligaciones de un representante están delimitadas por la empresa y por la ley. Si es que el representante legal no cumple con sus obligaciones delimitadas por la ley y la empresa, ésta última está en todo su derecho de demandar al representante por su afectación a su buen nombre.

¹¹⁷ Good Will: Buena Voluntad.

2.2 Las Figuras Privadas

Las figuras privadas se distinguen por el anonimato que les otorga el no ser figuras públicas. Esto implica que toda persona, al tener “el derecho a la imagen concebido como algo íntimamente ligado a la personalidad¹¹⁸”, tiene el derecho de elegir cómo dispone de sus derechos. Toda figura privada tiene la capacidad de elegir la manera en que utilizan y distribuyen su imagen, con tal de que esta no sea en detrimento del derecho de otros. La calidad de figura privada corresponde a todo ser humano, lo que incluye el derecho a la vida privada y a desarrollar su personalidad, independientemente de que pueda posteriormente adquirir la calidad de figura pública. En este caso, las figuras privadas se les categoriza en dos grupos, los mayores de edad y los menores de edad,. Existen también situaciones especiales para quienes hayan fallecido y su respectivo derecho a la imagen.

Toda persona tiene una esfera pública y una privada, las figuras públicas tienen una esfera privada reducida donde contienen su vida íntima y familiar. Mientras mayor es la participación de una persona en la sociedad, mayor es la esfera pública de esa persona, y mientras la persona comparte menos de su intimidad, mayor es su esfera privada. Cada persona tiene el control sobre el alcance de su esfera privada y su vida pública. Esto quiere decir que cuando una persona que es notoria decide retirarse del ojo público está reduciendo su esfera pública a favor de aumentar su esfera privada¹¹⁹.

De igual manera, es posible aumentar la esfera pública al compartir información con la sociedad que de otra manera se consideraría privada, por ejemplo el difundir fotografías de la persona almorzando, pasando tiempo con la familia, o de las fiestas a las que asisten. La figura pública de una persona es lo que se comparte con el resto de personas dentro de la comunidad, mientras mayor es la notoriedad de la persona menor es la esfera privada. Las figuras privadas tienen una vida mayormente anónima, ya que las personas dentro de la sociedad a las que les interesa la vida de esta persona es limitada, es decir los amigos, la familia, los colegas, entre otros. Por el contrario, si es que una persona

¹¹⁸ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 36.

¹¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2.

tiene reconocimiento por su profesión o posición social, es una figura pública. En el caso de las personas públicas se desarrolla una situación especial cuando este decide reducir su esfera pública. Esto se debe a que la persona pública como vimos anteriormente ya renuncia a esa privacidad y por ello es difícil recuperar ese anonimato basándose en su derecho a la intimidad¹²⁰.

La información que la persona notoria o pública ha decidido compartir con el resto de la comunidad, es casi imposible de volver a incorporar a su esfera privada, dejando como opción que sean solo sus acciones en el presente y el futuro las que van ahora a ser parte de su esfera privada. En el caso de los eventos que han sido difundidos en el pasado de la persona notoria, se debe considerar lo que resolvió la división de apelaciones de la Corte Suprema del Estado de Nueva York el 11 de marzo de 1958 en el caso de *Goelet v. Confidential Inc.*: “Once a person has sought publicity he cannot at his whim withdraw the events of his life from public scrutiny¹²¹”. Siendo esta situación uno de los pocos casos en donde no se puede retraer a la esfera privada lo que se ha compartido en la esfera pública.

2.2.1 Los Mayores de Edad

Toda persona tiene derecho a decidir sobre su vida, esto incluye el uso de su imagen de la manera que considere la más apropiada. Todo mayor de edad o adulto, es decir ser humano de dieciocho años en adelante, tiene la capacidad para decidir sobre su vida e imagen, en el caso de las fotografías este pensamiento no es la excepción. “La

¹²⁰ Ver caso: United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam Publications Inc.* No. 80 Civ. 27. 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

¹²¹ “Cuando una persona a buscado publicar su vida no puede en impulso retraer los eventos que a hecho públicos del escrutinio público”. Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Goelet v. Confidential Inc.* 5 A.D.2d 226. p.2. March 11, 1958. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19582315AD2d226_1174.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. visitado el 5 de abril de 2012. La traducción al español es propia.

imagen humana individualiza a las personas y las distingue de los demás, les confiere una proyección eterna que aporta elementos para conocer su modo de ser personal¹²²”.

La imagen, al ser la representación física de la personalidad, tiene un alto grado de importancia dentro de los derechos de la persona. El derecho a la personalidad a su vez se compone de varios derechos individuales. Estos derechos son: el derecho al honor, a la vida privada, a la intimidad personal/familiar y el derecho a la propia imagen. Aunque estos derechos son individuales tienen tal cercanía con el derecho a la personalidad que normalmente sucede que al violar uno de estos derechos se está vulnerando otro derecho íntimamente relacionado.

Unos ejemplos de la violación de derechos íntimamente relacionados son cuando aparece una “fotografía manipulada enviada por Internet, o la imagen de una persona con un atuendo ridículo, (o) una superposición de imágenes¹²³”. Una clara situación en donde se puede ver la violación de dos derechos con un mismo acto es el caso de *Hoffman v. Capital Cities/ABC Inc.* donde se presenta una fotografía manipulada de Hoffman con propaganda que la Corte consideró como una violación a la dignidad del actor así como una violación a su derecho a la publicidad. En este caso hubo una fotografía manipulada de una persona con un atuendo ridículo, superponiendo el cuerpo de un modelo vistiendo un vestido con la cara de Hoffman.

Sin embargo, este caso subió al noveno circuito de la Corte de Apelación que modificó el veredicto por el valor comercial y justificando el acto como humorístico y sin malicia, ya que Hoffman es reconocido por su papel en la película *Tootsie*, donde hace el papel de un actor que se viste de mujer¹²⁴. La Corte de Apelaciones consideró que el uso de la imagen del actor Dustin Hoffman se puede justificar como un acto de licencia

¹²² Marti de Gidi, Luz del Carmen. *Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derecho humanos*. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. p. 6. Disponible en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/luz8.pdf> visitado el 5 de marzo de 2012.

¹²³ Marti de Gidi, Luz del Carmen. *Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derecho humanos*. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. p. 4. Disponible en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/luz8.pdf> visitado el 5 de marzo de 2012.

¹²⁴ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Hoffman v. Capital Cities ABC Incorporated*. Nos. 99-5563, 99-55686. De 10 de octubre de 2000 a 6 de julio de 2001. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1004607.html>. Visitado el 6 de abril de 2012.

artística y comercial. Esta conclusión no significa que no existan otros casos de fotografías manipuladas que violen el derecho a la publicidad, privacidad, moral o el derecho de copyright. Los derechos antes mencionados tienen elementos que también se consideran derechos individuales que pueden ser violados aunque no haya violación del derecho a la personalidad. Así, como por ejemplo el *right of privacy*, que incluye el derecho a la intimidad, el derecho a la imagen, el derecho a la voz, entre otros.

La cercana conexión entre estos derechos vuelve necesario para que la persona entienda que cuando está renunciando a parte de uno de estos derechos está permitiendo el uso parcial de otros de estos derechos, generalmente el derecho a la intimidad o privacidad. Cada uno de estos derechos que son parte de la personalidad tienen el derecho a la protección por la sociedad, en caso de la imagen hay una especial protección de este derecho por su cualidad dual de la posibilidad de atentar contra otros derechos.

El derecho a la imagen se puede resumir como un derecho fundamental y personalísimo que se considera como parte de la personalidad, que permite a solo su titular la reproducción, exposición, publicación y comercialización. El completo control de la imagen por el titular significa que

ninguna otra persona puede hacerlo sin nuestro consentimiento, y en ello está el centro de la relación jurídica, ya que el titular de este derecho mediante el consentimiento, puede desprenderse de algunas facultades del mismo para trasladarlas a otra persona, en este acto puede mediar precio o no. De este consentimiento dependerá la licitud o ilicitud de la publicación de una imagen¹²⁵.

En otras palabras, el “derecho a la imagen es fundamentalmente el derecho a exteriorizar y hacer visible determinada imagen que individualice al sujeto de acuerdo con su propia estética: una determinada manera de individualizarse físicamente¹²⁶”. Es el derecho de toda

¹²⁵ Marti de Gidi, Luz del Carmen. *Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derecho humanos*. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. p. 6. Disponible en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/luz8.pdf> visitado el 5 de marzo de 2012.

¹²⁶ Blasco Gascó, Francisco de P. *Algunas Cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Catedrático de Derecho Civil Universitat de València. p. 10. Disponible en www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsIz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeToou5cI5tgRYl6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFckOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJ

persona evitar que se difumine incondicionalmente su aspecto físico ya que vulnera el derecho a la imagen, y consecuentemente, el derecho a la dignidad.

Hay dos maneras de considerar a la vulneración a la imagen. La primera es que cualquier uso o captación sin consentimiento, es sancionado por ley. La segunda es considerar que la imagen no queda protegida “si solamente se capta”, pero si se sanciona si es que “se daña la reputación o el decoro de la persona cuya imagen se publica¹²⁷”, declarando que hay aquellas situaciones donde el uso inocuo de la imagen ajena no se debería considerar como una violación del derecho a la imagen. De igual manera se puede considerar que el derecho a la imagen solo se refiere a aquellas características distintivas, físicas que presenta al resto el ser humano, o que “la imagen no se limita física o materialmente a la figura o representación o si prefiere, el derecho a la imagen no se agota en la figura humano sino en cualquier manifestación que permita su reconocibilidad¹²⁸”. Aunque estas visiones sobre el alcance del derecho a la imagen son distintos, ninguno está equivocado, sino se refieren a diferentes apreciaciones de su trascendencia. Lo que sí se puede considerar como reconocido por todo autor es la dualidad del derecho a la imagen, su aspecto positivo que permite usar la imagen a conveniencia del titular, y su lado negativo como es el impedir el uso de la imagen por terceros.

Dentro del aspecto positivo está la capacidad del ser humano de dar su consentimiento para que se use su imagen. Al consentimiento se lo considera como la

[h9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1](http://www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsIz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeToou5cI5tgRYl6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFckOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJh9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1), visitado el 26 de marzo de 2012.

¹²⁷ Blasco Gascó, Francisco de P. *Algunas Cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Catedrático de Derecho Civil Universitat de València. p. 4-6. Disponible en www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsIz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeToou5cI5tgRYl6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFckOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJh9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1, visitado el 26 de marzo de 2012.

¹²⁸ Blasco Gascó, Francisco de P. *Algunas Cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Catedrático de Derecho Civil Universitat de València. p. 27. Disponible en www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsIz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeToou5cI5tgRYl6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFckOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJh9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1, visitado el 26 de marzo de 2012.

Acción y efecto de consentir, compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos¹²⁹.

El consentimiento de una persona puede ser tácito o expreso. En el caso de las fotografías, depende de la imagen y el fin de la misma para determinar si es que el consentimiento debe ser expreso o tácito. En el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual se pide el consentimiento expreso y escrito para el uso de imágenes fotográficas de las personas que figuran en la imagen. Esto no significa que todas las personas que están en la fotografía tenían la intención o eran el fin de la fotografía.

Cuando se toman fotografías, donde además de la persona que figura en la imagen hay otras personas que han sido capturadas, pero que no son parte de la foto ni el fin de porqué se captó la imagen, éstas deben ser consideradas como escenografía, siendo la obligación del fotógrafo el proteger la identidad de aquellas personas. Especialmente si es que se está mostrando a la persona en una actitud ridícula, denigrante o de otra manera ofensiva. La razón por la que es obligatorio que el fotógrafo proteja a la persona se debe a que al no hacerlo está violando sus derechos constitucionales, lo que incluye el derecho a intimidad, entre otros, ya que el derecho del fotógrafo termina cuando el de el fotografiado comienza. Al proteger el fotógrafo a otras personas legalmente se está protegiendo a sí mismo de posibles acciones en su contra por la fotografía. En el caso de que el fotógrafo no tenga como fin de la fotografía el mostrar cierta gente pero por coincidencia estos sean capturados en la imagen, el fotógrafo debe estar pendiente si es que la fotografía viola alguno de los derechos de esas personas. Si las personas en la imagen que se consideran como escenografía y por ende aparecen por consentimiento tácito, se presume que su presencia no afecta de manera positiva o negativa el impacto que quiere lograr el fotógrafo con la imagen. Si es que no se está afectando a la persona de ninguna manera y esa persona no es el fin de la fotografía, considero que existe un consentimiento tácito del sujeto, hasta que este se exprese en contrario.

¹²⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Decimoséptima edición. 2005. p. 85.

Legalmente en el Ecuador, el mayor de edad se considera a todo ser humano que haya pasado su décimo octavo año de vida, y con ello tiene la prerrogativa absoluta de elegir sobre su vida, con tal de que no afecte el derecho de otros. Una de estas disposiciones de su derecho se refiere al consentimiento para el uso de su imagen. Esto quiere decir que “no hay intromisión ilegítima si existe el consentimiento por parte del titular del derecho¹³⁰”. Al dar el consentimiento para tomar las fotografías y darles un uso, se está renunciando voluntariamente a recurrir posteriormente a métodos legales por abuso a la imagen. Este consentimiento al uso de la imagen es lo que permite la utilización de la misma para el fin que tiene el autor.

Es el acto voluntario de otorgar la imagen, hacerla pública o de propiedad ajena, lo que en consecuencia crea la pérdida de reclamar el posterior uso de la fotografía alegando desconocimiento de su fin. El consentimiento que da la persona se debe entender como limitado al fin al que se le fue asignado la fotografía. Este consentimiento escrito de uso de la imagen exime de responsabilidad cuando la imagen es utilizada dentro del fin aceptado a los distribuidores de la imagen. Si hay un abuso de la imagen en el sentido que se manipule la fotografía para sacar otro provecho o modificar su fin ahí si está justificado el tomar acción legal.

Otorgar permiso para que un tercero utilice la imagen fotográfica de una persona implica que hay un parcial otorgamiento del derecho a la imagen con respecto a esa fotografía, sin que esto implique la renuncia del derecho a la imagen. “En el momento en el que alguien consiente en una intromisión en intimidad personal o familiar, aquello deja de ser estrictamente vida privada (...) y pasa a engrosar el caudal informativo público¹³¹”. La persona mayor de edad, en pleno conocimiento de sus derechos y capacidades está permitiendo la intromisión de terceros en su vida personal en ese aspecto fotográfico que ha decidido presentar al resto. Este movimiento del balance entre la vida privada y la pública a conciencia del sujeto que participa. La decisión de presentar un aspecto de la vida privada se hace voluntariamente al determinar la imagen que considera para el

¹³⁰ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 205.

¹³¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 205-206.

consumo de la comunidad. La decisión de la persona no implica conceder carta blanca para quien está en posesión de la fotografía ya que todavía se debe considerar que la imagen se hizo con un fin específico, no con el propósito de modificar o utilizar esta foto de manera diferente. En caso de que la fotografía sea utilizada de una manera diferente a la que fue otorgada a través del consentimiento de la persona es una la violación del derecho a la imagen y se debe aplicar las sanciones correspondientes.

Una situación especial que se debe considerar para el consentimiento del uso de una fotografía, es el del menor de edad emancipado. Cuando se refiere a un menor de edad emancipado, se está hablando de un menor con la capacidad de regir sobre su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad. Un menor de edad, para adquirir esta situación jurídica, debe conseguir permiso por los que ejercen su patria potestad¹³², matrimonio o por sentencia judicial. “La emancipación da fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial¹³³”. El terminar la patria potestad¹³⁴ significa que los padres ya no tienen un cierto conjunto de derechos sobre ese menor de edad, permitiendo que éste tome esas decisiones, volviéndose independiente de los mismos de manera irrevocable¹³⁵. Esto significa que el menor de edad emancipado para todos los propósitos de fotografías se los debe considerar como adulto en su consentimiento para el uso de las mismas, sea por razones comerciales o artísticas.

El consentimiento de las personas mayores de edad con respecto al derecho fundamental a la imagen puede ser revocable y limitado. Al ser la imagen un derecho fundamental del ser, un derecho humano intransferible, permitir su uso lleva a la conclusión de que quien ha dado su permiso para utilizar la imagen, puede negarlo de igual

¹³² Art. 104-106. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹³³ Art. 308. *Código Civil del Ecuador: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

¹³⁴ “Art. 283.- La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”. *Código Civil del Ecuador: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005. “Art- 105.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de los derechos y garantías de los hijos de conformidad con Constitución y la ley”. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹³⁵ Art. 313. *Código Civil del Ecuador: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

forma. En el caso del usufructo, el “derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible¹³⁶”, se debe tomar en cuenta que las fotografías se dan a cambio de un beneficio económico siendo su uso el fin específico de la foto.

Las fotografías se intercambian por un valor económico, es decir, es un objeto que está pasando de propiedad mediante contrato. La imagen de la persona no está siendo usufructuada a cambio de dinero por un tiempo definido, ya que la imagen como derecho fundamental no puede ser dispuesto, lo que se está haciendo es dar una fotografía física para un uso específico, imagen que no puede ser manipulada o dada un fin que no sea para el que fue desarrollado. En esos casos donde no se está hablando de una negociación contractual para usar patrimonialmente una fotografía es posible que una persona para proteger su imagen, considere retraer el permiso que había otorgado anteriormente de uso a cambio de una compensación a quienes tienen aquellas imágenes. Este pensamiento se apoya en el hecho de que los derechos fundamentales, como el de la imagen, son personales del individuo para hacer con su derecho lo que mejor convenga o en otros términos “el derecho a la propia imagen injiere en el ámbito del ser de su titular y consecuentemente, aunque en ocasiones ceda algunas de sus facultades, él continúa siendo el titular del derecho¹³⁷”.

Los adultos tienen la capacidad de celebrar contratos, sobre todas aquellas cosas que no estén expresamente prohibidas por ley. Uno de estas libertades es contratar su imagen como un efecto patrimonial. En este caso, al celebrar el contrato, se hace un consentimiento legal y por escrito que permite el uso de la imagen de otro en aquellas situaciones específicamente descritas en el contrato. La persona está comprometiendo el uso de su imagen por el autor, a cambio de un crecimiento patrimonial “no obstante, puede revocar su permiso indemnizando al artista por los daños que se le irroge por su decisión, pues de lo contrario se menoscabaría su libertad¹³⁸”. La calidad fundamental del derecho a

¹³⁶ Art. 778. *Código Civil del Ecuador: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

¹³⁷ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 209.

¹³⁸ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 46.

la imagen es previo a la capacidad de contratar la imagen para uso patrimonial. El aspecto del derecho a la imagen como fundamental, es el que se protege cuando se presenten violaciones a la imagen por su vínculo a la dignidad humana, dejando que el carácter patrimonial que puede o no utilizarse caiga dentro de las regulaciones de la contratación.

2.2.2 Los Menores de Edad

Los menores de edad son aquellos que tienen menos de dieciocho años de edad. Independiente de este hecho, toda persona tiene el derecho a la imagen, ya que es uno de los derechos personalísimos del ser humano, y por ello no es permitida su transferencia y manipulación o uso, sin el consentimiento del sujeto a quien pertenece este derecho. Utilizando esta lógica, los menores de edad, así como todo ser humano, tiene el derecho a decidir sobre su ser, siempre y cuando no se viole su derecho a la dignidad y aquellos derechos otorgados por la Declaración de Derechos Humanos. La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas, e incorporada al ordenamiento jurídico ecuatoriano un año después, así como la gran mayoría de países del mundo.

La Convención, en su artículo primero define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad¹³⁹”. En el caso de determinar quien constituye un menor de edad en el Ecuador, el Código Civil en su artículo 21 clasifica a los menores de edad como

Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos¹⁴⁰.

¹³⁹ Art. 1. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada el 23 de marzo de 1990.

¹⁴⁰ Art. 21. *Código Civil: Tomo 1*. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.

Aunque el Código Civil hace esta distinción, el Código de la Niñez y la Adolescencia lo analiza más a fondo, y como normativa especializada dictamina en su artículo 4 que

Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad¹⁴¹.

Así, eliminando la distinción entre niño y niña para llegar a ser impúber, creando dos categorías, la de niñez y adolescencia. De igual manera, el Código de la Niñez y la Adolescencia asegura que cada menor de edad tiene el derecho a la identidad en su artículo 33, la cual expresamente dispone

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley¹⁴².

El derecho a la identidad incluye el derecho a la imagen, ya que, como se percibe un menor en su entorno y como otros lo perciben define ciertos elementos de su identidad, la cual es esencial para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano, especialmente cuando esto se refiere al menor de edad, quien se encuentra en los años formativos. El derecho a la imagen como derecho fundamental de cada persona, sea esta menor o mayor de edad es inherente al ser humano, siendo imposible la disposición o renuncia a este derecho. La Constitución del Ecuador así como los instrumentos internacionales, como se menciona anteriormente, establecen la importancia de la protección de la intimidad y la vida privada para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano, lo que incluye a los menores de edad¹⁴³. Esta razón es por lo que todo menor de edad es titular de su derecho a la imagen, como parte de sus derechos fundamentales.

El menor de edad, por la capacidad de ser persuadido por medios externos al del hogar, tiene una regulación especial respecto a las imágenes a las que son expuestas. En el Código de Niñez y Adolescencia, en su artículo 51, establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete: su dignidad, autoestima, honra, reputación e

¹⁴¹ Art. 4. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹⁴² Art. 33. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹⁴³ Ver artículo 44 de la Constitución del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

imagen propia¹⁴⁴”. De igual manera se prohíben ciertas cosas relacionadas a la imagen como lo son:

(...) 3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquier otra expresión periodística con imágenes o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso. 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que haya sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; y, 5. La publicación del nombre, así como de la imagen de los menores acusados o sentenciados por delitos o faltas. Aun en los casos permitidos por la ley, no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien sólo la dará si no lesiona los derechos de su representado¹⁴⁵. (lo subrayado es propio.)

Como se puede apreciar el derecho a la imagen para los menores de edad está especialmente delimitado en el Código de la Niñez y Adolescencia, así asegurando su protección. Independiente de esto, el mismo Código permite que se utilice las imágenes de los menores que cumplen con la ley, con el requisito de que tengan el consentimiento del menor de edad mayor a 15 años de manera expresa, o siendo menor a esto con el consentimiento de su representante legal¹⁴⁶. Esta situación en el caso del menor de edad emancipado se debe considerar que ya que este menor tiene su potestad sobre si mismo se lo considera con la misma capacidad del mayor de edad y por ello capaz de permitir la publicación de su nombre e imagen si así lo consiente.

El menor de edad es el poseedor de su derecho a la imagen, ya que es un derecho personalísimo del ser humano. El problema se presenta cuando el menor de edad contempla el uso de su imagen por terceros. En esta instancia se debe tomar en cuenta dos elementos: la madurez del menor de edad y el bienestar superior del menor. Ya hemos concluido irrefutablemente que el menor de edad tiene el derecho como persona a decidir sobre sus derechos personalísimos con tal de que estas decisiones no afecten a su bienestar.

Uno de estos derechos personalísimos es el derecho a la imagen, y como consecuencia el derecho del menor a su disposición. Independiente de ello hay que tomar

¹⁴⁴ Art. 51. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹⁴⁵ Art. 52. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003. Ver también Art. 46 n.1 y 3, y el art. 47 del Código de la niñez y la adolescencia.

¹⁴⁶ Art. 65. *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

en cuenta que aunque el menor de edad tiene la facultad legal para disponer de este derecho, se puede considerar a esta disposición como relativa ya que si es que el menor de edad da consentimiento, este puede en efecto vulnerar otros de sus derechos. Esta validez relativa del consentimiento lleva a que sea el representante legal del menor de edad quien por interés superior del niño¹⁴⁷ puede revertir el consentimiento que a dado el mismo. Como establece el Código de la Niñez y Adolescencia es necesario pedir el consentimiento de los mayores de 15 años para utilizar sus fotografías, mientras que en el caso de los menores de esta edad se hacen con el permiso de los representantes legales. El consentimiento del menor adulto es necesario de acuerdo a la ley para el uso de las imágenes por los padres; esta limitación de la libertad del representante para tomar las decisiones respecto al bienestar de los hijos, demuestra el interés de la sociedad de promover la expresión de la personalidad individual de cada menor, independiente de su círculo familiar. “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño (...)”¹⁴⁸. Si es que el menor de edad considera que las imágenes van en contra de su personalidad y lesiona sus derechos, está en todo su derecho de negarse a que se usen esas imágenes, sea por cualquier medio legal disponible. Está claro que el mayor de edad en el interés de salvaguardar el derecho del menor puede intervenir, más esto no implica que asuma el derecho del menor de edad con respecto a su imagen.

Esto lleva a determinar la madurez del menor de edad. Por ley, el Ecuador reconoce que el adolescente ya no es niño, y por ello se le otorgan más deberes y responsabilidades, así como disposición de sus derechos. La definición de madurez se entiende como la “edad

¹⁴⁷ “Art.11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.” (el subrayado es propio). *Código de la niñez y la adolescencia*. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

¹⁴⁸ Art. 13. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada el 23 de marzo de 1990.

de la persona que ha alcanzado su plenitud vital y aún no ha llegado a la vejez¹⁴⁹”, para lo cual se introduce quien está facultado para determinar la madurez del menor de edad, por deducción esto se otorga a los padres o representantes legales, y a falta de los mismos o en contrario a ello, el del juez o notario.

Considerar al adolescente como lo suficiente maduro para las decisiones de disponibilidad de su imagen implica que “las intromisiones en su honor, intimidad e imagen no sean ilegítimas, siempre que tengan una madurez suficiente¹⁵⁰”. ¿A qué nos referimos cuando consideramos al menor con la madurez suficiente para decidir sobre la disposición de su imagen? A lo que nos referimos es a “la posibilidad de que los sujetos con capacidad de obrar restringida pudieran ejercitar por sí mismos los propios derechos de la personalidad¹⁵¹”. El menor al poder ejercitar sus derechos tiene la capacidad de otorgar el consentimiento con respecto a el uso de su imagen en una fotografía. Este consentimiento aunque sea relativo en caso de la violación de otros derechos de los cuales no estaba consiente el menor, es sin embargo válido.

El artículo 51 del Código de la Niñez y Adolescencia apoya esta apreciación de lo que es madurez de un adolescente con la frase: “no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien sólo la dará si no lesiona los derechos de su representado¹⁵²”.

Al referirse al consentimiento para la publicación del retrato de un menor, habla que es él a quien corresponde el consentimiento – basta con que tenga el suficiente consentimiento natural-, y que sus padres o representantes legales cumplen una función de asistencia de

¹⁴⁹ “Madurez”. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Real Academia Española, 2009. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

¹⁵⁰ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 166.

¹⁵¹ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 166.

¹⁵² Art. 52. *Código de la niñez y la adolescencia*. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada a septiembre de 2007. p.13.

doble vertiente: asistencia para defender la persona y derechos de la personalidad del menor e incapaz, y para la defensa de sus intereses patrimoniales¹⁵³.

En la Corte Suprema de los Estados Unidos se dictó en el caso *Parham v. J.R. en Georgia* que “la mayoría de los niños, aún en la adolescencia, simplemente no son capaces de hacer un juicio de valor con respecto a varias decisiones (...) Los padres pueden y deben hacer estas decisiones¹⁵⁴”. Independiente de esta finalidad en remarcar la responsabilidad de los representantes legales sobre los menores de edad a su cargo hasta que estos puedan tomar decisiones a la mayoría de edad, se han hecho estudios, siendo uno de los principales el de Kohlberg, quien considera que hay seis niveles de madurez del menor de edad, y dentro de esos niveles, los últimos dos demuestran una conciencia decisiva concordante a la de un mayor de edad. Concluyendo que “most adolescents, unlike most preadolescent children, possess the moral reasoning skills of adults¹⁵⁵”. Aún con la decisión de la Corte de los Estados Unidos con respecto a las habilidades de consentimiento de los menores de edad, el creciente reconocimiento de la capacidad de madurez se ve reforzada con el reconocimiento que hace la propia ley a través de emancipar a sus menores, así como la aceptación social de las decisiones de los menores sin consentimiento de sus representantes legales en otros temas¹⁵⁶. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que todo adolescente cuenta con un grado de madurez que difiere, dependiendo de sus experiencias de vida y circunstancias, lo que implica la necesidad de valorar su madurez en cuanto al caso, en donde debe tomar una decisión que lo afecte

¹⁵³ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 166.

¹⁵⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos; Chief Justice Burger. *Parham v. J.R.* 442 U.S. 584 No. 75-1690. Discutido el 6 de diciembre de 1977, el 10 de octubre de 1978 y decidido el 20 de junio de 1979. Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=442&invol=584>. Visitado el 16 de abril de 2012. La traducción es propia.

¹⁵⁵ Batey, Robert. *The Rights of Adolescents*. Volume 23, William & Mary Law Review. 1982. p. 369. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss3/3>. Visitado el 16 de abril de 2012.

¹⁵⁶ Ver *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52. de 1976. Caso con respecto al derecho del adolescente a decidir la terminación de su embarazo sin necesidad del permiso de su representante legal, se usa la lógica de que si el adolescente fue lo suficientemente maduro para tener relaciones y embarazarse, tiene suficiente edad para elegir que acción tomar con respecto a dicho embarazo de manera privada. Caso disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?friend=oye&navby=volpage&court=us&vol=428&page=66>.

como tal. En conclusión, no se daría el mismo peso a la decisión de un adolescente de salir en una fotografía para una revista social, que el salir en una campaña publicitaria¹⁵⁷.

Un caso en donde se puede apreciar la capacidad de un menor adulto es el de Rosa Amelia Flores Escobar contra los cónyuges Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano. En este caso se analiza la capacidad de los cónyuges de mantener un lote de terreno por posesión, predio de propiedad de la señora Flores Escobar quien pide la reivindicación del bien a su propiedad. El argumento más fuerte de los cónyuges Gómez es el hecho de que han estado en propiedad del bien por una gran cantidad de tiempo lo que les permite aplicar la prescripción adquisitiva de dominio del lote en cuestión. En la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia después de probar su competencia analiza si es que el tiempo que pasaron es posesión del bien se debe aceptar para la prescripción adquisitiva de dominio.

Sobre el este particular la recurrente observa que, del proceso constan las partidas de nacimiento de los prenombrados accionistas, de las cuales determina que, Carlos Alberto Ruales nace el 7 de diciembre de 1959 y Esmeralda Teresa Reinoso nace el 15 de octubre de 1962; es decir que, al 4 de enero de 1975, fecha en la que dicen se inició su posesión del lote de terreno, ellos eran adolescentes de 12 y 15 años, respectivamente, lo que hace inverosímil – dice la recurrente- que personalmente o como cónyuges hayan realizado actos de posesión desde la fecha antes referida¹⁵⁸.

La Corte Suprema del Ecuador al darse cuenta de que una parte de los años en los que estuvieron en posesión los cónyuges eran menores de edad analizan si es que como menores tienen capacidad para poseer bienes inmuebles. La Corte Suprema reitera que “los incapaces relativos no necesitan autorización para adquirir la posesión de bienes muebles¹⁵⁹” ya que “para adquirir la posesión de una cosa mueble basta que el sujeto pueda

¹⁵⁷ “Art 65.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos: 1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos. 2. Las personas que han cumplido 15 años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente código (...).”

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

aprehender material o legalmente la cosa y tener la voluntad para hacerlo¹⁶⁰”. Pero dentro de este mismo razonamiento la Corte Suprema admite que este razonamiento es “aplicable sólo a la posesión de cosas muebles, y que ella comporta una excepción a la regla general sobre la incapacidad de ciertas personas carentes de la edad necesaria o de conocimiento y voluntad para administrar libremente lo suyo, excepción que les otorga la facultad de por sí mismos adquirir la posesión de bienes muebles¹⁶¹”. La Corte continúa su análisis especificando que “Este ánimo de señorío y apropiación de una cosa mueble es quizá presumible, aún como representación síquica primaria y hasta como reflejo condicionado, en el incapaz mayor de 7 años que no es demente y que aprehende la cosa para hacerla suya, pues la sencillez y primitividad del acto le posibilita para ello¹⁶²”. Como resultado de este análisis la Corte concluyó que

Por lo que explicado queda, a nuestro juicio, según el sistema de Código, ni siquiera un menor adulto (mayor de 14 años si es varón y de 12 si es mujer) puede tomar posesión de inmuebles. Pero como en la práctica se dan casos, aunque raros, de que la de inmuebles haya sido tomada por menores que práctica se dan casos, aunque raros, de que la de inmuebles haya sido tomada por menores que luego arribaron a la mayor edad, estimamos que lo procedente sería no tomar en cuenta el tiempo de la minoridad, y para los efectos de la prescripción contar sólo el lapso de posesión a partir de la mayor edad.

La Corte Suprema en vista de este argumento casa la sentencia impugnada y confirma la sentencia de primer nivel, la cual pide se devuelva el bien inmueble a la señora Rosa Amelia Flores Escobar, y ya que la posesión se hizo de buena fe por lo cual se precisa hacer el pago de las mejoras correspondientes.

En el caso de las imágenes cuando se usan las mismas se está refiriendo a un bien mueble por lo cual es de posesión del menor de edad, afirmación que se apoya en el análisis de la Corte Suprema del Ecuador. Las imágenes fotográficas cuando son reveladas

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

se vuelven bienes materiales o intelectuales de acuerdo a su uso, pasando desde un derecho personalísimo a un bien material de disposición del menor cuando se esté buscando la disposición del mismo, siempre y cuando se esté refiriendo al menor adulto o el menor emancipado. La capacidad del adolescente en este caso se limita a los temas de bienes muebles más no permite tomar decisiones en los casos de bienes inmuebles, siempre y cuando no se esté refiriendo a casos excepcionales. Los adolescentes que acepten el uso de su imagen están en su derecho de hacerlo, ya que como incapaz relativo tiene la madurez suficiente para decidir sobre estos temas. Con la consideración de que en caso de que los actos de los adolescentes sean contrarios a su bienestar los padres tienen la capacidad de invalidar su aceptación.

El consentimiento se define como la “acción y efecto de consentir; permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la aferra y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos¹⁶³”. La permisibilidad de los derechos de la persona, especialmente del menor de edad, para la disponibilidad del uso de sus derechos personalísimos lleva al dilema de la posible desprotección de estos derechos. Es decir, que permitir el consentimiento del adolescente sobre la utilización de su imagen hacia que se tema que “los derechos a la personalidad del menor quedarán desprotegidos al quedar al arbitrio de su consentimiento¹⁶⁴”. Pero este temor se corrigió al tener al representante legal a cargo de la supervisión del uso de las imágenes sin la violación de otros derechos personalísimos.

La facultad de disposición de los derechos a la imagen del menor de edad, en su calidad de adolescente capaz y con uso de razón, es intransferible a terceros. La declaración de incapacidad y falta de razón para disponer el derecho a la imagen de un adolescente se debe dar por sentencia judicial, siendo esta la única manera en que se pueda remover la capacidad para tomar decisiones que normalmente serían de su capacidad. De igual manera para declarar la incapacidad de un adolescente es necesario que sean los representantes legales quienes por proteger el mejor interés del menor soliciten esta

¹⁶³ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. 1991. p. 96.

¹⁶⁴ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 167.

incapacidad. Esta conclusión implica que para proteger al menor es necesario que el consentimiento del mismo sea por escrito o, en caso de ser incapaz, tiene que darse de manera escrita por parte de los representantes legales. El consentimiento escrito es una necesidad para el menor de edad cuando se refiere a temas patrimoniales, es decir, cuando se va a hacer una explotación comercial de la imagen del menor de edad. Es en estas situaciones que se vuelve indispensable que esté involucrado el representante legal del menor, ya que en contratos de esta naturaleza el menor es incapaz relativo.

En el caso de los incapaces¹⁶⁵, como lo sería un individuo con discapacidad mental, la situación se puede considerar muy similar a la del menor de edad. Los incapaces, en primer lugar, deben tener una sentencia o una norma que declare la incapacidad del sujeto. Al ser incapaz se asegura que la persona que figura en la fotografía no tiene la capacidad de consentir su captación ni uso por terceros por cualquier razón. El tener una incapacidad declarada implica la imposibilidad de tomar decisiones que afecten sus derechos como persona, necesitando que sea asistido por una persona legalmente reconocida como capaz para facilitar la toma de decisiones y su bienestar. Es la falta de capacidad del interdicto¹⁶⁶ lo que vuelve necesaria la intervención de un representante legal o familiar con patria potestad que permita el uso de las imágenes, tomando en cuenta la dignidad de su encargado y así evitando que exista un abuso hacia la persona por la ignorancia/desconocimiento de los hechos.

En fin, se puede llegar a las siguientes conclusiones: El menor de edad y sus derechos personalísimos son intransferibles, los adolescentes tiene madurez necesaria para tomar decisiones (dar consentimiento) sobre la disposición de sus derechos personalísimos

¹⁶⁵ “Defecto o falta total de capacidad, de aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Inhabilidad, ineptitud, incompetencia. Falta de disposiciones o calidades necesarias para hacer, dar, recibir, transmitir o recoger algunas cosas. La declarada expresamente por ley o establecida por sentencia judicial que de manera absoluta o relativa impide ejercer derechos, contraer deberes e intervenir en negocios jurídicos”. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliastás. Decimoséptima edición, 2005. p. 195.

¹⁶⁶ “El estado de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz, privándola de ciertos derechos, bien por razón de delito o por otra causa prevista en la ley. En términos generales, entredicho, prohibición; mandato de no hacer o de no decir. En su principal y antiquísima acepción jurídica, interdicto, en el Derecho Procesal, es un juicio posesorio de índole sumaria, de trámites sencillos o breves, que no cierran la discusión de asuntos en otro juicio más amplio de fondo, definitivo.” Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliastás. Decimoséptima edición, 2005. p. 204.

como lo es la imagen, y sólo en el caso de disposición patrimonial u comercial, es necesario el consentimiento del representante legal. En el caso de aquellos sujetos con incapacidad declarada, es decir incapaz por sentencia o por ley, es necesario el consentimiento de su representante o patria potestad para el uso y captación de imágenes fotográficas.

2.2.3 El Fallecido

Toda persona es titular de sus derechos personalísimos. Cuando se discute sobre el derecho a la imagen de un sujeto fallecido se tiene que hacer ciertas especificaciones. Al tener una fotografía de un sujeto fallecido, se esta prolongando la memoria de la persona y en cierto modo sus derechos y personalidad. Independiente de esto “en ningún caso se admite que los sujetos fallecidos tengan un derecho a la propia imagen, derecho que encuentra su fin con la muerte del titular, sino que únicamente cabe hablar de una memoria del fallecido¹⁶⁷”. Derecho a la memoria que se desarrolla para los herederos o sucesores sobre las imágenes dejadas por su fallecido. El derecho de los sucesores respecto a la imagen del fallecido se prevé en el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, que establece: “El autor de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía sobre una persona, deberá contar con la autorización de la persona fotografiada, y a su muerte, de sus causahabientes, para ejercer sus derechos de autor o conexos, según el caso¹⁶⁸”. De igual manera, en caso de que sea una violación al derecho constitucional a la memoria cultural, se puede recurrir a acciones constitucionales por la violación del derecho a la historia y memoria cultural.

Esto quiere decir que aunque deja de existir el derecho a la imagen para el fallecido, en su lugar se desarrolla el derecho a la memoria para sus sucesores, considerada la prolongación de la personalidad del sujeto fallecido por sus herederos. Al utilizar la imagen de una persona fallecida lo que se busca legalmente es la protección de la memoria, como manera de respetar a la familia y sus sentimientos, así como el valor de la

¹⁶⁷ Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 171.

¹⁶⁸ Artículo 41, Ley de Propiedad Intelectual. 19 de mayo, 1998. Registro Oficial No. 320.

memoria como integrante de la continuación cultural. La imagen de un fallecido solo se puede proteger por su contenido patrimonial ya que los derechos personalísimos son intransmisibles. Esto se debe a que “los derechos esenciales de la personalidad o bienes inmateriales son inseparables del sujeto titular¹⁶⁹”. El derecho a la imagen al ser intransmisible no puede ser protegida ni utilizada como parte de los derechos de otro sujeto. “La no transmisibilidad mortis causa constituye una de las notas típicas e inseparables de los derechos de la personalidad¹⁷⁰”.

Es claro que al ser el derecho a la imagen un derecho inalienable, irrenunciable, e imprescriptible, es imposible la prolongación de este derecho después de la muerte de su titular por un tercero. Este hecho no deja de lado las posibilidades patrimoniales de las imágenes fotográficas que deja una persona a sus herederos después de su muerte así como la protección de la identidad histórica o cultural de las familias¹⁷¹. Al considerar una imagen por su valor patrimonial al morir la persona, éste derecho junto con el resto de valores patrimoniales pasa a sus herederos. En estos casos, donde se transfiere el derecho de uso de la imagen a nivel patrimonial, es decir con existencia de un contrato, implica que estos derechos pasan de parte del titular a sus herederos así como al sujeto (natural o jurídico) que contrajo con la otra persona el contrato. “El derecho a la propia imagen desaparece con la muerte de la persona, aunque perduren sus efectos patrimoniales. En el supuesto de que exista un tercero que desee utilizar la imagen de la persona fallecida deberá atenerse a lo que sobre la materia regula¹⁷²”, la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. En este caso, se da potestad a los herederos y a falta de ellos a sus familiares para el uso de la imagen del fallecido como objeto patrimonial.

Aunque el fallecido no pueda ser protegido por sus propios derechos ya que está muerto, la familia sobreviviente tiene el derecho de hacer respetar su memoria e identidad y proteger los recuerdos que tienen de su familiar fallecido. En el caso de las imágenes del

¹⁶⁹ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 36.

¹⁷⁰ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la Propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. p. 37.

¹⁷¹ Ver artículos 66 n. 19 y n. 28 de la *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷² Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 175.

fallecido, se las puede proteger de dos maneras: por la constitución y por su valor patrimonial, si es que se refiere a personas que usaron su imagen como medio de negocios. La imagen de un fallecido se protege constitucionalmente, a través del derecho de cada familiar de proteger su identidad cultural, su pasado y la memoria de sus antepasados que son parte de la identidad actual de los familiares¹⁷³. Por el otro lado, si es que las imágenes se usan por ganancia comercial, es decir crean un patrimonio en base a la venta de su imagen, como modelos, actores y otros sujetos quienes han usado su apariencia para conseguir un beneficio monetario, los familiares del fallecido están en su derecho de reclamar el uso o alteración de las imágenes fotográficas por la ley de propiedad intelectual.

En conclusión las personas fallecidas no tienen derecho a la imagen, ya que este derecho es intransferible al sujeto que lo obtiene. En su puesto se debe tener en consideración el derecho de los herederos, quienes buscan proteger la memoria, identidad y la cultura de sus antepasados. Son los herederos quienes ejercen el derecho constitucional a la protección de la cultura e identidad, y quienes a través de este derecho pueden exigir la protección de sus antepasados y/o familiares.

¹⁷³ “Art. 66. n. 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente elegidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”. *Constitución del Ecuador*. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

3. Excepciones al uso de las Imágenes Fotográficas

La conexión entre las fotografías y el derecho a la imagen es directa. Esto lleva a que toda fotografía merezca ser protegida para a su vez preservar la imagen de las personas que figuran en el retrato. La relación entre el derecho a la dignidad, la vida privada, a la intimidad, y el derecho a la imagen con la fotografía, demanda la creación de permisos expresos de consentimiento de las personas que figuran en las fotografías. La necesidad de regular las fotografías se debe a que de esta manera se puede proteger el derecho de las personas y controlar el uso indebido de fotografías por terceros.

Este comportamiento, aunque jurídicamente correcto, a su vez actúa como un serio limitante a la libertad de información y de prensa del resto de los seres humanos ya que implica la necesidad de registrar todos los usos de imágenes por terceros. Es por ello que es necesario establecer ciertas excepciones al uso de las imágenes. Las excepciones que se necesitan crear deben contener un delicado balance entre la libertad a la información de terceros y el derecho a la imagen.

El derecho a informar o a informarse es un derecho fundamental., La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 19, expresa: “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión¹⁷⁴”. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, declara que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁷⁵”. Aunque en el Ecuador y en Latinoamérica en general no se han dado casos específicos sobre el derecho a la imagen de terceros en

¹⁷⁴ Art. 19. *Declaración Universal de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas de 1948. Ratificada por el Ecuador el 10 de julio de 1962.

¹⁷⁵ Art. 13. *Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*. Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica. Ratificado por el Ecuador el 21 de octubre de 1977 y vigente desde el 27 de octubre de 1977 en el registro oficial No. 795.

una fotografía, sí se han dado más casos respecto a la imagen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, razón por la cual se cita este convenio. Hay que tomar en cuenta que el Convenio Europeo así como el Pacto de San José, tienen entre sus artículos uno sobre el derecho a la información de similares características (Art. 13 y 10) que podría aplicarse a un caso de derecho a la fotografía y derecho a la información.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 10, dispone que toda persona tiene “la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras¹⁷⁶”. De igual manera, este derecho es corroborado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 19 reconoce:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁷⁷.

Estas normas internacionales que apoyan el intercambio de la información “surge de la necesidad humana de comunicarse y es básico en toda sociedad¹⁷⁸”. La Constitución del Ecuador en su artículo 18 asegura que toda persona tiene acceso a la información y a los medios que proveen de comunicación que proveen la información. En efecto dispone que:

1. Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Art. 10. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

¹⁷⁷ Art. 19, párrafo 2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966. Ratificado en el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en el Registro Oficial No. 101 el 24 de enero de 1969.

¹⁷⁸ Salgado Pesantes, Hernán. *El derecho a la Protección de la vida Privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la Jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, año 6 No. 1. 2008. p. 74. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82060104>, visitado el 2º de marzo de 2012.

¹⁷⁹ Art.18. Constitución de la Republica del Ecuador, aprobada en Referéndum del 28 de septiembre de 2008.

La libertad de información se traduce en la Constitución como la libertad de compartir y recibir información. Este derecho es de tal importancia que se encuentra en la Constitución, dándole el mismo rango que el derecho a la imagen.

En la Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 41, se determina la excepción al uso de fotografías sin necesidad del permiso expreso del ser humano que figura, especificando que “no obstante, la utilización de la imagen será lícita cuando haya sido captada en el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público¹⁸⁰”. Esta excepción se puede dividir para su mejor desarrollo en tres secciones, el uso de fotografías que hayan sido capturadas en acontecimientos públicos, las fotografías que se hayan captado con un fin cultural o informativo, y finalmente el captar imágenes que vayan en acorde al interés público.

Al especificar el tipo de acontecimiento público que permite capturar imágenes sin necesidad del consentimiento expreso de quien figura en las mismas, se está limitando las situaciones a aquellas culturales o informativas. Esta especificación es importante ya que puede haber acontecimientos públicos que no sean de interés cultural o informativo, como lo sería la caminata diaria de personas de un lugar a otro. Necesitar la especificación del acontecimiento público permite que se mantenga cierto nivel de anonimato, protegiendo el derecho de cada persona de mantener una esfera privada frente a la pública.

Ya que estos términos se consideran de calidad abierta o indefinida, es decir, que no tienen una definición específica de lo que abarcan, es posible incluir todo aquello que se pueda justificar como cultural o informativo. Al ser un concepto indeterminado, implica que la definición es proveída por los jueces y el sistema judicial de acuerdo al caso. En el caso de las fotografías reguladas por el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, estos tres términos se deben analizar de acuerdo a la situación que se presente y las limitaciones anteriormente establecidas por la jurisprudencia y la doctrina. Para efectos de esta tesis estas excepciones se van a analizar en tres diferentes secciones para facilitar su entendimiento.

¹⁸⁰ Artículo 41, Ley de Propiedad Intelectual. 19 de mayo, 1998. Registro Oficial No. 320.

3.1 Acontecimientos Públicos

Cuando se refiere a acontecimientos públicos, lo que se busca incluir es a todo suceso de importancia para la sociedad en general. Es claro que esta definición es extremadamente amplia, ya que puede incluirse cualquier acto que considere importante y presentarse a la sociedad a través de fotografías. La razón detrás de la amplitud del concepto de importancia a la sociedad, se debe a que los sucesos que pasan en una comunidad pueden ser o no importantes dependiendo del interés que le dé una comunidad a ese evento. Si es que una comunidad tiene un gran interés en el crecimiento de verduras, pero otra comunidad no, dicho crecimiento de verduras resistentes al calor puede tener interés para una comunidad pero no a otra comunidad, que le interesaría más el desarrollo de un nuevo taladro ambientalmente consciente. La volatilidad del interés de un universo determinado es lo que vuelve necesario que sea un sujeto o grupo de sujetos los que estén encargados de determinar si es que se considera relevante o no una fotografía para la sociedad.

Al considerar lo que implica un acontecimiento público, se lleva a determinar quién es el encargado de asignar cuál es un acontecimiento público y cuál no cae dentro de esta categoría. El primer sujeto que se considera con la habilidad de determinar cual es un acontecimiento público es la situación en sí, que por sus características le dan la condición de público, siendo asistido por el Estado, quien ayuda a organizar estos eventos en beneficio de la sociedad. En segundo lugar, está la propia comunidad, quienes eligen volver a un acontecimiento que es de naturaleza privada en pública. Una vez determinado quien puede declarar un acontecimiento como público, lo siguiente es aclarar a qué se refiere con acontecimiento.

La palabra acontecimiento se refiere a un “hecho o suceso, especialmente cuando reviste cierta importancia¹⁸¹”, esta importancia se determina por la sociedad, quien es el receptor de la información. Este acontecimiento o hecho que se está fotografiando no es

¹⁸¹ Real Academia de la Lengua Española. *Cultura*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?LEMA=cultura>. Visitado el 4 de abril de 2012.

cualquier suceso de interés sino es un hecho que se ocasionó en público. El que el acto haya sido público implica que es “lo conocido, notorio o patente. Lo sabido por todos o muchos, de general uso o aprovechamiento, de autoridad o funcionario, como contrapuesto a lo privado¹⁸²”.

La definición de acontecimiento, una vez unido con la definición de público, lleva a la conclusión de que un acontecimiento público es un hecho o suceso que es de general uso o aprovechamiento para la sociedad. La definición jurídica de acontecimiento público se debe inferir, ya que como término jurídico indeterminado depende mucho de las circunstancias a las que se vincula al término para su definición. Independiente de ello se puede lograr un delineamiento de su significado a través de las definiciones individuales de las palabras que componen este concepto. Una definición de acontecimiento público se puede considerar como un suceso que se ha desarrollado en espacios que se consideren públicos y que sean de aprovechamiento para la comunidad, esta definición de deriva de que estas definiciones “acontecimiento: hecho, acaecimiento, suceso, evento¹⁸³”, “público: conocido o patente, sabido en general, de uso general proveniente de autoridad, a diferencia de lo privado¹⁸⁴”, más específicamente se puede entender lo que conlleva un acontecimiento público al resumir estas definiciones con “público conocimiento: conocimiento generalizado de cierta información, no se requiere la universalidad de tal conocimiento, pero sí su difusión implica entre el conjunto de personas potencialmente interesado en él...¹⁸⁵”. Al unir esta definición con el derecho a la fotografía, se concluye que en una situación pública donde se de un hecho que sea pertinente a ser reportado da los elementos para que la fotografía sea una excepción.

En el caso de *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*¹⁸⁶, se analiza el efecto de excepción a la finalidad de acontecimiento público. En este caso, es en el voto salvado del

¹⁸² Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Decimoséptima edición. Buenos Aires Argentina. 2005. p. 318.

¹⁸³ Casado, Laura. *Diccionario de sinónimos jurídicos*. Valletta Ediciones, primera edición. Florida Buenos Aires. 2004. p. 18.

¹⁸⁴ Ossorio, Manuel, Cabanellas de la Cueva, Guillermo. *Diccionario de Derecho*. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 2010. p. 396.

¹⁸⁵ Ossorio, Manuel, Cabanellas de la Cueva, Guillermo. *Diccionario de Derecho*. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 2010. p. 396.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 55.

Magistrado don Vicente de Conde Martín de Hijas respecto al recurso de amparo número 4641/98 quien analiza el argumento que se usa para solucionar el caso, especificando que no se debe analizar el derecho a la intimidad, sino el derecho a la imagen de la señora Elena Riera Blume. Los antecedentes del caso se puede resumir en que el señor Antonio Pardo junto a otros, pública en la revista “Interviú” un artículo en el cual se presentan imágenes desnudas de la señora Elena Riera Blume con el título “Sexo y negocios en nombre de Dios” para demostrar una realidad sobre la sexualidad. La señora Riera no tenía ningún vínculo con el artículo, ya que ella se encontraba ejerciendo su profesión de prostituta y nunca supo que se había capturado fotografías de ella para la elaboración de este reportaje. La señora Elena Riera Blume, en vista de estos hechos, demanda la violación de su derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, derechos que no están justificados por el derecho a la libertad de información. En primera instancia, el caso fue desestimado por errores de forma que impidieron analizar su fondo. Posteriormente, se apeló esta decisión ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictaminó una vulneración al derecho a la imagen y condena a casi todos los demandados el pago de manera solidaria de un millón de pesetas. Los demandados presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, proceso en la que no se presentó la señora Elena Riera Blume, razón por la cual se anuló la sentencia de la Audiencia Provincial.

Esta situación lleva a que la señora Elena Riera Blume presente la demanda de casación a la decisión del Tribunal Supremo. Los argumentos que alega la señora Riera son: falta de consentimiento por su parte, no se demuestra un interés público al difundir las fotografías, lucro de las imágenes y no interés informativo, falsa representación de su imagen como una presentación de un “diario íntimo de una prostituta”¹⁸⁷. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en vista de estos argumentos, concluye que el uso de las fotografías sin consentimiento es una intromisión al derecho a la imagen de la señora Elena Riera Blume. De igual manera, publicar estas imágenes en la revista e identificar a la señora Riera implica una violación al derecho a la intimidad. Estas dos conclusiones llevan

Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 56. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

a que el Tribunal Constitucional otorgue parcialmente amparo al caso de la señora Elena Riera y anule la sentencia del Tribunal Supremo, aplicando la sentencia del Tribunal Provincial. En el Voto Particular del Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas se manifiesta que lo que no se analizó en el caso es “si la publicación de las fotografías de la imagen desnuda de la recurrente eran meramente accesorias de la información gráfica sobre un acontecimiento público¹⁸⁸”.

Conde alega que era necesario analizar el efecto de las fotografías para considerar si es que se refieren a un suceso público y por ende son exentas del consentimiento de la recurrente, dando en vez un argumento poco desarrollado de la falta de consentimiento para dar la aceptación parcial de la acción de amparo. Por otro lado, discrepa con el análisis del derecho a la intimidad por el Tribunal, considerando que no se tomó en cuenta este derecho dentro de la sentencia, cuando dicho argumento no fue adecuadamente elaborado en los anteriores fallos. La necesidad de analizar el acontecimiento en este caso, hubiera orientado correctamente a los jueces del Tribunal respecto a como solucionar la vulneración del derecho a la imagen, y no solo estancarse en el hecho de que haya o no consentimiento, y estudiar si la falta de este consentimiento era justificada.

En relación a lo expresado en líneas anteriores y tratando respecto al acontecimiento público, se puede decir que la señora Riera no era un personaje meritorio de difusión pública en un principio, pero al publicar las fotografías de la misma en la revista “Interviú” se transformo en un suceso público. La señora Riera nunca tuvo la intención de formar parte de expresiones generadas a nivel público, ya que su derecho a la imagen estaba íntimamente relacionado con su vida personal por su profesión. Consiguientemente, el derecho a la intimidad en este caso se ve relacionado con un suceso público generado gracias a la difusión de un reportaje sobre sexualidad y temas relacionados con esta, en base al derecho de información en aras de la libertad de expresión y en el cual las fotos de la Señora Riera constituían un elemento importante del mismo. En la sentencia analizada hasta el momento, se menciona por parte del Ministerio

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 61. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

Fiscal que existe un “interés público en conocer la imagen de la recurrente, ya que, al haber reconocido que forma parte de una asociación que pretende que la educación sexual de sus componentes sea de tal clase que éstos se muevan con naturalidad en la promiscuidad y en la homosexualidad, todos los que son miembros de la misma tienen derecho a conocer quiénes son las personas que pueden hacer proselitismo¹⁸⁹”, esto trajo como consecuencia que la afectada forme parte de un hecho de conocimiento general, que expuso su vida privada al resto, por algo que se produjo sin su consentimiento y lesiono su derecho a la intimidad. El derecho a la imagen implica el derecho a la personalidad, que faculta a su titular la disposición de sus representaciones gráficas, en la manera de cómo y donde hacerlo, con el respectivo consentimiento y más si se trata de casos como el descrito.

Capturar una imagen fotográfica en un lugar público no es una justificación lo suficientemente legítima para el uso de esa imagen. “Normalmente coinciden los eventos desarrollados en público con el interés informativo del acto mismo¹⁹⁰”, pero no en todos los casos un acontecimiento público implica que tiene interés informativo. Hay aquellas situaciones donde aunque sea un acto que se lleva a cabo en público no es de relevancia para el conocimiento de la sociedad. Esto se debe a que la sociedad no otorga la misma importancia a un reporte sobre el tráfico que la caminata de personas de un lugar a otro en su día a día.

Capturar una imagen en un lugar público no significa que va a tener como finalidad el merecer aparecer en las noticias o en alguna expresión artística. Esta realidad es lo que admite que ciertas imágenes, aunque sean capturadas en un lugar público, no sean merecedoras de ser difundidas por su calidad informativa, manteniéndose en el ámbito de la privacidad de la persona. Este tipo de fotografías son las que carecen de justificación para su uso bajo la excusa de ser fotografías de naturaleza informativa o cultural.

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 55. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

¹⁹⁰ Hencé de la Prada, Vicente. *El Derecho a la Propia Imagen y su incidencia en los medios de Difusión*. Editorial José María Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994. p. 95.

Existen actos desarrollados en público en los que la publicación y difusión del retrato de una persona carece de justificación. Hay noticias que surgen no a consecuencia de actos celebrados en público; pero que, sin embargo, por su carácter pintoresco o curioso están plenamente justificados a los efectos de publicación y divulgación¹⁹¹.

Capturar una imagen en las calles de una comunidad donde se haya dado una escena que sea merecedora de su difusión es un ejemplo de una noticia que se puede divulgar. Estas noticias que por su singularidad se pueden considerar como un acontecimiento público, justifican que sean utilizadas dichas fotografías. Al utilizar una fotografía que haya sido capturada en un acontecimiento público desarrollado por el Estado, o que le interese al Estado o la comunidad su divulgación, justifica el uso de la misma. Como una limitación al uso de fotografías se debe tomar en cuenta que las imágenes no sean ofensivas, ridiculicen o manipulen a las personas que figuren en la fotografía. Al utilizar las imágenes con una intención de perjudicar a un tercero, se distorsiona la realidad a través de la imagen fotografiada, y esto puede llevar a acciones judiciales. Si las fotografías son capturadas en un suceso público, es decir, donde figure gran cantidad de gente que sean más o menos distinguibles, su uso está justificado dentro de la excepción de acontecimiento público.

En el caso de las imágenes que sean recolectadas en espacio público, pero que no tengan ningún valor informativo o jurídico, debe ser aplicado el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, lo que conlleva el conseguir el consentimiento escrito de las personas que figuran en la imagen. Para determinar si una imagen no está dentro de la excepción de acontecimiento público se debe tomar en cuenta dos puntos clave. El primer punto es la relevancia para la sociedad de esa fotografía. Si es un acto que pueda interesar a la sociedad, es decir, afecte a la comunidad de manera positiva o negativa, se justifica su uso, de no ser así pasaría lo contrario. El segundo punto se refiere a la afectación moral para quienes figuran en la imagen y no están conscientes de su utilización. La capacidad de toda persona de preservar su derecho a la imagen e intimidad, independientemente del lugar en que se encuentre, sea este público o privado, prevalece en contraposición al derecho a la libre expresión. Esto se debe a que la libertad de una persona a expresarse, se ve limitada por el derecho de otro a decidir el grado que está dispuesto a exponer a otros y en que forma.

¹⁹¹ Hence de la Prada. Vicente. *El Derecho a la Propia Imagen y su incidencia en los medios de Difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994. p. 95.

Aquí prevalece el interés del desarrollo individual de la personalidad sobre la expresión de otro que podría afectarla. Aunque la situación que se desarrolle sea en público, todavía prevalece el derecho a la imagen, ya que es un derecho constitucional mientras que un acontecimiento público es solo un acto en un lugar de pertenencia de la sociedad. Los actos diarios de cada persona se consideran bajo el control de la esfera privada de la persona mientras que no sea de interés público y merecedor de ser difundido a la sociedad, situación en la cual esa imagen fotográfica es una excepción al artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Aunque se haya dado una definición de acontecimiento público, la realidad es que se está tratando con un concepto jurídico indefinido. El que sea un concepto que no tienen una definición específica, implica que se debe tomar en cuenta el caso que se desarrolla para determinar si se puede aplicar esta excepción a la fotografía en cuestión. Para aplicar esta excepción los jueces tienen que considerar si es que la fotografía se captó o no un acontecimiento público. Básicamente, se debe considerar “imprescindible analizar el carácter accesorio o no de las fotografías en relación con la información del acontecimiento¹⁹²” o suceso en cuestión. En el caso de que las fotografías que no se puedan considerar como un acontecimiento público, es decir un acto público de interés para la sociedad, se debe aplicar la regla general del artículo 41 de la ley de propiedad intelectual y pedir el consentimiento de la o las personas que figuran en la imagen. Se debe tener en cuenta que cuando se está refiriendo a sociedad se está hablando de un grupo de personas quienes tienen un vínculo en común los cuales se pueden definir por esa característica, es decir cuando se habla de la comunidad católica o los metaleros, así como se puede referir a la sociedad ecuatoriana. Esta amplitud obliga a que se analice el caso específico en el cual se está usando la fotografía en relación al suceso público.

¹⁹² Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 61. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

3.2 Fines Culturales o Informativos

Los acontecimientos que tengan como fin informar a las personas sobre eventos que se estén desarrollando en la sociedad, así como con los actos culturales, se vuelven hechos de la historia con la ayuda de los medios. Tomar fotografías que tengan un efecto en la cultura, y como consecuencia afecten el comportamiento de la sociedad, es la muestra de la capacidad que tiene una imagen para transmitir cosas que van más allá de las palabras. El uso de la palabra cultura implica un “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico, esto es, una serie de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc; conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo¹⁹³”.

El alcance de la palabra cultura se usa para englobar cualquier modo de vida o costumbre que sea parte de la sociedad, lo que permite un gran rango de inclusión. El concepto de fin cultural es un concepto jurídico indeterminado, más se lo puede definir de acuerdo a sus componentes. Fin se refiere al “término, remate o consumación de una cosa, objeto o motivo con que se haga algo¹⁹⁴”, mientras que cultura se refiere al “resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos, y de afinarse por medio del ejercicio las facultades intelectuales del hombre...¹⁹⁵”. Uniendo estas dos definiciones individuales, un fin cultural se puede considerar como un conjunto de esquemas mentales y de conductas, mediante las cuales la sociedad busca conseguir un aporte para sus miembros.

El fin cultural es un fenómeno social, a consiguientemente la sociedad será quien establezca el marco legal de los modelos del ser humano, tomando en cuenta sus valores para traducirlos en bienes jurídicos protegidos por la ley. Esto significa que no se puede dar un concepto jurídico específico del fin cultural, por las particularidades que se puede evidenciar en la naturaleza del mismo, más allá del plano jurídico. Es por esto que es

¹⁹³ Real Academia de la Lengua Española. *Cultura*. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?LEMA=cultura>. Visitado el 4 de abril de 2012.

¹⁹⁴ Ossorio, Manuel, Cabanellas de la Cueva, Guillermo. *Diccionario de Derecho*. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 2010. p. 578.

¹⁹⁵ Ossorio, Manuel, Cabanellas de la Cueva, Guillermo. *Diccionario de Derecho*. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 2010. p. 351.

relacionar al fin cultural con las conductas consideradas por el derecho para estructurar las diferentes hipótesis dentro de las cuales el ser humano puede hacer o no lo expresado por la ley, con sus posteriores consecuencias.

La importancia de la cultura implica que para determinar lo que conlleva la cultura y como defenderla, las Naciones Unidas se reúnan en París el 4 de noviembre de 1966 y expidan la Declaración de los Principios de la Cooperación cultural internacional¹⁹⁶. En esta declaración en su artículo primero se establece que “toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura¹⁹⁷”, promoviendo la difusión de la cultura por cualquier medio para promover y desarrollar a la misma. La cultura, actualmente, se difunde de la manera más efectiva por medio de las imágenes por escrito, video y fotografía.

En el caso de las fotografías se debe considerar a la palabra cultura, no solo un conjunto de conocimientos con sus ramificaciones relacionadas al derecho a la imagen, privacidad, intimidad y dignidad, que vienen unidas al uso de estas imágenes para presentar la cultura. El capturar fotografías con un propósito cultural, implica que esa “imagen refleje un hecho importante *-relevante-* para la evolución de la sociedad e interesante para el conocimiento de un personaje histórico¹⁹⁸”. Esta interpretación de las fotografías como representaciones culturales hace resaltar el uso de la palabra “relevante”, palabra que debe ser definida de acuerdo a lo que sería importante para la sociedad. Lo trascendental es, entonces, definido por la situación en la que se encuentra la sociedad, si es que lo relevante para la cultura en ese momento es una persona, una situación, una empresa, o algún otro foco de interés, siendo este hecho capaz de modificar a la sociedad, con el único requisito que sea de interés general, es decir, que cause un efecto de interés de un universo determinado, la imagen se convertirá en objeto de protección dentro de los límites establecidos por la norma. El interés general por el cual se determina si un suceso se puede considerar como de necesidad de difusión, se debe a los intereses del Estado, de manera social y jurídica.

¹⁹⁶ Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de las Naciones Unidas. París-Francia. Declarado el 4 de noviembre de 1966.

¹⁹⁷ Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de las Naciones Unidas. París-Francia. Declarado el 4 de noviembre de 1966.

¹⁹⁸ Hencé de la Prada, Vicente. *El Derecho a la Propia Imagen y su Incidencia en los Medios de difusión*. Editorial José María Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994 .p. 243.

Este interés no implica que cualquier tema que sea de interés permita que se use el derecho a la imagen, sino que debe estar justificado el uso de la fotografía para el beneficio del resto de seres humanos en la sociedad. Citando palabras de Vicente Hencé de la Prada, “dentro de los límites legales no constituirían intromisión la difusión de imágenes o retratos que constituyan un interés o finalidad histórica relevante¹⁹⁹”. El que sea relevante no se limita a solo los hechos que históricamente causen un cambio en la sociedad, ya que es de igual interés los hechos cotidianos que pasan en la sociedad y que justifican la distribución de imágenes para informar al público. Estas imágenes, aunque no sean de interés evolutivo de la sociedad se distribuyen con el fin de beneficiar a quien esté interesado en informarse sobre lo que pasa en la misma.

La Constitución del Ecuador, apoyando la cultura, fomenta la identidad cultural y los métodos utilizados para su distribución²⁰⁰. Entre estos métodos, el más común es el intercambio oral de costumbres, pero con el incremento de la tecnología ahora se utilizan las imágenes para asegurar su perpetuación. Este énfasis en mantener la cultura en la sociedad implica la aceptación de la difusión de fotografías por cualquier medio con el propósito de perpetuar las costumbres. De igual manera, es el uso de las imágenes para comprobar y difundir avances científicos, otra de las razones por la que se permite excepcionalmente el uso de fotografías sin el consentimiento expreso de las personas que figuran en la imagen. Estos hechos científicos se refieren a descubrimientos que eventualmente al ser aplicados en la comunidad tienen un efecto positivo para la sociedad. Aunque las imágenes fotográficas se tomen con un fin científico, sea este médico, criminal

¹⁹⁹ Hencé de la Prada, Vicente. *El Derecho a la Propia Imagen y su Incidencia en los Medios de difusión*. Editorial José María Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994 .p. 243.

²⁰⁰ “Art. 3. Son deberes primordiales del Estado: 7. Promover el patrimonio natural y cultural del país.

Art. 66. N. 24. El derecho a participar en la vida cultura de la Comunidad.

Art. 21. Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 23.- Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.” Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

u otro de igual ciencia con el propósito de informar y desarrollar el conocimiento cultural de la sociedad, debe tomarse en cuenta la dignidad de las personas, impidiendo aquellas imágenes que atenten contra su derecho a la imagen, intimidad o vida privada. Cuando se hace relación a estas imágenes fotográficas se está analizando aquellas fotografías que se han difundido dentro de estos medios, por ejemplo la fotografías de operaciones donde se puede ver a la persona a la que se está haciendo el procedimiento.

Un caso en el que se ve la violación del derecho a la imagen de una persona con relevancia cultural es el de Muhammad Alí, boxeador reconocido quien demandó a la revista Playgirl Inc. El caso entre Muhammad Alí y la revista Playgirl Inc. No. 78 Civ. 445. de la Corte Distrital de los Estados Unidos (Nueva York) se llevo a cabo el 3 de marzo de 1978. Muhammad Alí, campeón de peso pesado en boxeo, demandó a la revista Playgirl Inc., ya que en su edición de febrero de 1978 publicó una imagen de un hombre negro desnudo sentado en una de las esquinas de un ring de boxeo en una posición característica de Alí, lo que lleva al consumidor a pensar en el boxeador. Muhammad Alí argumenta que esta fotografía se publicó sin su permiso, quien era el único con el derecho para permitir la publicación de su imagen.

La Corte Distrital de Nueva York, al resolver este caso razona, bajo las siguientes premisas sobre la fotografía: se afirma que aunque en la fotografía no aparezca Alí, todo el escenario así como la posición alude inequívocamente al boxeador, utilizando su popularidad en la sociedad para mejorar las ventas de la revista. En vista de esta violación del derecho de Alí de decidir cuándo se publica su imagen, así como su derecho a la privacidad, solicitó que todas las revistas sean recolectadas y que su venta sea suspendida. En este caso, aunque la fotografía no era de Alí, todos los elementos apuntaban a que él sea relacionado con la imagen. Para establecer la conexión entre la fotografía y el boxeador hay un texto que se refiere a la persona en la imagen con “el más grande”, frase que le identifica a Alí.

La revista utilizó un hombre que tiene un marcado parecido con Alí, usándolo junto al texto de la revista, lo que lleva a que la Corte concluya que Playgirl Inc. buscó sacar un provecho monetario sin obtener el permiso de Muhammad Alí, un sujeto reconocido culturalmente por sus hazañas en el boxeo. De igual manera, la Corte niega que

se pueda justificar a la revista Playgirl Inc. en que Alí sea una persona pública, ya que aunque los logros del boxeador merezcan ser reconocidos culturalmente e informar al respecto, eso no significa que todo acto del boxeador sea de conocimiento público. En este caso, se puede apreciar cómo Playgirl Inc. basándose en el reconocimiento cultural de Muhammad Alí, decidió conseguir un sujeto de iguales características para lucrar de su popularidad y sus logros. La Corte Distrital del Sur de Nueva York falla a favor del boxeador, al determinar que efectivamente Playgirl Inc. utilizó el reconocimiento de Alí en la sociedad para incrementar sus ventas, violando el derecho a la publicidad y a la privacidad (derecho a la imagen)²⁰¹. Publicar una fotografía, aunque sea con respecto a un fin cultural como lo es el mostrar a una persona famosa a la sociedad, no implica que automáticamente se considera una excepción al derecho personalísimo a la imagen. Alí es una persona reconocida en la sociedad con especial importancia para el mundo deportivo, este reconocimiento lo lleva a ser una persona que es parte de la cultura. Es por esta razón que la información sobre sus actos y fotografías son de interés para las personas que son parte de la sociedad. Esta información se distribuye bajo el concepto de que Alí es un personaje cultural y en este caso afecta su derecho a la intimidad y por ende a la imagen. Cuando la necesidad de conocer sobre esta persona (fin cultural) a través de fotografías o representando su imagen se hace en detrimento de su privacidad se está violando su derecho a la imagen.

Cuando se analiza el derecho a la imagen con respecto al fin informativo se debe tener en cuenta que el derecho a la información es un derecho de carácter constitucional y fundamental. Este derecho a la información implica que existe la capacidad de recibir y expresar información sin ninguna limitación que no sea aquellas que violen otros derechos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 13²⁰², se refiere al derecho de toda persona de expresarse, de difundir y recibir información

²⁰¹ United Status District Court. S. D. New York. *Ali v. PlayGirl Inc.* N° 78 Civ. 445, 447 F.Supp. 723 (1978). Sentencia del 3 de Marzo de 1978. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19781170447FSupp723_11068.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 4 de abril de 2012.

²⁰² “Art. 13.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a

por cualquier medio que sea necesario. De igual manera la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19 dispone que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión²⁰³”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Constitución del Ecuador protegen este derecho a la información y su difusión en todas sus formas, en el cual, si bien expresamente no se dispone, se entiende incluida la fotografía. La cantidad de casos en Europa permite y justifica el citar a la Convención Europea, pero esto no disminuye el hecho de que esté artículo guarda gran similitud con los otros artículos antes citados de la Convención Americana y la Declaración Universal a las que el Ecuador está suscrito. En el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (1953) se reconoce el derecho a la información estableciendo que

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, de la reputación o

la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. *Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*. Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica. Ratificado por el Ecuador el 21 de octubre de 1977 y vigente desde el 27 de octubre de 1977 en el registro oficial No. 795.

²⁰³ Art. 19. *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948*. Ratificada por el Ecuador el 10 de julio de 1962.

de los derechos ajenos, para impedir divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial²⁰⁴.

Este artículo de la Convención Europea distingue entre el derecho a expresarse y el derecho a la información, pero remarcando la importancia de ambos en la sociedad. La importancia de que haya un estable intercambio de información, se debe a que hay además el “interés del individuo en poder comunicar a los demás sus propias ideas y opiniones, sino es ante todo el interés público, el hacer posible la existencia y funcionamiento efectivo del orden vinculante de convivencia²⁰⁵”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 13, que la libertad de pensamiento y expresión comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras...²⁰⁶”. Las fotografías, como parte de los medios de difusión de información, se amparan en esta institución para justificar su distribución, independiente del derecho constitucional a la imagen que es protegida de igual manera por estas disposiciones.

El derecho a la información, así como el derecho a la imagen, son de igual importancia, siendo de obligación de los jueces el interpretar la ley de acuerdo al caso para determinar cuál toma primacía. Independiente de esto se debe tener presente que “el desarrollo de la información, tanto en el ámbito público como en el privado, ha limitado de hecho a la esfera de intimidad y de vida privada²⁰⁷” así como el del derecho a la imagen. Esta realidad implica la necesidad de delimitar el derecho a la información frente al derecho a la intimidad, y como resultado, la manera en que se debe considerar el uso de ciertas fotografías. En lo que sí hay un acuerdo, es que el uso de las imágenes que sean de interés público o general no es necesario el consentimiento expreso de las personas que figuran en la imagen. “Entre las cuestiones que no deben informarse hay consenso en

²⁰⁴ Art. 10. *Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos*. Firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

²⁰⁵ Ventura, Adrián. *Libertad de Expresión y Garantías*. Fondo Editorial de Derecho Económico FEDYE. Buenos Aires-Argentina. 2009. p. 232.

²⁰⁶ Art. 13. *Pacto de San José de Costa Rica*. 1969. Ratificado por el Ecuador por Decreto Supremo No. 1883, publicado en el Registro Oficial No. 452 de 27 de octubre de 1977.

²⁰⁷ Salgado Pesantes, Hernán. *El derecho a la Protección de la vida Privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la Jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, año 6 No. 1. 2008. p. 74. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82060104>, visitado el 2 de marzo de 2012.

señalar las siguientes: hechos penosos o embarazosos, cuyo conocimiento público causa perturbación; aspectos relacionados con la vida conyugal, familiar o sexual de una persona. Las fotografías privadas no deben publicarse sin autorización (lo que afectaría también al derecho a la imagen)²⁰⁸. Para el resto de situaciones es necesario el análisis de la situación en la cual se ha utilizado la imagen, para determinar si prevalece el derecho a la imagen o el derecho a la información.

Aquellas fotografías que se usan sin el consentimiento de quienes han sido capturados se consideran aquellas que tienen una finalidad informativa, sea educativa o beneficiosa para la sociedad. En Estados Unidos se tiene presente el concepto de “fair use” de las fotografías, como por ejemplo el caso Núñez contra el Caribbean International News Corp. (El vocero de Puerto Rico) con el que se puede analizar el carácter y el propósito del uso de las imágenes.

The first factor in the fair use inquiry is the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes. The focus of this analysis asks whether the new work merely supersedes the objects of the original creation or instead adds something new. The more transformative the new work, the less the significance of factors that weigh against fair use, such as use of a commercial nature²⁰⁹.

En este caso, lo que se busca analizar es si es que fotografías de carácter informativo reproducidas de manera independiente, se pueden considerar como de uso adecuado o un abuso al derecho a la imagen. En este caso en específico, hubo doble interés por parte de los demandados de informar al público y de hacer una ganancia comercial, lo que permite que las fotografías tengan un uso legítimamente informativo aunque como consecuencia de esto desarrollen ganancias. En segundo lugar, se analizó en el caso si es

²⁰⁸ Salgado Pesantes, Hernán. *El derecho a la Protección de la vida Privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la Jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, año 6 No. 1. 2008. p. 74-75. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82060104>, visitado el 2 de marzo de 2012.

²⁰⁹ United States Court of Appeals, First Circuit. *Núñez v. Caribbean International News Corp. (El Vocero de Puerto Rico) No. 99-2266*. Diciembre 21 de 2000. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1286688.html>. Visitado el 7 de mayo de 2012.

que las imágenes eran protegidas por derecho de autor y hasta donde se extiende ese derecho.

En este caso, la Corte Distrital considera que las imágenes del señor Núñez tienen una naturaleza publicitaria sobre el potencial de Joyce Giraud (Miss Puerto Rico) de ser modelo. Aunque las imágenes tomadas por el señor Núñez no habían sido publicadas anteriormente no tenían una naturaleza confidencial o secreta, lo que permitió su legítima publicación, siendo creadas con esa finalidad en mente. El tercer elemento a tomar en cuenta es si es que la imagen fue usada en partes o en su totalidad. El vocero admite el uso de la imagen en su totalidad, ya que al usar solo una parte no ayudaba a la historia, consideración que la Corte Distrital así como la Corte de Apelación de primer circuito considera irrelevante para la discusión del uso de las fotografías. Finalmente, la Corte de Apelaciones considera el efecto en el mercado de las fotografías, es decir si es que el difundir estas imágenes afecta al mercado y cual sería su alcance.

La Corte, considerando estos antecedentes, concluye que la difusión de las imágenes por El Vocero solo incrementó la demanda de la fotografía, pero ya que no puede haber la reventa de la imagen por el periódico este resultado favorece a que sea un uso justo de la fotografía. Tomando estos elementos en cuenta, la Corte de Apelaciones del primer circuito concluye que en el contexto del uso de esta fotografía por El Vocero no se está violando el derecho de la imagen, imagen que se uso de buena fe cuando ya había sido distribuida, permitiendo el uso justo, reiterando la decisión de la Corte Distrital.

Los medios de comunicación, tienen el derecho de informar a la sociedad, pero este derecho conlleva la obligación de reconocer el balance entre el derecho a la información y el derecho a la imagen (privacidad, intimidad). Entre los medios de comunicación más utilizados y sujetos a este balance están los diarios, las revistas, la televisión y los radios, siendo solo los radios los únicos que no usan activamente la imagen para transmitir su información. “En la mayoría de los casos la finalidad informativa excluye la responsabilidad por uso in consentido de la imagen²¹⁰”. En estos casos donde el derecho de la información puede tomar un papel protagonista sobre el derecho a la imagen se debe

²¹⁰ Amat Llari, Eulalia. *El Derecho a la Propia Imagen y su valor publicitario*. Editorial La Ley. Madrid-España. 1992. p. 36.

considerar que hay ciertas situaciones donde el valor informativo de la imagen no sea lo suficientemente relevante para justificarse su uso. De igual forma, pueden darse casos donde la noticia que se presenta sea una excusa para explotar una imagen que de otra forma estaría protegida por el derecho a la imagen. Hay que tomar en cuenta que el usar una imagen que no tenga relación con la noticia, otorgar información que sea verídica pero irrelevante para la sociedad con el fin de explotar una imagen, o utilizarla de manera excesiva frente a lo que implica la noticia, no la protege por el derecho a la información. Esto se debe a que aunque se protege el derecho a divulgar información de toda índole, ese derecho termina cuando viola el derecho de las personas que figuran en esas noticias.

En el caso de *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC (Hustler Magazine)* del 25 de Junio del año 2009 del 11no circuito de apelaciones de la Corte de los Estados Unidos se da una clara discusión sobre el derecho a la información o publicidad como es conocida en Estados Unidos y el derecho a la Privacidad (lo que incluye el derecho a la imagen). Este caso se refiere a una persona notoria, la señora Nancy Benoit, que fue asesinada junto a su hijo por su marido, el señor Christopher Benoit, quien después se suicidó dejando a cargo de su patrimonio a su madre, la señora Maureen Toffoloni. La Sra. Nancy Benoit, en vida era una modelo y luchadora profesional, quien accedió a que sean tomadas fotografías y un video de ella al desnudo por el fotógrafo Mark Samansky.

La señora Toffoloni asegura que después de capturadas las imágenes, la señora Benoit solicitó que se destruyan esas imágenes así como el video. El señor Samansky, accediendo a la petición de la señora Benoit, destruyó las fotografías pero no el video, el cual utilizó este para sacar fotografías donde la Dra. Benoit salía desnuda o parcialmente desnuda. Estas fotografías después fueron vendidas por el señor Samansky a LFP Publishing Group LLC que las publicó en la revista *Hustler* en la edición de marzo del 2008. En este caso hay que tomar en cuenta que la señora Benoit era una persona famosa, cuya muerte fue igual de publicitada por los medios, quienes se justificaron en el derecho a que era información de interés general. La Corte Distrital de los Estados Unidos utilizó el razonamiento que la señora Toffoloni falló en presentar un argumento válido, y que la “publication of twenty year old nude photographs of Nancy Benoit fell squarely within the

newsworthiness exception²¹¹” ya que tenían relación a la muerte de la señora Benoit y; “there is no dispute that Ms. Benoit’s death was a legitimate matter of public interest and concern²¹²”.

La Corte de Apelaciones, para solucionar este caso, en primer lugar analiza cómo se define el derecho a la publicidad así como determina cuáles son sus límites del derecho a la publicidad. El derecho de publicidad se instaure para proteger la apropiación del nombre y apariencia de una persona sin su consentimiento con el fin de lucrar, independiente de a que se dedique la persona. El derecho a la publicidad de igual manera surge de la necesidad de que la persona tenga el derecho a controlar el uso de su imagen para maximizar cualquier beneficio que pueda salir de su publicación.

La premisa de la cual parte el oncenavo circuito de la Corte de apelaciones de Nueva York es que toda persona tiene el derecho de vivir su vida como desea, y con el derecho personalísimo de elegir los momentos en que decide presentarse al escrutinio público, así como cuando decide retraer su presencia. De igual manera se concluye que indudablemente el cuerpo de una persona no puede ser puesto en exhibición sin el consentimiento de la persona²¹³. Así, se sostuvo:

The tort of invasion of privacy protects the right to be free from unwarranted publicity, or the unwarranted appropriation or exploitation of one’s personality, the publicizing of one’s private affairs with which the public had no legitimate concern. (*La invasión de privacidad de tort protege el derecho de estar libre de publicidad no deseada, o la no deseada apropiación o explotación de la personalidad de uno, la publicación de los asuntos privados que el público no tiene razón legítima para conocer*)²¹⁴.

²¹¹ United States 11th Circuit Appellate Division Court Nueva York. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC’s No. 08-16148*. Sentencia del 25 de Junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

²¹² United States 11th Circuit Appellate Division Court Nueva York. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC’s No. 08-16148*. Sentencia del 25 de Junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

²¹³ United States 11th Circuit Appellate Division Court Nueva York. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC’s No. 08-16148*. Sentencia del 25 de Junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

²¹⁴ United States 11th Circuit Appellate Division Court Nueva York. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC’s No. 08-16148*. Sentencia del 25 de Junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012. *La Traducción es propia.*

La importancia de proteger el derecho a la privacidad así como el derecho a la publicidad, lleva a que se considere el aspecto económico de usar fotografías con propósito informativo. Proteger el derecho a la publicidad se hace con la consideración económica de evitar el enriquecimiento injusto a base de la imagen de un tercero. El Onceno Circuito de la Corte Distrital de Nueva York de igual manera, analiza cuál es la excepción al derecho a la publicidad y privacidad de cada persona, determinando que en medio de estos dos derechos está la libertad de la prensa, así como la libertad de expresión, derechos que también están protegidos por la Constitución. La Corte opta por hacer una distinción entre lo que se considera el uso de fotografías para uso comercial y para uso informativo, distinguiendo que es en situaciones donde se está expresando “an idea, a thought, or an opinion (*una idea, un pensamiento o una opinión*)²¹⁵” para que se considere informativo.

En este caso en específico, se debe considerar que la señora Benoit era una persona notoria, teniendo como resultado una “esfera de vida privada que ha sufrido una disminución, se podría decir que su círculo se ha estrechado. Dicha notoriedad hace que las personas sean conocidas de todos y el público se interesa por las informaciones que recibe de ellos”²¹⁶. La notoriedad lleva a confundir si es que se debe considerar a las imágenes donde sale desnuda como informativo, o si es que cae dentro de una violación a su derecho a la imagen. “En estos casos se vuelve más difícil determinar cuando una información constituiría una injerencia en la vida privada de una persona notoria”²¹⁷.

Para dar la solución al caso de la señora Benoit, lo que se toma en cuenta es si es que las fotografías que se distribuyeron eran de acorde al artículo que se publicó en la revista Hustler. En este caso, las fotografías publicadas en la revista estaban acompañados

²¹⁵ United States 11th Circuit Appellate Division Court Nueva York. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC's No. 08-16148*. Sentencia del 25 de Junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012. *La Traducción es propia*.

²¹⁶ Salgado Pesantes, Hernán. *El Derecho a la Protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 6 No. 1, 2008. p.75. Disponible en http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

²¹⁷ Salgado Pesantes, Hernán. *El Derecho a la Protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 6 No. 1, 2008. p.75. Disponible en http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

de un artículo biográfico de la señora Benoit, y que aunque había un artículo, la Corte concluye que el artículo se escribió para poder utilizar las imágenes fotográficas y no como un apoyo visual para el artículo informativo. Esta lógica lleva a que las fotografías usadas por LFP Publishing Group LLC no estén cubiertas dentro de la consideración de que sea informativo el apreciar a la Sra. Benoit desnuda, cayendo el uso de su imagen dentro de lo comercial.

Al emplear las imágenes con un propósito económico, significa que se necesita el consentimiento expreso de la señora Benoit, o a falta de la misma, de su representante, la señora Toffoloni. Al publicar las imágenes sin el consentimiento expreso de la señora Toffoloni, hay una clara violación al derecho a la privacidad de la señora Benoit. La Corte, de igual manera, considera que las fotografías de la señora Benoit al desnudo no se deben considerar como un incidente de interés para la comunidad, y no hacen más que afectar el derecho a la imagen de la señora Benoit. Las imágenes fueron usadas por la revista sin el consentimiento de la señora Benoit o de su representante. Estas fotografías publicadas en la revista fueron capturadas hace veinte años, cuando la señora Benoit tenía un interés en ser modelo, y que consecuentemente solicitó (de acuerdo a su madre) expresamente la destrucción de las mismas y todo el material de esa sesión con el fotógrafo, el señor Samansky. La Corte tomando en cuenta todos estos argumentos decide retractar la sentencia de la Corte Distrital de los Estados Unidos, y concluye que las imágenes en las que aparece desnuda de la señora Benoit, no tienen peso informativo sobre su muerte, ni sobre el incidente que sí fue de interés del público. Al publicar las imágenes sin consentimiento y para explotación comercial, la Corte resuelve que LFP Publishing Group LLC retribuya económicamente por los daños causados.

En el caso de Ann Magret contra High Society Magazine Inc. No. 80 Civ. 27 del 27 de Agosto de 1980, hay otro caso de contraposición entre el derecho a la información y el derecho a la imagen. La actriz y modelo Ann Magret apareció en una película con el pecho desnudo, película que fue distribuida por toda Norteamérica. La revista High Society, en una de sus publicaciones, mostró una imagen de Ann Magret sacada de la película. En este caso la Corte dictaminó que la distribución de la imagen por High Society Magazine era justificada. Al ser Ann Magret una persona notoria, que consintió salir semi desnuda en

video para el consumo del público en general se presume que esa imagen va a ser distribuida posteriormente.

En ningún momento hubo una modificación de la imagen por la revista High Society, que se limitó a mostrar una reproducción de la imagen ya hecha pública. El consentimiento de Ann Magret para salir desnuda en la película, permite el posterior uso de esa misma imagen con un fin informativo por parte de la revista. No hay en este caso una violación al derecho a la imagen o el derecho a la privacidad de la actriz prevaleciendo el derecho a la información de la revista. La Corte determinó que la imagen semi desnuda de la actriz era publicada en un interés meramente informativo y no comercial²¹⁸.

El derecho a la información es uno de los derechos constitucionales que deben ser ponderados junto a otros derechos fundamentales, que se consideren de igual rango. Este comportamiento se ve en aquellos casos donde se contraponen dos derechos constitucionales. El caso de la señora Benoit, de Ann Magret y Muhammad Alí, son ejemplos donde se debe hacer un análisis sobre cuál derecho debe prevalecer entre el derecho a la información, cultural y el derecho a la imagen (privacidad). En el caso de Benoit prevaleció el derecho a la privacidad de su imagen, mientras que en el caso de Ann Magret prevaleció el derecho a la información y en el caso de Muhammad Alí, el derecho a la privacidad independiente de su estado de figura pública. Estas decisiones, aunque distintas, se refieren al mismo análisis de una situación donde se discutió el derecho a la imagen y su alcance al caso específico. Así como en las diferentes Cortes de los Estados Unidos, el mismo razonamiento se debe aplicar para los casos que surjan en el Ecuador con respecto a los casos que afecten el derecho a la imagen.

En el Ecuador, para determinar cuál es el derecho que prevalece en una situación donde hay derechos de mismo rango, en este caso constitucional, se debe permitir que los jueces de la Corte Constitucional analicen de acuerdo al conflicto cuál argumento prevalece. De igual manera, cuando se refiere a los derechos que se protegen por el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, es obligación de la Institución Ecuatoriana de

²¹⁸ United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam Publications Inc. No. 80 Civ. 27.* 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

Propiedad Intelectual el determinar quien tiene derecho sobre la imagen. La decisión de los jueces del Ecuador, así como de otros países con respecto al derecho a la imagen, se hace de acuerdo a los acontecimientos que se desarrollen durante y después de captar la fotografía. Los fines culturales e informativos de las imágenes que se utilizan deben ser determinados por el juez, quien de acuerdo a las circunstancias bajo las cuales se capturaron esa imagen determinan si se que aplica esta excepción para la fotografía o fotografías en cuestión.

Tomando en consideración lo expresado a lo largo de esta sección en lo referente a los límites entre el derecho a la publicidad/información y a la privacidad/imagen, bajo ciertas circunstancias que se deben considerar a luz de cada caso en particular, por lo mismo los fines culturales o informativos están en estrecha relación con la posesión o disponibilidad de la persona sobre el manejo de su derechos, a través del consentimiento de mostrar parte de su vida, por medio de una imagen o fotografía. En tal virtud, los casos descritos en el presente acápite guardan relación con los fines culturales o informativos, precisamente porque estos señalan situaciones en donde la discusión central se enfoca en el hecho de que el consentimiento de la persona se hace a un lado en aras de beneficiar a la sociedad con una información tal vez necesaria en el contexto cultural, mientras que en otras ocasiones tal afirmación se convierte en una excepción debido a la ponderación de los derechos. Lo mencionado significa precisar los límites jurídicos de los derechos descritos, debiéndose puntualizar la medida en que el consentimiento adquiere relevancia para determinar la prevalencia ya sea del derecho a la información o la privacidad, lo cual se puede ver en las situaciones expresadas en conexión con el tema.

3.3 Interés Público

El interés público es una situación social que varía de acuerdo a los acontecimientos que se desarrollen en la comunidad. Es importante para determinar en qué consiste el interés público, para hacer una distinción entre la curiosidad pública y el interés público. En la sociedad, el interés público es justificado y constituye una excepción al uso de la imagen por la comunidad. Por el contrario, la curiosidad pública es una violación al derecho ajeno, ya que no satisface un interés público sino privados de quienes divulgan

esas imágenes. El causar un daño al derecho de un sujeto por satisfacer la curiosidad pública es un atentado a sus derechos fundamentales.

Cuando el daño es necesario, para dar a conocer la información se debe procurar que sea el menor, tomando en cuenta siempre, que lo que sólo importa a la sociedad es aquellos hechos que le afecten, y no cuestiones accesorias o accidentales que dañen el honor, la imagen o la vida privada de la persona²¹⁹.

El interés público es conocer sobre los hechos, las situaciones verídicas que se desarrollan en la comunidad. Esto significa que no hay necesidad de conocer hechos parcialmente o totalmente falsos que logren confundir al público y perjudicar a las personas involucradas. El interés público “puede ser considerado como un concepto de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión”²²⁰.

El interés público es un concepto jurídico indeterminado, y por esta razón se debe guiar por la doctrina y la jurisprudencia para una definición, tomando en cuenta que el vínculo más común que se hace del interés público, es respecto a la obligación del Estado de proteger los intereses de la sociedad. En la sentencia 337 de la Corte Constitucional de Perú, referente al caso entre Transportes Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco, se analiza el concepto de interés público declarando que:

El interés público, es típicamente un concepto indeterminado. Es decir, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias. Así, no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la

²¹⁹ Lucia Flores, Elvia. *Derecho a la Imagen y Responsabilidad Civil*. Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 387. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/21.pdf>. Visitado el 17 de marzo de 2012.

²²⁰ Huerta Ochoa, Carla. *El Concepto de Interés Público y su función en materia de Seguridad Nacional*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005. p. 132. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. Visitada el 6 de abril de 2012.

arbitrariedad, sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas.²²¹

Aunque el caso del Segundo Tribunal Constitucional de Perú es respecto a la legalidad de una ordenanza municipal y su efecto al contrato celebrado por las partes, la definición y razón detrás del interés público se mantiene como la misma.

En el caso del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual se usa al interés público como una excepción para los casos en que sea posible utilizar imágenes fotográficas sin necesidad del consentimiento expreso de quienes figuran en las fotos. Ésta, junto con otras definiciones de interés público, existen pero ninguna está incorrecta o correcta, y se debe a que el significado de este término está “atribuido por la regulación y delimitado por la jurisprudencia, pero en realidad no puede hablarse de un sentido unívoco del término interés público”²²².

La teoría del concepto indeterminado y su función en el sistema jurídico establece claramente que no se trata de dar lugar a la arbitrariedad ni de justificar situaciones abusivas, ya que contrariamente a lo que se podría pensar, sirve para delimitar la discrecionalidad administrativa que sustenta, y permitir un control de su ejercicio. Incluso un control judicial de las consideraciones de interés público frente al abuso o la extralimitación. Por lo que se podría considerar que establece un ámbito limitado de actuación²²³.

Utilizar el concepto de interés público como jurídicamente aceptable para excusar el uso de fotografías, implica que el sistema jurídico debe sustentar las razones por las cuales permite el uso de las mismas o las razones por las cuales se considera un abuso de las mismas. El ser un concepto que debe ser sustentado por los jueces significa que nunca tendrá una misma aplicación, pero será con el único propósito en cada caso de determinar legalmente si es que es legal o no el uso de la fotografía. Otra apreciación del concepto de

²²¹ Exp. No. 2488-2004-AA/TC, Sala Segunda del Tribunal Constitucional del Perú. 10 de octubre de 2006. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>, visitado el 5 de junio de 2012.

²²² Huerta Ochoa, Carla. *El Concepto de Interés Público y su función en materia de Seguridad Nacional*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005. p. 132. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. Visitada el 6 de abril de 2012.

²²³ Huerta Ochoa, Carla. *El Concepto de Interés Público y su función en materia de Seguridad Nacional*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005. p. 132. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. Visitada el 6 de abril de 2012.

interés público se refiere a “aquellos eventos sobre los que inciden justificadas exigencias de información pública o de interés periodístico²²⁴”.

El interés público como excepción para el uso de fotografías con personas que no han dado su consentimiento, es una manera de evitar la violación de su derecho a la imagen. Proteger la imagen significa que al tener un caso donde no se pueda determinar si es que la fotografía cae dentro de ser de interés público, o está violando el derecho a la imagen, se debe considerar la finalidad de la imagen, es decir, la intencionalidad con la que se capturó la fotografía. Si es que la intencionalidad era económica y no informativa, no aplica la excepción a la norma. Si es que la finalidad de la fotografía era el impartir o contribuir al conocimiento e interés público, entonces sí entra dentro de las justificaciones dadas por el artículo 41 de la ley de propiedad intelectual.

Las finalidades que se le otorgan a las fotografías es un elemento determinante en el efecto de las fotografías y su derecho de uso. Es la finalidad la que determina si es que las fotografías se consideran como parte de una de las tres excepciones del artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual o si es que se les debe otorgar otra consideración. El Doctor Hernán Salgado considera que “todo depende de lo que el autor de la foto se proponga hacer y que en efecto haga²²⁵” así como admite que “es difícil establecer la aceptación tácita si no es el objeto central de la foto²²⁶”. La dificultad de determinar si es que la imagen de un tercero está dentro de una de las tres excepciones, hace posible analizar si es que es una excepción o si es que por ser inofensiva como fotografía se considera una aceptación tácita de presencia.

El Doctor Hernán Salgado, cuando fue consultado respecto a la presencia de terceros en una imagen consideró que de manera general no hay una violación al derecho de esos terceros, independiente de la imagen. Estableciendo que el determinante para considerar si es que se ha violado el derecho a la imagen de un tercero es la posibilidad de identificar indudablemente a la persona. “Considero que no hay violación, no hubo la

²²⁴ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de Difusión*. Editorial José María Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994. p. 95.

²²⁵ Salgado, Hernán. Consulta Académica enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

²²⁶ Salgado, Hernán. Consulta Académica enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

intención de fotografiar a un tercero, esto puede ser demostrado con la o las figuras centrales captadas por la foto y la finalidad del retrato²²⁷. Obviamente a esta observación se debe aumentar las situaciones comerciales, donde es este factor el que cambia las consideraciones que se debe hacer cuando se analiza una imagen con terceros. “Si esa foto dio lugar a que ese tercero sea identificado y puesto en una situación de publicidad (con cualquier fin) esto afectaría su privacidad y el derecho a la identidad en el sintiendo que los demás lo vean autentico (como la persona quiere ser visto)²²⁸”. Con respecto a la aceptación tácita de un sujeto que sea capturado por la fotografía que tenga conocimiento de la misma el Dr. Salgado considera que “todo depende de lo que el autor de la foto se proponga hacer y que en efecto haga²²⁹” con la imagen, lo que lleva a considerar los dos elementos anteriormente propuestos sobre el valor comercial y social de la imagen para el sujeto presentado.

Las imágenes, de acuerdo al Dr. Salgado, no pueden ser evitadas en esta sociedad tan tecnológica y por ello la única manera de evitar ser capturado en una imagen es cubrirse, así como estar sujeto a la cultura del medio, ya que depende de las normas del lugar para conocer las limitaciones a capturar y figurar en fotografías. Sobre las imágenes fotográficas que se capturan y muestran a terceros en situaciones donde no se está lucrando o ridiculizando a estos sujetos, el Dr. Salgado considera que “siempre que no dé mal uso no habría violación constitucional, aquí como en la injuria debe existir el ánimo doloso²³⁰”.

El Doctor Humberto Nogueira Alcalá, quien también fue consultado sobre la situación de terceros en una fotografía, considera que “las fotos que captan personas diferentes de aquello que constituye el objetivo de la foto, si esa captación es indiferenciada y no permite identificar precisamente a la persona o personas consideradas en segundo plano, no constituiría una afectación del derecho a la protección de la

²²⁷ Salgado, Hernán. *Consulta Académica*. Enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

²²⁸ Salgado, Hernán. *Consulta Académica*. Enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

²²⁹ Salgado, Hernán. *Consulta Académica*. Enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

²³⁰ Salgado, Hernán. *Consulta Académica*. Enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.

imagen²³¹”. En este caso, se ve a una clara declaración que las personas que están en un segundo plano o son terceros de una imagen no deben ser fácilmente identificables. La claridad de las imágenes en el presente han vuelto muy fácil el reconocimiento de las personas que están en una fotografía, volviendo muy poco probable la posibilidad de ocultarse de un lente. Esto lleva a que la única manera de no ser reconocido por alguien es no estar en una imagen. Este razonamiento lleva a que sea el autor de una imagen el que tiene que desarrollar una conciencia de las imágenes que está utilizando, y si es que considera que es un abuso al derecho a la imagen el mostrar a alguien en un plano secundario. No es la intención ni el fin del autor el que salga en la fotografía otros de manera secundaria, pero si es su responsabilidad asegurarse de que no se ridiculice o se lucre injustificadamente a costa del sujeto que salga en la imagen²³².

En conclusión, la Constitución del Ecuador protege el derecho de toda persona a su imagen, y este derecho es protegido de manera más específica en la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 41. Esta doble protección se debe a que primeramente hay una protección del derecho constitucional a la imagen, y el segundo a una protección al derecho comercial del uso de la imagen. Como parte de este artículo, se dan tres excepciones al uso de imágenes fotográficas, para poder usarlas sin necesidad de obtener el consentimiento de quienes figuran en la imagen. Estas tres excepciones son: el uso de imágenes para fines culturales o informativos, acontecimientos públicos, y de interés público, términos que conceptos jurídicos indeterminados.

Estos términos indefinidos que son utilizados por la Ley de Propiedad Intelectual, son el vínculo mediante el cual se puede distinguir imágenes que se estén usando justificadamente e imágenes fotográficas que están siendo utilizadas con un fin específico que afecta el derecho a la imagen de otros. Esta distinción permite que las personas que figuran en las imágenes estén consientes de que el utilizar su imagen sin consentimiento es una posible violación a su derecho al uso de la imagen y un abuso del derecho a la imagen.

²³¹ Nogueira Alcalá, Humberto. *Consulta Académica*. Enviada el 2 de febrero de 2012 por manera electrónica y respondida el 3 de febrero.

²³² Se debe considerar que todo negocio busca cierto lucro, las noticias de igual manera buscan lucrar a costa de distribuir información, pero en este caso se refiere a lucrarse del tercero que sale en la imagen por su aparición en la fotografía y no por la calidad informativa o cultural de la razón de la fotografía.

Dependiendo de la fotografía, en este caso se puede determinar si es que cae dentro de estas excepciones o si debe ser considerada una violación al derecho a la imagen y su uso.

El utilizar términos vagos para expresar excepciones en el artículo 41 de la Ley es en sí contradictoria, ya que permite que se pueda justificar cualquier uso de fotografías como de un acontecimiento público o de interés público, de fin cultural o informativo. “En definitiva, términos vagos que se refieren a cuestiones difíciles en verdad de determinar y con cuya parquedad la Ley no hace otra cosa que abrir un amplio margen de maniobrabilidad²³³” para la interpretación de los Tribunales sobre si se considera o no justificado el uso de esa fotografía. Permitir el uso de ciertas imágenes en la sociedad, considerando a la comunidad sobre el derecho a la imagen de quienes figuran en estas imágenes, sin afectar de manera irreparable al particular, es el propósito de estas excepciones. Sin embargo, la terminología utilizada para llegar a esta conclusión deja mucho espacio para manipulación que no siempre se hará con el beneficio de la sociedad en mente y esto justifica el perjuicio del individuo.

Las tres excepciones disponibles en el artículo 41 de la Ley de Propiedad intelectual para el uso de fotografías son términos jurídicos indeterminados. Al ser términos vagos, su aplicación para justificar el uso de fotografías se vuelve responsabilidad de la persona que toma la fotografía, así como del juez de acuerdo a su discreción en el caso de que se deba determinar en juicio la validez de su uso. Al ser conceptos jurídicos indeterminados, permite que las personas que capturan las imágenes puedan justificar su uso, especialmente cuando se captura a un sujeto quien no ha otorgado su consentimiento para figurar en una fotografía o ser un tercero presente en una imagen. Este razonamiento lleva a concluir que las excepciones al uso de las imágenes fotográficas son un justificativo que puede tornarse dañino para el derecho de terceros en una imagen por su habilidad de justificar ciertas situaciones que pueden afectar a su derecho. Esto lleva a que sea necesario regular la situación de terceros en una imagen para que se pueda determinar con mayor facilidad si es que en estos casos se aplican las excepciones del artículo 41.

²³³ Hence de la Prada, Vicente. *El Derecho a la Propia Imagen y su Incidencia en los Medios de difusión*. Editorial José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona-España. 1994 .p. 244.

4. Terceros protegidos en una Imagen

4.1. Conclusión

Detrás de una fotografía hay varias consideraciones legales que se deben tomar en cuenta antes de otorgarles un uso público. Esto significa que además de que se está tomando una foto se está otorgando una finalidad a esa fotografía. En los anteriores capítulos de esta tesis hemos concluido que en una fotografía se debe tomar en cuenta las personas que han sido capturadas en esa imagen, las normas jurídicas que regulan el uso de las imágenes y las excepciones que se pueden aplicar al uso de las fotografías para determinar si el trato que se debe dar a esa imagen. Al unir estas conclusiones se llega a otra realización, el efecto de la finalidad de la imagen para determinar si es que está concorde con el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual. La finalidad de una imagen es la que determina si es que las personas que son capturadas en una foto son las que figuran en la misma o si salen de manera complementaria o accidental en una fotografía. De igual manera la finalidad de una imagen es lo que determina si es que se aplica una de las excepciones dadas por la ley o si es que están sujetas a la regla general.

La finalidad de una imagen la determina el autor. La meta de la fotografía es la que determina que tipo de aspecto legal y social se le debe aplicar. Si con la imagen se tiene la intención de lucrar, entonces se debe aplicar las normas de la ley de propiedad intelectual y solicitar el consentimiento de la o las personas que figuran en la imagen, aun si esta en segundo plano. Por el contrario si la imagen tiene un propósito público o informativo se consideran excepciones a la norma y no es sancionado su uso sin consentimiento. Finalmente, si una fotografía es capturada con el propósito de herir, burlar u ofender a quienes ahí están representados en ella, se deben aplicar las normas constitucionales, protegiendo el derecho a la imagen.

La finalidad de una imagen revela el razonamiento detrás de la elaboración de esa fotografía, más no revela quien es el que tiene la visión. Esto se debe a que hay dos sujetos que están involucrados en una fotografía: el autor, es decir, el fotógrafo: y las personas que salen en la fotografía. Las personas que salen en una imagen dan su consentimiento al autor para usar la fotografía con la meta que les ha sido propuesta. Este consentimiento por

parte de las personas que figuran en la fotografía, se da de manera expresa y por escrito, estipulando el uso que se le va a otorgar a la imagen. Este razonamiento no descarta la posibilidad de que la persona quien figura en la imagen, puedan determinar la cantidad de usos que el autor pueda otorgar a una imagen.

Las finalidades que les puede otorgar un autor a una fotografía se pueden dividir en dos principales grupos. Un autor puede otorgar a la fotografía un fin comercial al que el sujeto está accediendo por consentimiento expreso. De igual manera, el fotógrafo puede otorgar a una fotografía un fin social o informativo. Al otorgarle a una fotografía un fin comercial o patrimonial, se está entrando en un acuerdo contractual donde se otorga consentimiento expreso al autor para el uso de la imagen. La persona quien admite el uso de esa fotografía conoce la finalidad a la que se le va a dar a la imagen y probablemente está recibiendo un beneficio, sea este monetario o social. Cuando las imágenes son capturadas por un autor, este tiene la obligación de informar a quienes figuran en la imagen y conseguir el consentimiento del uso de la imagen para el fin deseado.

Si las fotografías que son capturadas por el autor incluyen a varias personas, unas de ellas en primer plano y otras en un plano secundario, se debe determinar si es que el fin de la imagen era el capturar una imagen de ciertas personas y el resto es irrelevante al caso o si es que lo importante de la fotografía es el lugar en donde se encuentran sin importar las personas que salgan en la foto. Al elegir cual es la finalidad de la imagen se puede determinar con certeza si se está violando el derecho a la imagen de las personas que fueron capturadas en la misma.

En una fotografía se debe tomar en cuenta otro factor importante además de la finalidad, y esto es que las personas que están en una imagen pueden ser capturados o figurar en la fotografía. Esta distinción se convierte esencial cuando se quiere definir si es que una persona es parte esencial de una imagen o si es que está presente como efecto secundario al propósito de la fotografía. Si la proyección de la imagen es el mostrar a una persona, se pone en mayor riesgo la vulneración de sus derechos, mientras que siendo una persona que sea capturado por una fotografía pero no tenga un motivo para estar en la imagen tiene un menor riesgo de sufrir una vulneración a su derecho. Quien consta en una imagen significa que las personas que están representadas buscan destacarse, ser notados, y

como resultado promocionar algún objeto o idea. Por el contrario el ser captado en una fotografía implica que aunque no se buscaba que salga en la fotografía está presente ese sujeto. La ley requiere la existencia del consentimiento expreso y escrito por parte de quienes aparecen en una fotografía que vaya a ser usada para un fin comercial. Esto se debe a que al ser usada la imagen, los que figuran en la misma están obteniendo un beneficio económico. En aquellos casos donde se figura en una imagen que no es comercial, no se necesita el consentimiento de las personas que sean captadas en la fotografía. La diferencia importante entre estas dos situaciones, es que en la primera se está figurando en una imagen, mientras que en la segunda se toma la fotografía sin la intención de que figure la persona. El capturar a una persona en una fotografía implica que esa persona no es la razón por la que se tomó la fotografía, pero de igual manera se encuentra en la misma. A estos sujetos se los debe considerar para efectos de esta tesis, con respecto a sus derechos, como personajes secundarios en una fotografía.

Los personajes secundarios en una imagen no son la finalidad de la fotografía, pero eso no implica que no se pueda violar sus derechos a la imagen. Las imágenes de personas capturadas en una fotografía pueden ser usadas por el autor para fines comerciales o sociales, y consecuentemente, afectar de alguna manera este uso el derecho a la imagen. Cuando se está analizando fotografías que tienen un fin comercial, pero que han capturado a personas quienes no han otorgado su consentimiento se debe tomar en cuenta los siguientes elementos para determinar si es que se viola el derecho a la imagen o no. El primer elemento para analizar es el efecto que tiene la presencia de la persona en la imagen, y si esta presencia afecta o no el impacto comercial de la fotografía. Esto se refiere a la situación en que una fotografía muestra a la persona que figura en la imagen, y además a otras personas quienes aunque no son el fin de la fotografía afectan significativamente el éxito comercial del producto que se está promocionando.

En este caso, se ha violado el derecho a la imagen de esas personas capturadas en la imagen, ya que se está lucrando de su presencia. El autor de la imagen debe considerar el impacto del usar a una persona quien no ha dado su consentimiento en una fotografía con finalidad comercial. Si es que conociendo que la imagen de un tercero está afectando el incremento económico del producto, y no consigue consentimiento para usar al tercero, se está vulnerando el derecho a la imagen de ese sujeto. Por el contrario, si es que la

imagen de la persona no afecta el resultado final de la fotografía comercial, no debería considerarse una violación al derecho a la imagen. El segundo elemento que se debe tomar en cuenta es si la persona que aparece involuntariamente en la fotografía sufre alguna ridiculización, o es ofendida por el uso de su imagen. En el caso de que sí se esté afectando a la persona por su representación hay una violación a su derecho a la imagen. Si no se está afectando de manera comercial a las personas capturadas en la fotografía, se puede considerar una aceptación tácita su presencia.

Al no ser comercial sino social la fotografía en cuestión, se debe considerar los dos elementos que fueron mencionados anteriormente. Si es que la fotografía no cambia su finalidad social con la remoción de la persona de la imagen, se reconoce que esta persona no es esencial para la fotografía. Al tomar en cuenta que la persona que está presente sin su conocimiento expreso no está siendo ridiculizada, o se está afectando la integridad e identidad de la persona capturada con la fotografía, se puede considerar que no está el autor voluntariamente buscando afectar a la persona que está presente.

Si los dos elementos se responden de una manera negativa, se debe considerar que la intención del autor no es ni lucrar o ridiculizar a la persona, siendo su presencia en la imagen absolutamente circunstancial, y por ende sujeta a una aceptación tácita de su participación en esta fotografía. Si en alguno de los dos elementos la respuesta es positiva entonces estamos frente a una violación al derecho a la imagen protegido por el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que se está buscando lucrar de la imagen o ridiculizar a la persona a través del uso de la fotografía.

Considerando el análisis de las dos situaciones, social y comercial, en las que se puede encasillar a una fotografía, se concluye que una persona, al ser capturada y no figurar en una fotografía considera su presencia como una aceptación tácita. El reconocimiento de la existencia de la aceptación tácita respecto a los terceros en una fotografía, se debe a la cantidad y frecuencia con la que se captura fotografías con personas en el fondo. Es por ello que se vuelve necesario determinar el efecto en la vida de las personas para considerar si es que se está violando su derecho, o pueden responder al concepto de la aceptación tácita, también conocida como la aceptación por falta de negarse u objetar la presencia.

La aceptación tácita de estar presente en una fotografía se sujeta a que la fotografía no afecte socialmente (ridiculice, ofenda o aisle) a la persona o se lucre de su imagen. Esta conclusión se debe tomar con la consideración de que en el momento de que cambie el contexto o se comience a afectar a la persona se rectifique la afectación, anulando la aceptación tácita. Con el cambio del contexto o el tono de la imagen, se debe volver a analizar si es que la persona continúa en un papel secundario o principal, así como el daño y las posibles soluciones que se pueden dar desde el momento que cambio la situación en adelante.

Una fotografía se ha vuelto una de las maneras más comunes de expresar y difundir una idea o una imagen. Las imágenes que se distribuyen en la sociedad incluye a personas quienes son parte de la comunidad, unas con consentimiento, otras sin el, y otras con quienes no se puede determinar si es que se puede dar su uso o no. Esta tercera situación es la que se presenta cuando se refiere a los derechos de los terceros en una fotografía. Al referirse a los terceros en una fotografía se está refiriendo a aquella gente que no es el autor de la imagen o la persona que se pretende sea el foco de esta fotografía pero independiente de ello están presentes en el resultado final.

Si la persona que se encuentra accidentalmente en una imagen, no califica dentro de las excepciones, y es mayor de edad, en tal caso se debe considerar si es que se está afectando la situación social con la fotografía. El que haya una afectación para la persona dentro de la sociedad convierte el uso de la imagen del tercero en una posible afectación al derecho a la imagen, esta posible afectación al derecho implica la necesidad de una normativa para regular y proteger este comportamiento.

Si es que la persona en una imagen es menor de edad, se debe considerar que son los mayores de edad los que tienen la obligación de asegurarse la protección de sus intereses. El representante legal que está a cargo del menor tiene que asegurarse de que la fotografía no sea una designada para lucrar de la imagen, o que sea con la intención de ofender a otro. En el caso de los adolescentes hay una capacidad relativa cuando se refiere a la decisión del uso de su imagen, y en el caso de emancipados se usa la misma regulación que un mayor de edad. La misma situación se puede aplicar en el caso de las personas fallecidas a través de sus familiares, quienes tienen interés en proteger sus memorias.

En conclusión en el caso de terceros en una imagen que hayan sido capturados sin una finalidad comercial u ofensiva, no hay una violación al derecho a la imagen, aún cuando el autor no cuente con su autorización para aparecer en ella.

4.2 Recomendaciones

Las imágenes de terceros en una fotografía no han sido regulados por el artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual. Es por ello que recomiendo se aumente a la regulación, una frase para los casos donde se pueda afectar a terceros con la captación de una fotografía. Para salvaguardar el derecho a la imagen de terceros en una fotografía recomiendo que al final del artículo 41 se reforme en el sentido de que: “En caso de terceros en una fotografía, se debe considerar la afectación económica o social a la persona a la que se presente, para considerar si se aplica o no esta norma en su regla general o sus excepciones, y en caso de no hacerlo si se puede considerar una aceptación tácita de la presencia”.

Mediante la inclusión de esta frase en el artículo 41, se puede evitar que se presenten demandas injustificadas de abusos al derecho a la imagen, así como fomentar el cuidado por parte de autores de la vulneración del derecho a la imagen cuando apliquen su deseo de captar fotografías. Al aumentar esta frase en la ley, se está dando espacio para la regulación de la imagen de terceros que son utilizados de manera constante pero que no son considerados cuando llega el momento de proteger a estos sujetos. Igualmente al aumentar esta frase a la regulación, se está protegiendo el derecho de los autores de las fotografías así como a los terceros y se derecho a la imagen.

Bibliografía

Fuentes bibliográficas

Amat Llari, Eulalia. *El Derecho a la Propia Imagen y su valor publicitario*. Editorial La Ley. Madrid-España. 1992.

Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Universidad de Navarra Facultad de Comunicación. Editorial Civitas S.A. 1997. p. 25.

Brandeis y Warren. *Right of Privacy*. Harvard Law Review Vol. IV, December 15, 1890.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Decimoséptima edición. 2005.

Casado, Laura. *Diccionario de sinónimos jurídicos*. Valletta Ediciones, primera edición. Florida Buenos Aires. 2004.

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Editorial Astrea, Buenos Aires- Argentina, 1992.

Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Editorial José María Bosch S.A. Barcelona-España. 1994.

Isidre, Molas. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid-España, 1998.

Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: Fundamentación y caracterización*. Pg. 245-285. Revista Ius Et Praxis año 13 No. 2.

Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina. 2011.

Pérez Tremps, Pablo. *Los Derechos Fundamentales: Capítulo Humberto Nogueira Alcalá*. Editorial Corporación Editora Nacional. Madrid-España.

Ventura, Adrián. *Libertad de Expresión y Garantías*. Fondo Editorial de Derecho Económico FEDYE. Buenos Aires-Argentina. 2009.

Plexo normativo

Carta de las Naciones Unidas. *Preámbulo*. firmada el 26 de Junio de 1945 en San Francisco. Ratificado en el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 2068 en el Registro Oficial No. 502 del 6 de febrero de 1946.

Código Civil del Ecuador: Tomo 1. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada a agosto de 2006. p. 98.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizada a septiembre de 2007.

Constitución de la Republica del Ecuador, aprobada en Referéndum del 28 de septiembre de 2008.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada el 23 de marzo de 1990.

Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos. Firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada el 10 de diciembre de 1948 en París. Ratificada por el Ecuador en registro auténtico en la misma fecha.

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de las Naciones Unidas. París-Francia. Declarado el 4 de noviembre de 1966.

Ley de Propiedad Intelectual. 19 de mayo, 1998. Registro Oficial No. 320.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Ratificado en el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en el Registro Oficial No. 101 el 24 de enero de 1969.

Pacto de San José de Costa Rica. 1969. Ratificado por el Ecuador por Decreto Supremo No. 1883, publicado en el Registro Oficial No. 452 de 27 de octubre de 1977.

Jurisprudencia

Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Barrows v. Rozansky* 11 A.D. 2d 105. Sentencia del 23 de mayo de 1985. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1985216111AD2d105_3131.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Cohen v. Herbal Concepts*, 63 N.Y.2d 379, 383. Sentencia del 8 de Octubre de 1984. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1984275100AD2d175_1254.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. *Goelet v. Confidential Inc.* 5 A.D.2d 226. March 11, 1958. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19582315AD2d226_1174.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. visitado el 5 de abril de 2012.

Corte Constitucional: Tercera sala de Revisión. *Deyanhira Pintos Gómez v. Corporación Social para las Comunicaciones CENPRO T.V.* .Sentencia No. T-090/96. 6 de marzo de 1996. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t%2D090%2D96.htm>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Corte Europea de Derechos Humanos Fourth Section. *Peck v. The United Kingdom: application No. 44647/98*. 28 de Enero de 2003. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=peck%20%7C%20v.%20%7C%20the%20%7C%20united%20%7C%20kingdom&sessionid=93619211&skin=hudoc-en>. Visitado el 10 de abril de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011*. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Visitado el 20 de febrero, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán Donoso v. Panamá. Sentencia del 27 de Enero del 2009*. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=307. Visitado el 4 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina. *Ponzetti e Balbín, Indala v. Editorial Atlántida*. 11 de Diciembre de 1984. Disponible en <http://notasfallosconstitucionaluba.blogspot.com/2006/08/ponzetti-de-balbn-indalia-c-editorial.html>. Visitado el julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación Penal. Quito, Ecuador. *Numeral Cuarto de la Sentencia de Casación*. Gaceta Judicial 15 del 29 de octubre del 2004. Disponible en http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/JurisVisualizer/JurisVisualizerPDF.aspx?id=CASACION_LIBERTAD_DE_EXPRESION_DE_PERIODISTAS_E_INJURIAS_1715200

[41029&query=%22derecho%20a%20la%20intimidad%22](#). Visitado el 10 de julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Rosa Amelia Flores Escobar v. Carlos Alberto Ruales Gómez y Esmeralda Teresa Reinoso Campuzano*. Expediente de Casación 46, Registro Oficial Suplemento 360 del 16 de junio de 2008.

Court of Civil Appeals of Alabama. *Minnifield v. Ashcraft and Skin Worx Inc.* 2030328. Diciembre 10 de 2004. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/al-court-of-civil-appeals/1349164.html>. Visitado el 10 de abril de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-640/10 del 18 de Agosto en Bogotá. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm> Visitado el 1 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de los Estados Unidos; Chief Justice Burger. *Parham v. J.R.* 442 U.S. 584 No. 75-1690. Discutido el 6 de diciembre de 1977, el 10 de octubre de 1978 y decidido el 20 de junio de 1979. Disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=442&invol=584>. Visitado el 16 de abril de 2012.

Primera Sala del Tribunal Constitucional de España. *Alberto Alcocer Torra v. Diez Minutos y otros: Recurso de amparo no. 182/98*. 22 de Abril del 2002. Disponible en <http://federacionuniversitaria1.blogspot.com/2008/05/alcocer-torra-alberto-s-amparo-stc-8302.html>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Sala Segunda del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. No. 2488-2004-AA/TC, 10 de octubre de 2006. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>, visitado el 5 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional de España: Recurso de Amparo de la Sala Segunda. *Elena Riera Blume v. Antonio Pardo y otros*. Recurso de Amparo núm. 4641/98. Dada en Madrid el 2 de julio de 2001, publicado el 26 de julio de 2001 en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 Suplemento. p. 60. Disponible en

<http://www.boe.es/boe/dias/2001/07/26/pdfs/T00055-00062.pdf>, visitado el 29 de junio de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 3a) sobre el asunto *Von Hannover contra Alemania*, de 24 junio 2004. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos. Demanda número 59320/2000. Disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/civil/amparo/sentencia_von_hannover_contra_alemania.pdf. Visitado el 20 de febrero, 2012.

United States District Court S. D. New York. *Ann Margret v. High Society Magazine Inc and Dorjam Publications Inc. No. 80 Civ. 27*. 27 de agosto de 1980. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1980899498FSupp401_1826.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 18 de marzo de 2012.

United Status District Court. S. D. New York. *Ali v. PlayGirl Inc. N° 78 Civ. 445, 447 F.Supp. 723 (1978)*. Sentencia del 3 de Marzo de 1978. Disponible en http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=19781170447FSupp723_11068.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985. Visitado el 4 de abril de 2012.

United Status Court of Appeals, Ninth Circuit. *Hoffman v. Capital Cities ABC Incorporated. Nos. 99-5563, 99-55686*. De 10 de octubre de 2000 a 6 de julio de 2001. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1004607.html>. Visitado el 6 de abril de 2012.

United States Court of Appeals, First Circuit. *Núñez v. Carribean International News Corp. (El Vocero de Puerto Rico) No. 99-2266*. Diciembre 21 de 2000. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1286688.html>. Visitado el 7 de mayo de 2012.

United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Solano v. Playgirl Inc. No. 01-55443 March 4, 2002-June 13, 2002*. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1375783.html>. Visitado el 5 de noviembre de 2012.

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. *Toffoloni v. LFP Publishing Group LLC*. No. 08-16148. 25 de junio de 2009. Disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1433181.html> visitado el 4 de Marzo, 2012.

Sitios Web

Batey, Robert. *The Rights of Adolescents*. Volume 23, William & Mary Law Review. 1982. p. 369. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss3/3>. Visitado el 16 de abril de 2012.

Blasco Gascó, Francisco de P. *Algunas Cuestiones del Derecho a la Propia Imagen*. Catedrático de Derecho Civil Universitat de València. p. 9. Disponible en www.derechocivil.net/esp/ALGUNAS%2520CUESTIONES%2520DEL%2520DERECHO%2520A%2520LA%2520PROPIA%2520IMAGEN.pdf+cuestiones+del+derecho+a+la+imagen&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsIz6zq5Nz4TxAMgPK69pN_78sm0bxJQggZNeT0ou5cI5tgRYl6AsQhFca7W5yjnO6NaWy1OjyD3QliMv6ZnMCFckOqTU48j_bvcEPOAps9VAaZTID8NICev7yAr9M1uJh9ip4pu&sig=AHIEtbTF_Sp6U0I3yvKij1VTf0iD9ZXqSw&pli=1, visitado el 26 de marzo de 2012.

Burrows, Dan. *Apple's stock dips alter death of Steve Jobs*. Octubre 6 de 2011. Disponible en CNN noticias, http://www.cbsnews.com/8301-505123_162-49042941/apples-stock-dips-after-death-of-steve-jobs/. Visitado el 15 de abril de 2012.

Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Real Academia Española, 2009. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/>. Visitado el 5 de marzo de 2012.

García Falconí, José. *Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y la imagen*. 24 de Noviembre de 2005, disponible en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2791:derechos-constitucionales-a-la-intimidad-privacidad-y-la-imagen&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420. Visitado el 11 de febrero de 2012.

Huerta Ochoa, Carla. *El Concepto de Interés Público y su función en materia de Seguridad Nacional*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2005. p. 132. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>. Visitada el 6 de abril de 2012.

Lucia Flores, Elvia. *Derecho a la Imagen y Responsabilidad Civil*. Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 387. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/21.pdf>. Visitado el 17 de marzo de 2012.

Marti de Gidi, Luz del Carmen. *Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derecho humanos*. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. p. 6. Disponible en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/8/luz8.pdf> visitado el 5 de marzo de 2012.

Periódico El HOY, “Empieza el reto de El gran hermano, Ecuador”. Publicado el 18 de marzo de 2003. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/empieza-el-reto-de-el-gran-hermano-ecuador-140600-140600.html>. Visitado el 12 de julio de 2012.

Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?LEMA=cultura>. Visitado el 4 de abril de 2012.

Salgado Pesantes. Hernán. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 6 n. 1. P. 71. 2008. p. 69-83. Disponible en http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/elderecho05.pdf. Visitado el 5 de marzo de 2012.

Venbauwhede, Lien. *Problemas Jurídicos que plantea tomar o utilizar fotografías de marcas, personas y material protegido por derecho de autor*. Consulta de la División de

Pymes de la OMPI. Disponible en

http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_photography.htm. p.1. Visitado el 6 de febrero de 2012.

Consulta electrónica

Nogueira Alcalá, Humberto. *Consulta Académica*. Enviada el 2 de febrero de 2012 por manera electrónica y respondida el 3 de febrero, 2012.

Salgado Pesantes. Hernán. *Consulta Académica*. Enviada el 12 de marzo de 2012 por manera electrónica y respondida el 13 de marzo.