

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

LA TUTELA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN FÍSICA:
EFECTOS JURÍDICOS DE SU VULNERACIÓN

POR:
IRMA CECILIA LEE PEÑALBA

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ÉNFASIS EN DERECHO CIVIL

PANAMÁ, 2022

DEDICATORIA

A Don Bosco y María Auxiliadora

A mis padres

A mi esposo, familia y amigos

AGRADECIMIENTO

Al Doctor Julio Lombardo por su asesoría y consejos en el desarrollo del presente trabajo, por ser una constante para la culminación del Programa de Doctorado en Derecho.

A todos mis profesores y compañeros del primer Doctorado en Derecho dictado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con quienes compartimos largas jornadas enriquecedoras de estudio, investigación e intercambio de conocimientos del Derecho.

A todos los que de una u otra forma me ayudaron con la adquisición de la bibliografía que sirve de soporte para la elaboración del presente trabajo de investigación.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE GENERAL	iv
ABREVIATURAS	x
RESUMEN	xii
SUMMARY	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	1
1. Título de la Investigación	1
2. Resumen.....	1
3. Planteamiento del Problema.....	6
4. Formulación de Hipótesis	7
5. Objetivos de la Investigación	9
6. Importancia y Justificación	9
7. Metodología de la Investigación	11

CAPÍTULO I

El Reconocimiento Jurídico de la Propia Imagen

A. Consideraciones Preliminares	15
B. Antecedentes	17
1. El Término Imagen	17
2. Antecedentes a la Regulación del Derecho a la Propia Imagen	18

3. La Propia imagen como bien de la personalidad y derecho fundamental	23
3.1. La imagen como bien de la personalidad y el Derecho a la Imagen como Derecho de la Personalidad	23
3.2. El reconocimiento del Derecho a la propia imagen como Derecho Fundamental y su Tutela en el Derecho Civil	26
3.2.1. La dignidad humana como cimiento de los Derechos Fundamentales	27
3.2.2. Derechos de la Personalidad, Derechos Fundamentales y el reconocimiento constitucional del Derecho a la Propia Imagen	33
3.2.3. El Derecho a la Imagen bien de la personalidad protegido por el Derecho Civil	41
C. La autonomía del Derecho a la Propia Imagen	45
1. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Autónomo	45
2. La autonomía del Derecho a la Propia Imagen con respecto a otros derechos de la personalidad	48
2.1. La autonomía del Derecho a la Propia Imagen y su vulneración con otros derechos de la personalidad	51
3. El Derecho a la Propia Imagen con respecto a otras figuras	53
3.1. Derecho de Autor	54
3.2. Derecho Marcario	56
3.3. Right of Publicity	59
3.4. Protección de Datos Personales	63
3.5. Derecho al Olvido	67
3.6. Enriquecimiento Sin Causa	70

D. El objeto y El Contenido del Derecho a la Propia Imagen	75
1. El Objeto Protegido por el Derecho a la Propia Imagen	75
1.1. La Imagen Reconocible	76
1.2. La voz y el nombre	80
2. El Contenido del Derecho a la Propia Imagen	84
2.1. Contenido Esencial	86
2.2. Contenido Patrimonial	88

Capítulo II

La Protección del Derecho a la Propia Imagen

A. Facultades: el Consentimiento y la Revocación	94
1. La Autorización por medio del Consentimiento	96
2. La Revocación del Consentimiento	101
3. La Explotación del Derecho Patrimonial de la Imagen	104
B. Titulares del Derecho a la Propia Imagen	107
1. Menores y personas incapaces	107
2. Personajes Públicos o famosos	111
3. Menores famosos o con progenitores famosos	113
4. Personas fallecidas	115
5. Personas Jurídicas	121
C. El Uso Legal de las Imágenes en el Derecho a la Propia Imagen	121
1. Los Límites a la Protección del Derecho a la Propia Imagen y su Disposición al Público	122
1.1. El Consentimiento como delimitación al Derecho a la Propia Imagen	123

1.2. Otros supuestos que delimitan el Derecho a la Propia Imagen	124
2. Excepciones al uso de Imágenes en el Derecho a la Propia Imagen	126
2.1. Uso de la Imagen con el consentimiento del titular	128
2.2. Uso de la imagen con fines noticiosos, de interés público o cultural	129
3. Otras Excepciones al Uso de Imágenes en el Derecho a la Propia Imagen	141
3.1. Personas en cargo público o profesión notoria	147
3.2. El uso de la caricatura	151
3.3. Imagen accesoria como herramienta gráfica	153
D. El Uso de la Imagen sin el consentimiento del titular y las Vías de Protección	158
1. Vías de Protección por el uso no consentido de la imagen	160
1.1. Protección administrativa del Derecho a la Propia Imagen	160
1.2. Protección penal del Derecho a la Propia Imagen	170
1.3. Protección civil del Derecho a la Propia Imagen	173

Capítulo III

La Tutela Civil del Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil

A. Efectos Jurídicos de la Vulneración del Derecho a la Propia Imagen	175
1. Acciones por la Vulneración en el Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil	176
1.1. Medidas Generales	176
1.2. La Responsabilidad Civil y la presunción del daño	179
1.3. Apropiación del lucro obtenido por el uso no consentido	183

1.4. Ejercicio de la Acción	185
2. La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y el Derecho a la Propia Imagen	189
3. La responsabilidad de las redes sociales y el Derecho a la Propia Imagen	200
B. Adecuación de la Protección Jurídica de la Propia Imagen en el Derecho Civil Panameño	206
1. Antecedentes en nuestro Derecho Civil y Ámbito de Protección del Derecho a la Propia Imagen	206
2. Sistema Jurídico Panameño y Extranjero: Revisión de Jurisprudencia	210
2.1. Jurisprudencia Nacional	211
2.1.1. Captación y difusión de la imagen de una persona en el ámbito de la privacidad	212
2.1.2. Competencia del resarcimiento por daños y perjuicios por uso indebido de la imagen	220
2.1.2.1. Conflicto de competencia entre un Juzgado Seccional de Familia y un Juzgado de Jurisdicción Especial Comercial fijando competencia en Juzgado de Circuito Civil	220
2.1.2.2. Conflicto de competencia entre Juzgado de Circuito Civil y Jurisdicción Especial de Comercio	227
2.1.3. Reclamación de daños y perjuicios por uso comercial de la imagen de menor de edad sin su consentimiento	237
2.1.4. El daño moral y los derechos de la personalidad	253

2.2. Jurisprudencia Extranjera	258
2.2.1. Jurisprudencia de Argentina sobre Derecho a la Propia Imagen	259
2.2.1.1. Se reconoce el daño moral por la difusión de imagen de un menor por diferentes medios de comunicación con fines comerciales	261
2.2.1.2. Se reconoce el daño moral por la difusión de imagen de una persona fallecida por medios de comunicación	271
2.2.2. Jurisprudencia de España sobre Derecho a la Propia Imagen	293
2.2.2.1. Se reconoce el daño moral por la intromisión al derecho a la propia imagen de una persona fallecida, su ex esposa y uno de sus hijos por la publicación de imagen en un periódico	294
2.2.2.2. Se reconoce lesión al Derecho a la Propia Imagen por publicación de imagen de una persona detenida que fue obtenida de su red social sin su consentimiento	306
2.2.2.3. Se reconoce la lesión por la publicación de la imagen de una persona de proyección pública	315
2.2.2.4. Se reconoce vulneración al Derecho a la Propia Imagen de menor de edad por falta de autorización de su representante legal	318
2.2.2.5. Se reconoce uso sin consentimiento de imagen de una familia en publicidad comercial	321
3. Algunas reflexiones sobre las sentencias de Derecho a la Propia Imagen ..	325
4. Adecuación de la protección jurídica del Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil panameño	331
4.1. Valores Jurídicos y Principios Generales del Derecho en el Derecho	

Civil panameño	332
4.2. Modificación del Código Civil	337
4.3. Régimen de Protección Civil de derechos personalísimos: Derecho a la Propia Imagen	342
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	351
BIBLIOGRAFÍA	363
ANEXO PROPUESTA ANTEPROYECTO DE LEY	384

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ANTAI	Autoridad Nacional De Transparencia y Acceso a la Información
CE	Constitución Española
GO	Gaceta Oficial de la República de Panamá
LO	Ley Orgánica
LODH	Ley Orgánica 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de España
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
SENNIAF	Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
TC	Tribunal Constitucional de España

RESUMEN

El Derecho a la Propia Imagen es un derecho que tiene toda persona al respeto y protección de su imagen física, el cual goza hoy de autonomía y se encuentra inmerso dentro de un marco más amplio del proceso de positivización de los derechos humanos. Además, se expone que el Derecho a la Propia Imagen como derecho personalísimo que tiene validez y vigencia, tiene que ser respetado por todos y cuando es vulnerado debe ser tutelado mediante los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico respectivo. El Derecho a la Propia Imagen es un derecho de la personalidad que le otorga a su titular la facultad de impedir que se difunda su imagen inclusive cuando es captada en lugares públicos. No obstante, este derecho cede en caso que el titular del derecho decida permitir la captación o difusión de su imagen por un tercero y también cede en los casos que así establezca el derecho positivo, por lo que el uso de la imagen en estos casos es legal, es decir, se convierte en legítima su disposición al público.

Se ha examinado la legislación y jurisprudencia panameña a fin de determinar en nuestro derecho las condiciones de aplicación de la figura en estudio, concluyendo que existen ciertos vacíos al momento de ponderar por parte del operador de justicia cuándo es legal o no su uso, sobre todo cuando entra en colisión con otros derechos. Esto nos permite concluir con fundamento doctrinal, jurídico y de jurisprudencia que se hace necesario el desarrollo de una normativa específica para la protección de este derecho desde una perspectiva ius privatista como lo es el Derecho Civil y su aplicación por parte de los operadores de justicia, con fundamento en las pautas trascendentes como la dignidad humana, la equidad y la justicia social.

SUMMARY

The Right to Self-Image is a right of every person to protect and receive respect to their physical attributes. Today this right is autonomous and it is immersed within the context of the human rights cognitive process. Besides this, the right to self image is presented as a personal right which is valid and effective, must be respected by all and when it has been violated must be protected by the mechanisms established in the law.

The Right to Self-Image is a personal right that gives the bearer the right to prevent his image to be distributed even when such image is captured in public places. However, this right is waived in the event that the bearer chooses to allow the capture or diffusion of its image by a third party and it is also waived in certain circumstances set for so in the law, so the use of the images in these cases is legal, and they becomes legitimately available to the public.

Panamanian legislation and jurisprudences have been examined in order to determine the conditions in our regulation about the application of the Right to Self Image legal instrument, concluding that there are certain loopholes when the law enforcer has to determine the legality of its use, especially when it collides with other rights. This allows us to conclude with a doctrinal, legal and jurisprudence basis that it is necessary to develop specific regulations for the protection of this right from a private law perspective such as Civil Law and its application by justice operators, base on transcendent guidelines such as human dignity, equity and social justice.

INTRODUCCIÓN

El tema de la Propia Imagen no es reciente porque es un derecho que tenemos todos los seres humanos, pero la fotografía, la cinematografía, la televisión, la internet con el desarrollo de las redes sociales y las aplicaciones de informática, especialmente las de celular, han motivado su estudio y a su vez, una necesidad por protegerla a nivel constitucional o por medio de leyes especiales ante sus posibles vulneraciones.

La propia imagen, ante los avances tecnológicos que permiten captar, almacenar y transmitir imágenes de cualquier persona sin su autorización la colocan en un estado de indefensión que ha impulsado el desarrollo de normativa que garantice este derecho, otorgándole al sujeto lesionado la facultad de defenderse contra dichas publicaciones que se realicen sin su consentimiento.

Las primeras disposiciones que protegen la imagen humana están vinculadas al derecho de autor, así como se le supeditaba directamente a otros bienes de la personalidad como el derecho al honor o a la intimidad, pero a finales de siglo XIX se expone la Teoría del Derecho General de la Personalidad que desarrolla el Derecho a la propia imagen, de allí en adelante este bien es considerado como autónomo tanto en jurisprudencias como en normas que protegen este derecho por inherente a la dignidad humana, inclusive a nivel constitucional.

No obstante, la situación es que no existe obstáculo técnico alguno para la reproducción y publicación de la imagen de una persona sin su autorización, lo que lleva como consecuencia la vulneración de derechos que inclusive pueden trascender a otros países. Por ello, es necesario que el Derecho Civil aborde el tema de los bienes de la personalidad no sólo desde la protección del bien sino

también que se garantice el goce y respeto de la naturaleza de la persona, situación que actualmente no ocurre en nuestra legislación.

La investigación se ha dividido en tres capítulos y en el marco metodológico de la investigación se plantea el problema y la hipótesis objeto del estudio, así como los argumentos que justifican la investigación, su fundamentación teórica y los objetivos, para lo cual se utilizará un análisis dogmático- jurídico sobre la protección del derecho a la propia imagen en el Derecho Civil, haciendo uso de una amplia bibliografía sobre la materia, las fuentes normativas y la jurisprudencia, recurriendo a la método analógico, así como al derecho comparado para estudiar la regulación de esta figura jurídica en otras legislaciones pero principalmente nos enfocamos a estudiar las soluciones de la jurisprudencia extranjera para resolver casos que se han presentado ante los tribunales de justicia.

En el primer capítulo, se analiza el reconocimiento jurídico de la propia imagen como derecho de la personalidad, que puede a su vez ser un derecho fundamental y reconocido a nivel constitucional. Su autonomía frente a otros derechos de la personalidad como el derecho al honor y el derecho a la intimidad; su diferenciación con otras figuras como el derecho de autor, marcas, protección de datos personales, derecho al olvido y el enriquecimiento sin causa. El objeto protegido que puede no solo incluir la imagen sino también la voz y el nombre, así como su contenido esencial y patrimonial.

En el segundo capítulo se realiza una revisión de la protección de la figura, las facultades de consentimiento y revocación por parte del titular del derecho, así como los casos donde la titularidad recae en una persona menor edad, personajes públicos o famosos y la memoria de las personas fallecidas. De igual forma, se

establece los límites a la protección del derecho que permite el uso legal de la imagen ya sea por la autorización del titular, las excepciones como su uso con fines noticiosos, interés público o cultural, por ser personas con cargos públicos o profesión notoria, en caricaturas o como herramienta gráfica. También se realiza un estudio sobre el uso de la imagen sin el consentimiento del titular y sus posibles vías de protección administrativa, penal y civil.

En el capítulo tercero, se describen las garantías que existen para tutelar por la vía civil el derecho a la propia imagen al ser vulnerado, las acciones que existen ya sean como medidas generales, la responsabilidad civil, la apropiación del lucro obtenido, el ejercicio de la acción, como la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por Internet y las redes sociales. Asimismo, se proponen las adecuaciones a la protección jurídica del derecho a la propia imagen en el derecho civil panameño producto de la revisión de la jurisprudencia nacional y extranjera, ya sea por la vía de la aplicación de los principios generales del Derecho, la modificación del Código Civil o por la regulación especial de un régimen de protección civil de los derechos de la personalidad enfocados a la propia imagen.

ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Título de la Investigación

La Tutela del Derecho a la Propia Imagen Física: efectos jurídicos de su vulneración.

2. Resumen

El objeto del estudio es la protección del Derecho a la propia imagen frente a las vulneraciones a las que puede estar expuesta, producto no sólo por los medios tradicionales como la fotografía, la televisión, el periódico sino también por el gran auge de las redes sociales, las aplicaciones informáticas y las páginas de internet a las que cada día tienen mayor acceso las personas por medio de tecnología cada vez más avanzada, lo que ha motivado un interés jurídico en el tema y ha llevado a su protección tanto a nivel constitucional como por medio del desarrollo de normativas protectoras de los derechos de la personalidad entre los cuales se incluye la propia imagen.

La propia imagen se refiere al derecho que tiene toda persona sobre su retrato, sea cual fuere el soporte material sobre el que éste se fije, que podrá ser una representación cuando sea fijada la figura humana en una pintura, escultura o dibujo, mientras que será una reproducción cuando esta se capte por la fotografía, el vídeo o la televisión.

El objeto protegido al que nos referimos no comprende la imagen social, la reputación, la fama, elementos relativos al derecho al honor. El Derecho a la Propia Imagen es el derecho que tiene cada persona para consentir o impedir la captación, fijación, reproducción o publicación de su imagen sin su anuencia, a fin

que ésta no sea vulnerada. De esta forma, se puede señalar que se configura a favor de las personas un derecho sobre su propia imagen que se traduce en la facultad de defenderla contra las fijaciones o reproducciones en publicaciones de periódicos, revistas, libros, cine, internet, redes sociales y cualesquiera otros medios, a través de los cuales pueda ser vulnerada la imagen del titular del derecho.

Para ello es importante que además de la falta del consentimiento por parte del titular, la imagen de la persona agraviada, sea visible, es decir, reconocible para que pueda ser identificada, pues de no poder acreditarse como propia escapa del radio de acción para la tutela de ese derecho. Sumado a la imagen, se ha incluido en algunas legislaciones la protección de la voz y el nombre de la persona, que al darse una vulneración de la imagen de una persona que incluya voz y/o nombre permite una mayor identificación de la persona titular del derecho.

Así tenemos que este derecho otorga dos facultades: el consentimiento y la revocación. La primera funciona como una autorización que no implica renunciar al derecho más bien se concede para que no sea ilegal su uso. Por otro lado, esa misma autorización puede ser revocada, en consecuencia, termina el permiso concedido y no sería legal el uso de la imagen del titular.

Si bien el derecho a la propia imagen tiene esa facultad para tener el control de decidir si autoriza o no la puesta al público de su imagen, fundamentado en principios de la dignidad humana y la libertad para decidir por sí mismo, como bien de la personalidad este no es un bien transferible como una propiedad, pero si tiene un contenido patrimonial. La imagen humana en si no es un bien patrimonial,

como bien de la personalidad nunca va a cambiar de titular, lo que si tiene valor económico es la cesión del derecho para difundir la imagen con fines comerciales o pecuniarios. Lo que no se puede dudar es que el derecho a la propia imagen representa hoy un bien patrimonial por su explotación comercial, la cual requiere de protección de los valores económicos o comerciales que estos comprenden, quedando este tema bajo la esfera de la protección civil no desde la esfera constitucional, de forma tal que se ofrece un mecanismo de solución a los conflictos que surjan por motivo de los contratos que se celebren con el propósito de uso de la imagen de un titular del derecho.

Toda persona es titular de su derecho a la propia imagen por el simple hecho de ser humano y esto es porque, como hemos venido comentando, es un derecho que tiene como fundamento la dignidad humana por ser un bien de la personalidad. Todas las personas físicas tienen protegido y garantizado este derecho, con independencia de su edad, discapacidad o nacionalidad, por lo que no existe diferencia en el reconocimiento de este derecho, pues todas pueden hacer uso de la facultad para consentir o no en la captación, reproducción y/o publicación de su imagen.

Sin embargo, así como se han habilitado las facultades de consentimiento y revocación, también se ha desarrollado cierta modificación en el grado de protección para algunos casos como los menores de edad y las personas incapaces, los personajes públicos o notorios y los fallecidos, situación que no les despoja de su titularidad, pero si modifica por razón de la vulnerabilidad de la

persona o por proteger otros derechos como la libertad de expresión o información.

No obstante, a pesar de la protección con la que cuenta no es un derecho absoluto y la imagen de una persona puede ser expuesta públicamente de forma legal ante ciertas circunstancias reconocidas en las normas que permiten el uso de la imagen sin que ello signifique la vulneración del derecho de su titular. A pesar que en Panamá el derecho que nos ocupa no se encuentra regulado a nivel constitucional, existen derechos o bienes constitucionalmente protegidos que requerirán un límite, uno de ellos- quizás el más discutido- lo constituye el derecho a la libertad de expresión e información en relación a los derechos de la personalidad, como suele ocurrir generalmente con el derecho al honor, por lo que es conveniente que ante posibles vulneraciones el operador de justicia pueda ponderar estos derechos y que existiesen una serie de criterios o elementos como pauta general para la resolución de estos supuestos que respeten tanto la definición como los límites de los derechos en conflicto.

También existen otras situaciones ante las cuales puede ceder este derecho como el uso de la imagen de personas que se encuentran desaparecidas o por el uso para la prevención y persecución del delito, donde tiene que primar la seguridad ciudadana. Igualmente, en la regulación pueden establecerse límites expresamente señalados como lo hace la legislación española y en nuestro caso, a pesar que no se enuncian los supuestos que delimitan este derecho, si se establecen excepciones para el uso de la imagen de una persona que se difundan

con fines noticiosos, de interés público o cultural, con base en el respeto a la dignidad humana.

Si una imagen es reproducida públicamente sin la autorización del titular ni se encuentra contemplada dentro de las excepciones establecidas en la norma, nos encontramos ante un uso ilegal de la misma. El uso no consentido conlleva a la violación del derecho a la propia imagen, la cual se encuentra protegida en el artículo 577 del Código de la Familia.

En Panamá nos encontramos que la protección del derecho a la propia imagen se encuentra incorporada de manera expresa como un derecho familiar personalísimo en el Código de la Familia, no contamos con la tutela de manera taxativa en nuestra carta magna ni una ley que lo desarrolle de manera específica, por lo que en caso de reclamaciones podrá ventilarse en los juzgados especializados de familia, en los especializados de comercio para casos de derecho de autor y derechos conexos, en el Tribunal Electoral en el caso de temas electorales o recurrir en la vía ordinaria para solicitar la responsabilidad civil o penal, según sea el caso.

A pesar de encontrarnos con la ausencia del reconocimiento en el texto constitucional, en caso de ocurrir vulneraciones a este derecho de acuerdo a cada caso concreto se puede solicitar la protección, ya sea por la vía penal, civil o administrativa. Por la vía penal tradicionalmente ha sido protegida cuando se ha dado una afectación a otros derechos como el derecho al honor y/o al derecho a la intimidad, pudiendo ocurrir una lesión de la imagen y el honor; imagen e intimidad o imagen, honor e intimidad. Mientras que el desarrollo de normas para

la actuación por la vía administrativa para proteger a la imagen ha sido escaso por lo que no vamos a encontrar regulaciones destinadas específicamente al derecho a la propia imagen sino a través de otros cuerpos legales como en el derecho de protección de datos.

En el caso que una persona considere vulnerado su derecho por la publicación de su imagen y quiera solicitar la indemnización por daños y perjuicios, tendría que acudir a la vía civil ordinaria, aplicándose la regla general establecida en el 1644 A del Código Civil para este tipo de reclamos, pues no contamos con una legislación especial o normas en el Código Civil que tutelen de manera específica el Derecho a la propia imagen.

La existencia de una normativa para la protección civil permitiría establecer medidas de tutela ante la vulneración que no únicamente contemplen la acción indemnizatoria sino también regular todos los posibles aspectos para la garantía de este derecho personalísimo.

3. Planteamiento del Problema

Confusiones conceptuales y una insuficiente legislación que desarrolla la protección jurídica del Derecho a la propia imagen en Panamá, aunado a la inaplicación de los Principios Generales del Derecho, dificulta la certeza del valor de justicia y del respeto a la dignidad humana reconocido en nuestra Carta Magna. Mientras que en otros países existe regulación específica en su derecho positivo y se encuentra que la jurisprudencia no sólo aplica las normas concretas sino también los Principios Generales del Derecho, por lo que concurre la solución de los casos de vulneración de la propia imagen del titular del derecho.

Los grandes avances tecnológicos y el uso de nuevas formas de comunicación que permiten la captación, reproducción y difusión de la imagen de una persona, que han irrumpido la nueva forma de hacer relaciones sociales entre los seres humanos, genera la posibilidad de lesionar el derecho de las personas por su uso no autorizado y en consecuencia que estos problemas sean llevados ante nuestros tribunales de justicia, lo que implica la necesidad de evaluar la necesidad de nuevas normas en nuestro Derecho Civil.

La protección del Derecho a la propia imagen se ha positivado como ha ocurrido en España, México, Perú, Argentina, entre otros, mientras que en nuestro país nos encontramos ante una posible insuficiencia de normas precisas que permitan que las reclamaciones que presenten, quienes han resultado lesionados en su derecho, no logren la protección por esa falta de positivización.

4. Formulación de Hipótesis

4.1. Fundamentación Teórica

Los medios tecnológicos son de utilidad no sólo para las personas y las empresas, sino también para toda la sociedad, ello permite la generación de ingresos como la producción de conocimiento. No obstante, estos avances permiten la recopilación de información en bases de datos, así como en las aplicaciones informáticas para socializar, que utilizan principalmente cámaras y videos, donde quedan captadas las imágenes de las personas lo que se traduce en su almacenamiento, reproducción y difusión con o sin la autorización de su titular.

Con estos avances se amplía la posibilidad que se pueda lesionar el Derecho a la propia imagen de más personas no sólo a nivel nacional, sino que trasciende las

fronteras a otros países, inclusive se expande a otros continentes. El debate jurídico que se inicia a finales del siglo XIX con el desarrollo de la Teoría del Derecho General de la Personalidad desde la perspectiva de la persona humana cobra vigencia ante el escenario de un riesgo al que están mayormente expuestas las personas ante la vulneración del derecho de la personalidad por su uso abusivo, en aquella época por la fotografía y en la actualidad por el uso de la tecnología y las redes sociales.

Surge entonces la necesidad de establecer un marco legal que establezca reglas claras para los prestadores de servicios de intermediación, para el uso de las redes sociales y las aplicaciones informáticas, sobre la responsabilidad por la lesión de derechos personalísimos como la propia imagen, donde a través de normas específicas exista una protección a este bien personalísimo con medidas que incluyan la suspensión de los actos lesivos hasta la indemnización por el daño moral y/o patrimonial causado.

Tanto el operador de justicia como los titulares del derecho resultan beneficiados de la positivización de los derechos de la personalidad que puedan ser objeto de una lesión, ya sea a través de normas civiles o de leyes específicas que protejan a las personas que puedan ser objeto de vulneraciones. Situación que en la práctica podemos encontrar en la legislación española, donde se ha unido no solo a nivel constitucional sino a través de una ley de protección de tres bienes de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen.

Todo esto puede ser sustentado en el principio de la dignidad humana establecido en el artículo 17 de nuestra Constitución Política, que a su vez es fundamento de

los derechos humanos, derechos fundamentales, lo que tiene un antecedente en el proyecto de Código Civil de 1970 redactado por Dr. Narciso Garay.

4.2. Hipótesis

En la legislación y jurisprudencia extranjera es precisa la protección del Derecho a la propia imagen y en el Derecho panameño se han presentado demandas por el Derecho a la propia imagen que han sido desestimadas por falta de una adecuada normativa.

5. Objetivos de la Investigación

La investigación sobre “La Tutela del Derecho a la Propia Imagen Física: efectos jurídicos de su vulneración” tendrá como objetivo general y específicos los siguientes:

- General
 - Analizar las normas de protección para el caso de la propia imagen en Panamá frente a las distintas dimensiones en que puede verse vulnerada para su debida adecuación.
- Específicos y particulares
 - Examinar las normas nacionales que le aplican y el derecho comparado.
 - Revisar la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia.
 - Delimitar la responsabilidad civil por la vulneración al derecho a la propia imagen.

6. Importancia y Justificación

Realizar la investigación sobre “La Tutela del Derecho a la Propia Imagen Física: efectos jurídicos de su vulneración” es de gran importancia porque:

- Se requiere que los titulares de la imagen no se encuentren en un estado de indefensión y se proceda con la protección de este bien de la personalidad, ya sea por la vía de los Principios Generales del Derecho o del Código Civil, extendiendo dicha protección a la memoria del fallecido.
- Hay que establecer las conductas constitutivas de uso ilegal de la imagen de una persona, dejando abierta la posibilidad a otras actuaciones que puedan ser violatorias de dichos derechos y que no sea, por tanto un *numerus clausus*.
- La protección civil debe ir más allá de una acción indemnizatoria, se tiene que brindar un abanico de posibilidades para la tutela del derecho, señalando medidas que permitan poner fin al uso no consentido y restablecer al titular de la imagen el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir su uso posterior.
- Por ser un bien de la personalidad debe ser indemnizable tanto los daños morales como los patrimoniales si es el caso, estableciendo reglas especiales de presunción para los daños morales como lo hacen otras legislaciones, no así para los daños patrimoniales donde debe aplicarse las reglas generales para el tema probatorio.

Asimismo, puede señalarse que la presente investigación sobre la Tutela del Derecho a la Propia Imagen Física se justifica porque:

- Es necesaria una visión integral de la protección del Derecho a la propia imagen frente a las diversas dimensiones en que puede verse afectada.
- Es una materia novedosa y existe poca información sobre el alcance de la responsabilidad civil frente a la vulneración del Derecho a la propia imagen, la cual queda ligada a la línea de investigación de la responsabilidad por abuso del derecho.
- Coadyuvará a quienes estén involucrados con la materia a obtener conocimientos para aplicar a casos concretos donde resulten lesionados derechos de la personalidad.
- Puede servir de guía para resolver problemas que se enfrenten en el futuro con el uso de nuevas tecnologías que puedan causar inseguridad a las personas.
- Finalmente, es un tema de gran importancia para los ciudadanos por ser derechos de la personalidad que deben ser respetados en virtud de los Principios Generales del Derecho, los tratados internacionales y que como bien de la personalidad debe elevarse no solo a rango constitucional sino legislarse en materia civil para garantizar su protección.

7. Metodología de la Investigación

La presente investigación yace en el Derecho que es una ciencia que estudia las normas como un fenómeno social, en el cual no necesariamente son aplicables todas las pautas de investigación que si le son a las ciencias exactas en general, por lo que en el presente trabajo serán aplicados aquellos conforme a esta ciencia del Derecho.

Miguel Reale, en su obra de Filosofía del Derecho, dice que el Derecho es “una realidad que se desarrolla a través del espacio y del tiempo” y que la misma puede ser estudiada a través de tres prismas diferentes: la del sociólogo, la del historiador y la del jurista. Esta última la llama “la Jurisprudencia, o Ciencia del Derecho” que tiene por objeto el fenómeno jurídico, que no es más que el jurista estudie la realidad bajo el aspecto normativo o de regulación, mientras que los dos primeros lo hacen desde la misma realidad, pero desde los fenómenos sociales o desde los hechos como momentos en un proceso. Así las cosas, dice que “por el contrario, el jurista, en su visión de la realidad social, sólo encuentra su campo en la medida en que ésta alberga reglas, normas, preceptos, imperativos. Esto nos señala la necesidad que tiene de conocer las investigaciones históricas y sociológicas, sin que ello signifique que haya de subordinarse a estos <<campos de investigación>>”¹.

En ese sentido, se realiza un análisis dogmático- jurídico sobre la protección del Derecho a la propia imagen en el Derecho Civil vigente acompañada también de lo que ocurre en otros países con mayor desarrollo en la temática, de forma tal que pueda visualizarse las dimensiones nacionales y transnacionales. También se utilizó el método dialéctico, en relación al análisis de las normas que han sido aprobadas en el tiempo, las condiciones en los que ha sido aplicado y así poder realizar recomendaciones para la transformación jurídica².

¹ REALE, Miguel. Filosofía del Derecho, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, España, 1979, página 79.

² Véase LOMBARDO S., Julio E. Metodología de Derecho: Métodos de Interpretación, Procedimientos de Integración y Métodos Estructurales, Imprenta Articsa, Panamá, 2022, página 184.

Y el método analógico, quizás el más importante para establecer cómo ha sido resuelto el problema en otras latitudes, para fijar que ante situaciones semejantes a las planteadas en esta investigación se le pueden dar soluciones similares, que es distinto a la analogía como método interpretativo.³ Más bien se trata del argumento analógico, como señala el Dr. Julio Lombardo “el razonamiento analógico evidenciaría, incluso, el desarrollo de búsquedas realizadas en legislaciones de otras latitudes, en las cuales pueden haberse realizado innovaciones o perfeccionamientos positivos del ordenamiento, en orden a la mayor efectividad y concordancia del correspondiente sistema normativo, con los valores jurídicos superiores, los principios generales del Derecho y los derechos humanos”.⁴

La investigación del tema objeto de la tesis doctoral se realizará con base a las opiniones de juristas, la jurisprudencia, así como en atención a la legislación aplicable en el territorio nacional y al derecho comparado. En ese sentido, la investigación que plateamos es jurídica, de características interpretativa y cae en el aspecto descriptivo y uso de todas las gamas de métodos disponibles que se encuentren a lo largo de la investigación.

El Proyecto de Investigación objeto de análisis se vincula a una problemática del presente que debe ser resuelta a la luz de las normas civiles y, por tanto, se tiene

³ “La analogía consiste en el raciocinio mediante el cual, quien aplica el derecho, puede suplir eventuales lagunas, deficiencias, vacíos o insuficiencias de la norma, recurriendo a una o varias normas creadas para casos similares y de la cual o las cuales crea una nueva norma. Expresado de otro modo, en la analogía se pasa de una o varias normas a otra que es una nueva norma”. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1993, página 282.

⁴ LOMBARDO S., Julio E. Op. Cit., página 170.

que revisar el contenido de normas donde los elementos del problema son el Derecho a la propia imagen y la responsabilidad civil frente a las vulneraciones.

De lo anterior, lo que se busca es resolver la interrogante de si el derecho positivo panameño protege adecuadamente la propia imagen de su titular que permita a su vez la prevención, suspensión y/o reparación de los daños ocasionados por la intromisión ilegítima de manera que se contribuya al avance del conocimiento sobre la solución de los casos que se presenten.

Para ello, puede aplicarse el método interpretativo con modalidades como es el literal, el teleológico y el lógico ⁵, así como los procedimientos de integración del derecho, de ser necesarios.

⁵ Véase LOMBARDO S., Julio E. Op. Cit., páginas 87 a 106.

CAPITULO I

EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PROPIA IMAGEN

A. Consideraciones Preliminares

La imagen es la representación del ser humano a través de sus rasgos personales⁶ y el Derecho a la Propia Imagen se refiere al derecho que tiene cada persona para consentir o impedir la captación, fijación, reproducción o publicación de su imagen sin su anuencia, a fin que ésta no sea vulnerada⁷.

El Derecho a la Propia Imagen no es un fenómeno nuevo, pero el invento de la fotografía, la cinematografía, la televisión y recientemente el internet con las redes sociales, ha motivado un gran interés jurídico por el tema en el ámbito de la protección de la dignidad de la persona puesto que pueden ser vulnerada, ya que los medios tecnológicos que tenemos a disposición en nuestro días pueden captar, almacenar, elaborar y transmitir datos de forma que cualquier persona puede tener acceso y recolectar todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla sin su autorización.

⁶ “La imagen se percibe como atributo o bien inherente a la persona humana. Tal y como afirma Royo Jara, “la figura humana y por ende su representación, es decir su imagen, constituye [...] el signo más inequívoco de identificación de una persona”. Royo Jara, José. La Protección del derecho a la propia imagen, Madrid, España, 1987, página 19. Citado en: PASCUAL MEDRANO, Amelia. El Derecho Fundamental de la Propia Imagen, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2003, página 20.

⁷ Varias sentencias del Tribunal Superior Español definen “...la imagen como <<la representación gráfica de la figura humana>>; y, en consecuencia, la STS, de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7058), STS, de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2370) y STS, de 24 abril de 2000 (RJ 2000, 2673) afirman que <<de acuerdo con la doctrina jurisprudencial [de la Sala Primera del Tribunal Supremo], el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida o fuera de ellos supone una vulneración o ataque del derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga>>”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. El Derecho a la Propia Imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 44.

Sólo en cuestión de meses se producen cambios tecnológicos que influyen en los servicios, productos, comercio, cultura, libertad de información y expresión, inclusive en las relaciones humanas, lo que ocasiona situaciones en las que el ciudadano se encuentra en un estado de indefensión debido a que el Estado, quien tiene el rol de garante de los derechos, queda rezagado frente a la velocidad de estos avances que permiten reproducir, publicar y difundir una imagen.

Esta situación ha impulsado el desarrollo de la configuración, a favor de las personas, de un derecho sobre su propia imagen que se traduce en la facultad de defenderla contra las fijaciones o reproducciones en publicaciones de periódicos, revistas, libros, cine, internet, entre otros⁸.

Así, tenemos entonces que el Derecho a la propia imagen, considerado un derecho de la personalidad, protege jurídicamente la representación de la figura de una persona. En ese sentido, la persona tiene un derecho sobre su retrato, sea cual fuere el soporte material sobre el que éste se fije, que podrá ser una representación cuando sea fijada la figura humana en una pintura, escultura o dibujo, mientras que será una reproducción cuando ésta sea una copia que fue captada mediante una fotografía, un vídeo, la televisión o las redes sociales.

⁸ “La Corte Constitucional ha establecido que “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 personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro” (Sent. T-090- de 1996)”. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 2010, página 458.

A. Antecedentes

1. El Término Imagen

Como antecedente histórico al concepto de imagen, desde los tiempos de las cavernas los hombres solían registrar ciertos acontecimientos a través de sus imágenes y posteriormente también fue utilizada por culturas como la de los egipcios, griegos y romanos. Entre los romanos se desarrolló el *ius imaginis* que se refiere a una máscara de cera que duplicaba el rostro del fallecido y determinaba las reglas para que pudiera ser expuesto el retrato del difunto, pues se tenía la creencia que de esta forma se conservaba la personalidad de la persona. Es que para los romanos “el nombre ordinario de la máscara, principalmente la máscara escénica, es persona, que procede del antiguo verbo *personare*”.⁹

La palabra imagen que proviene del latín *imāgo*, *-īnis*, es definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como “Figura, representación, semejanza y apariencia de algo”¹⁰. Es muy usual emplear la expresión “tener buena imagen” para calificar positiva o negativamente a una institución, organización, empresa, marca o figura pública, lo que es resultado de un proceso comunicacional, que es distinto a la imagen humana.

La imagen humana es la representación de la figura de la persona en su conjunto y la parte del cuerpo que mayormente la identifica es su cara, es lo que le

⁹ ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. El Derecho a la Propia Imagen, Primera Edición, España, Editorial Civitas, S.A., 1997, página 23.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Real Academia Española, 2014. Recuperado el 2 de noviembre de 2015 desde <http://dle.rae.es/?w=imagen&m=form&o=h>.

individualiza de los demás hombres, distinto también de la fisonomía animal que no tiene un rasgo tan individualizador como en el ser humano. No obstante, la imagen humana también incluye rasgos esenciales de su personalidad lo que hace que sea parte de la dignidad del hombre.

El reconocer a una persona en una fotografía, en un vídeo o cualquiera otra representación valida la individualización e identificación de los rasgos característicos de la persona humana. Señala Ana Arzumendi que “Al decir derecho a la propia imagen se está apuntando a los criterios de individualidad, identidad y reconocibilidad, como determinantes de la realidad jurídica de la imagen humana; puesto que el derecho sólo actúa si la representación visible de una figura humana puede atribuirse a un sujeto concreto- y esto es posible en la medida en que están presentes los criterios a los que me he referido”.¹¹ De forma que el derecho a la propia imagen sólo comprende la representación de la figura humana y no así la de las personas jurídicas ni a los animales.

2. Antecedentes a la Regulación del Derecho a la Propia Imagen

Desde tiempos antiguos, la imagen de las personas ha sido representada en dibujos, pinturas, esculturas, que no tenían gran trascendencia jurídica más que en la relación contractual entre las partes, pues eran pocas sus reproducciones¹².

¹¹ ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 28.

¹² Pedro Ruíz “asevera que para la multiplicación de las copias de un cuadro o busto se recurría a una nueva pintura o modelado, “lo cual reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o su causa habientes y sólo se podía dar el caso improbable de estar aquéllos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente”. Concluye que el escaso alcance de la difusión del retrato por las pocas reproducciones legítimas o ilegítimas no convertía este hecho en una ofensa grave, constante, y no significaba un peligro social. RUIZ Y TOMÁS, Pedro. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen, Madrid, Reus, 1931, página 51. Citado en RODRÍGUES DA CUNHA E CRUZ, Marcos Aurelio. **El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil**. Dentro de Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 11, núm. 22, España,

No obstante, todo esto cambia a partir de la invención de la fotografía¹³, que permite la reproducción y exposición de las imágenes lo que se hace de forma más frecuente a partir del siglo XIX con la comercialización de las cámaras fotográficas.

Con el gran desarrollo de la tecnología (cámaras fotográficas, televisión, internet) y el impulso de grandes industrias como lo son los medios de comunicación (prensa, revistas, televisión), las industrias culturales como el cine, la moda y la música y finalmente la industria de internet (teléfonos móviles, redes sociales, el chat, correo electrónico), ahora existe un impacto global, pues la captación de la imagen de las personas en cualquier situación o ubicación, y su posterior reproducción o publicación, no tiene, prácticamente, obstáculo técnico alguno, lo que trae como consecuencia la vulneración de derechos e implicaciones legales que trascienden inclusive las fronteras nacionales.

De esta forma el uso de las imágenes, en especial las imágenes humanas, se encuentra en la cima de la información que se difunde a través de los medios de comunicación tradicionales y de las redes sociales por internet. En consecuencia, el Derecho a la propia imagen junto con el Derecho al honor y el Derecho a la intimidad, constituyen derechos que tienden a confundirse, producto del auge del desarrollo de los medios de comunicación audiovisuales y de la informática en formato digital que hace que, con frecuencia, se use una imagen de una persona

Universidad de Sevilla, 2009, página 22. Recuperado el día 19 de julio de 2015 desde <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28211598002>.

¹³ En 1824 el químico francés Nicéphore Niepce obtiene las primeras imágenes fotográficas, que luego es perfeccionada por Luis Jacobo Mandé Daguerre quien divulga en 1839 el primer procedimiento fotográfico.

que pueda a su vez vulnerar el Derecho a la intimidad o, incluso, el honor de las personas.

Los precedentes de la regulación del Derecho a la propia imagen se pueden encontrar entre 1839 a 1948, así como existen también antecedentes judiciales entre los que hay que destacar las sentencias francesas que tácitamente reconocen al Derecho a la propia imagen¹⁴, donde es importante rescatar como principal aporte la necesidad del consentimiento de la persona¹⁵ o de sus herederos¹⁶.

Inicialmente, la imagen humana, como objeto de derecho, encontró su protección en el Derecho de autor y las normas de propiedad intelectual que buscaban salvaguardar todo lo relacionado con las actividades fotográficas¹⁷, su creación y el derecho a la reproducción, por lo que su tutela era limitada. Posteriormente se dan algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales hasta que comienza

¹⁴ Véase descripción jurisprudencial en AZURMENDI ADÁRRAGA, Ana. Op. Cit., página 53.

¹⁵ En el fallo del Tribunal del Sena de 11 de abril de 1855 “Entendió dicho Tribunal que no se podía, bajo ningún pretexto, dar publicidad a los rasgos de una persona y que tampoco podía exponerse en un salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o contra la de su familia (si aquél estuviera muerto o incapacitado), o bien contra la del propietario de la reproducción”. RODRÍGUES DA CUNHA E CRUZ, Marcos Aurelio. Op. Cit., página 21.

¹⁶ En 1958 “El mismo Tribunal se pronunció sobre una demanda, en la cual se defendía el derecho a la propia imagen de una actriz francesa (Rachel) ante una pintura (O’Connell). La familia de Rachel había contratado dos fotógrafos para retratar la imagen de la actriz en el momento de su muerte, estableciendo que las fotografías reproducidas serían de propiedad de la familia. La pintora O’Connell obtuvo tales fotos y las reprodujo en dibujos con el fin de comercializarlos. La sentencia del Tribunal declaró ilícita la reproducción de los dibujos hechos a partir de las fotografías sacadas. A petición de la familia, el Tribunal decidió la aprehensión del original y de las diversas pruebas fotográficas, ordenando su destrucción y declarando que nadie podía, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir y publicar los rasgos fisonómicos de una persona en el momento de su muerte, aunque se tratara de una persona célebre”. Ídem, página 21.

¹⁷ En la segunda mitad del Siglo XIX son varios los países que expiden leyes sobre propiedad intelectual (Alemania, Austria, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Francia, España, entre otros), donde tiene mayor desarrollo la fotografía).

a tomar fuerza el reconocimiento de la imagen humana como un derecho del hombre.

De acuerdo a Ana Arzumendi hay quienes se opusieron en su momento al derecho sobre la imagen por no poder respaldarse en el derecho romano¹⁸, así como también existen consideraciones que sí existe un Derecho a la imagen, pero supeditado a si esa imagen lesiona o no el honor o a la intimidad de la persona. No obstante, se ha ido reconociendo la autonomía del derecho sobre la imagen¹⁹ y así se refleja desde finales del siglo XIX²⁰ cuando se impulsa el desarrollo de la doctrina alemana con la Teoría del Derecho General de la Personalidad que desarrolla el tema del Derecho a la propia imagen.

A diferencia del tratamiento de propiedad de la imagen con el Derecho de autor, esta Teoría resalta el Derecho a la propia imagen desde una perspectiva de la persona humana, sobre la base del derecho de todo individuo a ser reconocido como persona. Entre sus principales representantes se encuentran Gierke²¹ y J.

¹⁸ “El *ius imaginum romano*, que algunos autores sitúan como precedente del derecho a la propia imagen, era un punto de referencia excesivamente lejano y, en cualquier caso era muy limitado”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 60.

¹⁹ “Todos han ido reconociendo, de forma más o menos extensa, la facultad de cada individuo para decidir y controlar el uso de su propia imagen y, por ende, el deber de los demás de respetar dicha decisión. Y es que el uso de la imagen propia no puede quedar al margen de la esfera de decisión de su titular. Obviamente, existen límites a este derecho, pero lo que hoy parece plenamente aceptado es la idea de que nadie puede disponer de forma indiscriminada de la imagen ajena”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 20.

²⁰ “Es precisamente en estos años de alrededor del cambio del siglo cuando aparecen las primeras publicaciones que tienen como objeto el estudio de la imagen humana desde el punto de vista del derecho. Obras como las de J. KOHLER; H. KEYSSNER, COHN; VON BLUME, GIERKE; ENNECERUS, entre otras, representan este impulso doctrinal”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 61.

²¹ “Gierke resuelve la dificultad para acotar el ámbito en que la personalidad humana, en sus distintas manifestaciones, está presente con un principio básico – el libre desarrollo de la propia personalidad- que unifica todas las cuestiones esenciales relativas a la persona humana. Pero, si GIERKE va a proporcionar unos resortes doctrinales válidos para el reconocimiento de la naturaleza jurídica de la imagen humana, no es menos cierto que su teoría dará pie a que bajo la noción del libre desarrollo de la personalidad se comiencen a desdibujar las fronteras entre honor, intimidad e imagen de la persona”. Ibidem, página 59.

Kohler²², pero es realmente la propuesta de Ennecerus²³, en el XXVI Congreso de Juristas Alemanes celebrado en el año 1902, el que hace que este derecho sea abiertamente reconocido.

El reconocimiento de este planteamiento es un significativo avance sobre la existencia de un Derecho a la propia imagen autónomo separado del Derecho de autor y de otros derechos, donde siempre es necesario el consentimiento de la persona pero existen ciertas circunstancias que no lo requieren, las cuales quedaron al libre arbitrio del legislador o de los jueces, lo cual quedó plasmado en la Ley alemana de 1907.

A la par que la doctrina alemana florece y se desarrolla en Francia e Italia, en Estados Unidos ocurre un desarrollo jurisprudencial que configura el *right of privacy* y el *right of publicity*²⁴, lo que da como resultado la regulación de la utilización del nombre y de la imagen con fines de publicidad en 1903, instituyendo la ilicitud del uso de la imagen de una persona con fines publicitarios sin su autorización.

²² “Kohler considera que el único caso en el que el derecho a la imagen puede regularse por una normativa diversa a la del derecho de autor es aquel en el que se produce una lesión a la esfera jurídica de la persona por medio de la publicación de la imagen. En su estudio hay un reconocimiento de que la imagen es objeto de derecho, y de que su naturaleza jurídica pertenece al marco del derecho de la personalidad. Sin embargo, admite al mismo tiempo una cierta dualidad cuando considera que determinados aspectos han de ser regulados por la normativa de la propiedad intelectual y artística, y otros por las normas que se refieren al honor. De algún modo, la propia imagen forma parte del derecho general de la personalidad, pero tiene unas características peculiares que le distinguen de los demás aspectos de la persona; en concreto, su potencia patrimonial y su carácter medial en lo que se refiere a posibles lesiones de otros elementos integrantes de la personalidad”. Ibidem, página 63.

²³ “El ambiente general del Congreso no era favorable a un reconocimiento del derecho a la propia imagen, pero el resultado de la intervención de ENNECERUS fue la aprobación de una cláusula en la que se solicitaba la tutela por ley contra la abusiva exposición de las imágenes fotográficas, siempre que se violaran intereses dignos de protección, y, en particular, <<cuando sean abandonados a la publicidad hechos que sólo los interesados, según las ideas dominantes, tienen la atribución de hacer públicos>>”. Ibidem, página 65.

²⁴ En Estados Unidos es desarrollado el tema por el *right of privacy* (utilización comercial no consentida) y el *right of publicity* (el derecho a la explotación con fines publicitarios o comerciales de la imagen).

De esta forma, se va creando cierta conciencia jurídica del Derecho a la propia imagen como un derecho humano, hasta que finalmente en 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos que abona al fortalecimiento de la doctrina de los derechos de la personalidad²⁵. Todo esto da por resultado el reconocimiento de manera taxativa a nivel constitucional en algunos países que serán descritos en este trabajo, de forma que el Derecho a la propia imagen goza actualmente de un reconocimiento.

3. La propia imagen como bien de la personalidad y derecho fundamental

Con el uso masivo de la imagen en los medios de comunicación, especialmente en las redes sociales, la imagen humana se ha convertido en el atributo de la persona con más exposición pública del cual, en los últimos tiempos, se exige protección y por ello, es importante comprender que la imagen de un ser humano es un bien y un derecho de la personalidad que a su vez es un derecho fundamental en algunas legislaciones.

3.1. La imagen como bien de la personalidad y el Derecho a la Imagen como Derecho de la Personalidad

La imagen, la vida, la integridad física, el honor, la intimidad, entre otros, son considerados *bienes de la personalidad* que se definen como “aquellos atributos de la persona que constituyen parte integrante de su esencia. Atributos que le

²⁵ “En la Declaración Universal de 1948, además de una de las circunstancias históricas que despertaron en las naciones la necesidad de proteger los derechos inviolables de los hombres, unos derechos inherentes a su dignidad humana y, por lo tanto, presentes en cualquier lugar y tiempo, contribuyó la aportación doctrinal de los derechos de la personalidad, que en esa fecha contaba con un amplio respaldo por parte de los autores europeos”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 84.

corresponden, por ende, en tanto que persona, en sí misma considerada. Su goce y disfrute resultan enteramente indispensables para el desarrollo integral de la persona. Son, pues, bienes esenciales de la persona, que se sitúan en el ámbito interno de aquélla, por contraposición a los bienes externos: cosas o servicios”²⁶. Cuando nos referimos al concepto de los *bienes de la personalidad* es preciso distinguirlo de la expresión *derechos de la personalidad* debido a que suelen manejarse como sinónimos, entendiéndose por estos últimos como aquellos “instrumentos ideados por el Ordenamiento jurídico para que el hombre satisfaga aquellas necesidades, esto es, para conseguir el pleno goce y disfrute de aquellas manifestaciones esenciales de su personalidad”²⁷. De esta forma, la propia imagen es un bien de la personalidad que va estar protegida por un derecho de la personalidad, en este caso por el Derecho a la propia imagen o derecho a la imagen.

Los derechos de la personalidad se destacan por ciertas características, entre las cuales se mencionan las particularidades de ser innatos u originarios por el simple hecho de ser un hombre; privados porque pertenecen al individuo; absolutos pues deben ser respetados por todos; irrenunciables porque son revocables; indisponibles porque no puede transmitirse; inembargables por encontrarse fuera de la esfera de ejecución forzosa; imprescriptibles ya que sólo se extinguen con la muerte del titular; extrapatrimoniales por estar fuera del comercio aunque hay

²⁶ BUSTOS PUECHE, José Enrique. Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad, España, Editorial Dykinson, S.L., 2008, página 18.

²⁷ Ibidem, página. 23.

quienes prefieren considerarlos como derechos no pecuniarios porque protegen bienes morales y otros que opinan que si tienen un contenido patrimonial.

Para Julio César Rivera “los derechos de la personalidad son prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de la que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad”²⁸. (SIC)

Hay quienes critican las particularidades de los derechos de la personalidad como Francisco de P. Blasco Gascó, quien señala que al asignar estas características hay que ser cuidadoso porque dice que “no todos son innatos para todos, ni todos son imprescriptibles para todos, ni todos tienen un contenido positivo para todos”²⁹, ello principalmente por la heterogeneidad de los derechos que la conforman y porque no se puede afirmar con exactitud qué derechos conforman dicha categoría.

Sobre las explicaciones de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, Bustos Pueche³⁰ concuerda que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, derechos que le permiten al hombre asegurar el goce de

²⁸ RIVERA, Julio César. Derecho a la Intimidad, La Ley, 1980-D, 912/934. Citado en: GHERSI, Carlos A. Derechos Fundamentales de la Persona Humana, Argentina, La Ley, 2004, página 113.

²⁹ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Patrimonialidad y Personalidad de la Imagen, España, Bosch, 2008, página 16.

³⁰ “En conclusión, y de acuerdo con la doctrina dominante, entiendo que no debe negarse la naturaleza de verdadero derecho subjetivo a los derechos de la personalidad. La construcción de esta teoría no tropieza con obstáculos insalvables y parece la más conforme con la dignidad de la persona. Si a ésta se le reconoce un ámbito de poder respecto de sus bienes externos, cosas o servicios, parece que, con mayor razón, habrá de reconocérsele otro ámbito de poder respecto a sus bienes internos, vida, integridad o fama”. BUSTOS PUECHE, José Enrique. Op. Cit., página 37.

sus bienes más personales. De esta forma, el ordenamiento jurídico le reconoce a toda persona el poder para defenderse, garantizar su amparo y protección ante posibles vulneraciones de estos bienes de la personalidad.

Estos derechos fueron inicialmente reconocidos por autores que mencionamos previamente en los antecedentes, desarrollados en alguna medida por la jurisprudencia y su regulación a través de cuerpos legales ha sido lenta. Inicialmente, la protección de estos bienes jurídicos se materializó a través del castigo a los delitos de asesinato, homicidio, lesiones, calumnias o injurias³¹; no obstante, el Derecho Penal no abarca todos los actos que vulneren los bienes morales de la personalidad, como es el caso del honor, intimidad e imagen³². En consecuencia, la necesidad de las personas por buscar que dichos bienes queden garantizados y protegidos se extiende la protección de los mismos a través de ordenamientos jurídicos supranacionales y de otras ramas del Derecho como lo es su tutela en el ámbito civil.

3.2. El reconocimiento del Derecho a la propia imagen como Derecho Fundamental y su Tutela en el Derecho Civil

Con el reconocimiento en los textos de las Constituciones se eleva el rango de protección de los bienes de la personalidad y de esta forma, algunos derechos de

³¹ La protección penal de los bienes de la personalidad se encuentra en los artículos 131 al 144 que castigan los delitos contra la vida y la integridad física, de los artículos 164 al 168 que trata de los delitos contra la intimidad; y del artículo 193 al 199 los delitos contra el honor en el Código Penal de la República de Panamá.

³² “Cuanto se ha indicado nos conduce a la conclusión de que el Derecho Penal, por su propia naturaleza y razón de ser, no puede ofrecer una protección completa de los bienes de la personalidad, pues serán muy numerosos los actos que ofendan o lesionen aquellos bienes y que, a pesar de ello, no puedan reprimirse por el Derecho Penal, ni dar lugar, por tanto, desde este terreno jurídico, a la oportuna reparación o indemnización a favor del perjudicado. Insuficiencia, pues, del Derecho Penal a los efectos que nos ocupan”. BUSTO PUECHE, José Enrique. Op. Cit., página 26.

la personalidad son a su vez derechos fundamentales, pero para que esto ocurriera primero se desarrolló cierta comprensión a nivel internacional de la necesidad de proteger la dignidad humana, tanto de actos provenientes del Estado como de organizaciones o inclusive de las personas.

3.2.1. La Dignidad Humana como cimiento de los Derechos Fundamentales

Existe la tendencia a pensar que los valores y principios se relacionan con la moral o la ética, no así con el Derecho porque son cosas distintas, cuando los primeros muchas veces sirven de fundamento al segundo. Además, la vía de los Principios Generales del Derecho es una de las herramientas de las que se puede hacer uso frente aquellos vacíos en los ordenamientos jurídicos³³.

Los valores son de diversa índole - estéticos, de utilidad, éticos- y la dignidad humana es uno de esos valores supremos que ha inspirado textos supranacionales y constitucionales. El bien de la dignidad proviene del latín *dignitas, -ātis*, se refiere a la cualidad de digno, es decir, merecedor de algo, así como califica la manera de comportarse de las personas³⁴. De esta definición se desprende que la primera es un atributo natural de los seres humanos y que la segunda, se refiere al actuar de la persona que es reconocido por otros individuos.

La dignidad para Von Wintrich consiste en que “el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente,

³³ Véase artículo 13 del Código Civil de la República de Panamá.

³⁴ Véase Diccionario de la lengua española. Op. Cit., desde <http://dle.rae.es/?id=DIX5ZXZ>.

autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea”³⁵. *En esa línea Ricaséns Siches dice que “el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara, el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios”*³⁶. A la vez que Carlos A. Gherzi afirma que “el ser humano como tal es digno, posee innatamente dignidad y ésta es una cualidad propia y diferente respecto del resto de los seres”³⁷.

Santos Cifuentes nos dice “La dignidad es un valor absoluto porque se proyecta en todos los actos y derechos humanos; no tiene autonomía ontológica, sino que se adhiere como predicado al ser humano, los derechos, las acciones y las cosas; y tampoco es un ser de cantidad, en el sentido de tener la condición intrínseca de obtener aumento o disminución en circunstancia dadas, fijándose según ellas más o menos dignidad. Sino que es un ser de cualidad (9). Las nociones de mucha o poca dignidad, no son más que revelaciones de su existencia o de su falta total”³⁸.

³⁵ VON WINTRICH, “Zur Problematik der Grundrechte”, 1957, página 15. Cit. por Ekkehart Stein: *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tübingen, 1968. Traducción española de F. Sainz Moreno, bajo el título *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, página 236. Cita de cita: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. Dentro de Revista Pensamiento Constitucional, No.50, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996, página 15. Recuperado el 2 de octubre de 2015 desde <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5924/5933>.

³⁶ RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho, México, Editorial Porrúa, S.A., 1965, página 499. Citado en: MOROY CABRA, Marco Gerardo. Los Derechos Humanos, Colombia, Editorial Temis, 1980, página 13.

³⁷ GHERSI, Carlos A. Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos, Buenos Aires, Argentina, Cathedra Jurídica, 2005, página 79.

³⁸ CIFUENTES, Santos. El Derecho a la Vida Privada: Tutela a la Intimidad, Argentina, La Ley, 2007, página 5.

Este derecho natural del hombre como sostuvo el jusnaturalismo, que nos diferencia de otros seres, es un bien del que se derivan diferentes derechos de la personalidad como el derecho a la identificación, identidad, calidad de vida digna, la intimidad, la imagen, entre otros. Sobre estos derechos Santos Cifuentes los reunió en tres categorías: “a) a la integridad física (v.gr., el derecho a la vida misma, al destino del cadáver, etc.), b) a la libertad (v.gr., el derecho al movimiento, a la realización de actos jurídicos, etc.) y, c) a la integridad espiritual, dentro de las cuales se incluiría al derecho a la imagen, junto con el honor, la intimidad y el secreto”³⁹. Mientras que Carlos A. Gherzi presenta una lista aproximada en la que incluye, entre otros, los derechos a la vida, la salud y la integridad psicofísica; los derechos a la identificación, identidad e intimidad; los derechos a la dignidad, el honor y la imagen personal; el derecho de elección y el derecho a la no discriminación⁴⁰.

Señala Blasco que “Efectivamente los derechos de la personalidad (tomada aquí la expresión con un valor entendido) podemos decir que manifiestan la dignidad del ser humano, la intangibilidad de la esencia del mismo y que protegen los atributos más caros de la persona; conforman, por tanto, un tipo de poder y de protección sobre bienes o valores que la sociedad entiende esenciales para la persona.”⁴¹

³⁹ CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos, Lerner, Córdoba, 1974, página 77. Citado en: BARBIERE, Pablo C. Derecho de Imagen en el Deporte, Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, SRL, 2012, página 36.

⁴⁰ Confr. GHERSI, Carlos A. Op. Cit., página 54.

⁴¹ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 25.

De forma que este bien llamado dignidad sirve de fundamento al derecho como Principio General de Derecho y se le ha reconocido validez tanto en convenios internacionales como en las constituciones, convirtiéndose en cimiento de los Derechos Fundamentales. Así lo expresa Humberto Nogueira al decir que “La dignidad de la persona se constituye en 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 fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma”⁴².

Así tenemos que a nivel supranacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en la ciudad de París, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución 217 A (III), en su preámbulo ha consignado ...“que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...” y señala en su artículo primero, que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”.

La Declaración Universal se convierte en la fuente de inspiración en materia de derechos humanos, pero paralelamente el desarrollo de la teoría del derecho general de la personalidad en Europa también influyó en el reconocimiento

⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Derecho a la Propia Imagen como derecho fundamental implícito, 2007. Dentro de la Revista IUS ET PRAXIS (versión on line), Año 13, No.2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 2007, página 246. Recuperado el día 4 de noviembre de 2015 desde <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>.

positivo de los derechos humanos, pues la aspiración era que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tuviese mayor efectividad y que se tuviera a la dignidad humana como referencia. Así surgen otros mecanismos de control para garantizar y reforzar la protección de estos derechos como lo fue el Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, Pactos Internacionales como el de los Derechos Civiles y Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) en San José, República de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y ratificada por República de Panamá, mediante la Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977 reconoce en su preámbulo que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana⁴³.

Aunque estos textos no obligan a los Estados, posteriormente influyen surtiendo efecto sobre las constituciones de los países. Así tenemos que resaltar que Panamá es influenciada y la Constitución de 1972 al ser reformada entre los

⁴³ “PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; ...”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado el 18 de mayo de 2017 desde https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

valores que recoge y protege se encuentra la dignidad humana, cuando en su preámbulo establece que,

“PREÁMBULO

Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la **dignidad humana**, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”. (Lo resaltado es nuestro).

Lo que es reiterado en el Título III, sobre Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1 de las Garantías Fundamentales, segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, que quedó así con las reformas del año 2004 ⁴⁴:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. (Lo resaltado es nuestro).

También encontramos que la Constitución Nacional en su artículo 4 establece que “La República de Panamá acata las normas de derecho internacional”, que funciona como un mecanismo para asegurar la efectividad de los Derechos Humanos en Panamá, así como también existe la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad que estableció el Pleno de la Corte Suprema de Justicia

⁴⁴ El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá fue modificado por las reformas constitucionales originadas por los Actos Legislativos número 1 de 27 de julio de 2004 y número 2 de 26 de octubre de 2004.

panameña en la década de los años noventa, donde se incorporaron dentro del mismo, algunos artículos puntuales de convenciones relativas a los Derechos Humanos, como lo fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras.

3.2.2. Derechos de la personalidad, Derechos Fundamentales y el reconocimiento constitucional del Derecho a la propia imagen

Es en defensa de la dignidad humana que se protegen una serie de derechos de la personalidad, que a su vez hace que surja la interrogante si el reconocimiento a nivel constitucional causa que los derechos personalísimos y los derechos fundamentales sean lo mismo o que sean diferentes. Es así que la pregunta que emerge es si todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales o si sólo algunos derechos de la personalidad son fundamentales o si todos los derechos fundamentales son derechos de la personalidad.

La denominación de derecho humano o derecho de la personalidad ha sido objeto de discusión⁴⁵; no obstante, los derechos humanos no son diferentes de los

⁴⁵ “Los derechos que se estudian han dado lugar a diversos problemas, el primero de los cuales se refiere a su denominación: a) En la doctrina alemana se los ha bautizado con el nombre de derechos de la personalidad, por ser inherentes a toda persona desde que nace hasta que muere; también en la doctrina francesa, española e italiana. b) Durante un tiempo, a partir de la Revolución Francesa, se los denominó derechos individuales y también derechos naturales; pero estas expresiones son de poco uso en el tiempo actual. c) A partir de la expedición del Código italiano de 1942, algunos autores italianos proponen denominarlos derechos sobre la propia persona, expresión desde luego bastante correcta y que tiene la virtud de concretarlos frente a las demás clases de derechos. También se ha propuesto llamarlos derechos personales absolutos, para diferenciarlos de los créditos o derechos personales, que son siempre relativos. Todavía otros autores proponen denominarlos derechos personalísimos. d) Finalmente, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes aprobados por la Novena Conferencia Internacional de Bogotá, abril de 1948, y posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, se ha introducido la expresión derechos humanos. Nosotros emplearemos de preferencia la denominación derechos humanos o derechos de la personalidad, por ser la más conocida en los medios latinos”. VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Alvaro. Op. Cit., página 280.

derechos de la personalidad, para algunos en el fondo son los mismos derechos⁴⁶. Asimismo, las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales suelen utilizarse como sinónimas y su tutela se encuentra inserta en algún apartado de las constituciones de los países⁴⁷.

No obstante, existe una pequeña línea que puede marcar la diferencia al explicar que los derechos humanos se diferencian de los demás derechos por su naturaleza y que deben ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos⁴⁸, mientras que los derechos fundamentales son algunos derechos humanos que ha sido incorporados a nivel constitucional y los derechos de la personalidad se refieren a la protección y tutela de valores de la personalidad humana desde el Derecho Privado. Dentro de los derechos fundamentales se han reconocido algunos derechos de la personalidad⁴⁹, pero no todos los derechos de la

⁴⁶ “Según veremos más adelante, los derechos de la personalidad hicieron su aparición en el escenario histórico desde antes de su proclamación por la Revolución Francesa de 1789; posteriormente recibieron importantes adiciones por la doctrina, hasta encontrarnos con las proclamaciones de la Novena Conferencia de Bogotá, y de las Naciones Unidas de 1948. Inicialmente se proclamaron pocos (libertad, igualdad, seguridad); más tarde se añadieron otros, por ejemplo, el derecho a la vida, al cuerpo, a la salud, al honor, etc. Pero en el fondo son los mismos derechos”. Ibidem, página 282.

⁴⁷ En el caso de nuestra Constitución Política estos derechos fundamentales los trata el Título III, Capítulo I, Garantías Fundamentales, artículos 17 a 55.

⁴⁸ “Montés Penadés dice que, cuando se habla de derechos humanos, se trata de señalar que hay un grupo de derechos, diferenciados de los demás, que son humanos por naturaleza, lo que puede conducir, en una posición razonable, a entender por derechos humanos <<el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional>>. BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 44.

⁴⁹ Pero el problema de deslinde entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad radica, dice Montés, no tanto en las relaciones en que se inserta cuanto en la propia historia de la formación del concepto. No se trata de que los derechos fundamentales expresen la protección de la persona frente al Estado o los poderes públicos, mientras que los derechos de la personalidad sean instrumentos de protección y defensa frente a las invasiones o ataques procedentes de otros particulares. La distinción procede de una serie de factores tales como la distinta perspectiva metodológica con que la ha sido analizada una misma realidad jurídica, la dimensión histórica de ese análisis o, incluso, la propia estructura interna de los distintos derechos. Los derechos de la personalidad fueron identificados y desarrollados por la doctrina jurídico-civil desde finales del siglo XIX, y eran útil mecanismo de impulso de la protección y tutela de los valores ínsitos en la personalidad humana. Se centraban, desde luego, en las relaciones privadas, y de cada sujeto. Aunque

personalidad son fundamentales ni viceversa⁵⁰.

Los convenios internacionales previamente nombrados no mencionan de manera taxativa el derecho a la propia imagen, pero estos si han influido en resoluciones y en algunas Constituciones⁵¹. Menciona Ana Azurmendi Adarriaga que para 1966 el Derecho a la propia imagen estaba obteniendo un creciente desarrollo doctrinal y jurisprudencial existiendo un acuerdo en la necesidad de la protección de la imagen humana y que en su opinión, “la Resolución 2450, de 19 de diciembre de 1968, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ofrece otro indicio que el derecho a la propia imagen está implícitamente reconocido en el artículo 19”, pues esta resolución expone la necesidad de estudiar los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología en el ejercicio de los derechos del hombre - captación de su imagen -, específicamente en su vida privada que era donde se consideraba incluida la imagen humana.

Y es que la Declaración Universal de 1948 proclama en su artículo 19 el derecho a la libertad de opinión y expresión, pero el Pacto Internacional de Derechos

también fueron utilizados para definir un ámbito de defensa frente a los poderes públicos. Al ir recogiendo las Constituciones, trascendiendo las denominadas libertades públicas, derechos de la personalidad, fueron creando específicos mecanismos de garantía, que de algún modo han alterado también la estructura interna de los derechos”. MONTÉS PENADES, Vicente Luis. Derecho Civil, Parte General, Derecho de la Persona (LÓPEZ – MONTÉS – ROCA), 4ª edic. (coord., F. BLASCO GASCÓ), Valencia, Tirant lo blanch, 2003, página 154. Citado en: Ibidem, página 45.

⁵⁰ “L.M. a Díez –Picazo señala que no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, es decir, no todos han sido constitucionalizados ni encarnan valores básicos de la democracia constitucional”. Ibidem, página 46.

⁵¹ “Ninguno de los textos supranacionales, ya sea de ámbito universal, ya sea de ámbito regional, recoge en sus artículos el derecho a la propia imagen. Sin embargo, y esto es lo que quiero mostrar en las páginas que siguen, sí hay un reconocimiento implícito de la propia imagen como objeto de un derecho humano. Un prueba indiscutible de este hecho es que las Resoluciones que se han concretado más algunos aspectos contenidos en los textos supranacionales han hecho referencia a la propia imagen, y que algunas de las Constituciones de fecha posterior a 1948, inspiradas en sus declaraciones de derechos en la Declaración Universal y, en su caso, en el Convenio Europeo, se refieren al derecho a la propia imagen como un derecho humano más”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 98.

Civiles y Políticos de 1966 que busca garantizar su efectividad, le establece en su artículo 19⁵² límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que puede estar sujeto a ciertas restricciones como lo es el asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Al mismo tiempo que se establece el derecho de libertad de opinión y expresión, también la Declaración Universal de 1948 en su artículo 12⁵³ enuncia el derecho a la vida privada y a la honra, por lo que al mencionar los derechos de los demás en el Pacto de 1966, además de referirse a la vida privada y al honor, estaría apuntando al Derecho a la propia imagen.

Este reconocimiento implícito vincula el Derecho a la propia imagen a la dignidad de la persona que es un bien de la personalidad. No obstante, para esa época la propia imagen era tratada como parte del derecho a la vida privada y así se dejó sentado en la Conferencia de Juristas Nórdicos celebrada en mayo de 1967 en Estocolmo sobre el Derecho a la intimidad en donde se plantea como uno de los principales problemas de la sociedad moderna los avances tecnológicos, así como los contenidos de los medios de comunicación con información de la vida personal y familiar de las personas. La conferencia concluye que el derecho a la intimidad

⁵² “Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”.

⁵³ “Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

es un derecho humano, a ser dejado en paz con un mínimo de injerencias y que entre los elementos que la integran se encuentran la imagen, por lo que esta postura reconoce parcialmente el derecho a la imagen solo desde el punto de vista medial⁵⁴ dejando otros aspectos esenciales de este derecho sin protección.

Esas conclusiones son seguidas posteriormente en Europa al ser plasmadas en la Resolución No. 428 de 23 de enero de 1970 del Consejo de Europa sobre la vida privada donde la define cuando esta tiene un mínimo de injerencias e incluye dentro de este derecho la publicación sin autorización de fotografías privadas⁵⁵, lo que tiene como fundamento en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos de 1950 que reconoce el derecho a la vida privada y en su artículo 10 confiere el derecho a la libertad de expresión cuyo ejercicio entraña deberes y responsabilidades.

Con estos convenios y normas internacionales la imagen humana es protegida inicialmente como parte o dentro del contexto del derecho a la vida privada, lo que se ha materializado en algunos textos constitucionales. Sobre dicho reconocimiento constitucional, Ana Arzumendi Adarraga en su libro sobre el

⁵⁴ “Tanto por la terminología empleada como por la estructura con la que se dota al derecho a la vida privada, se hace manifiesta la influencia del <<right of privacy>> estadounidense, no sólo en lo que se refiere a la concepción del derecho como <<derecho de la persona a ser dejada en paz para vivir su propia vida con un mínimo de injerencias exteriores>>, que recuerda la fórmula legendaria del juez Cooley, sino también en la amalgama de supuestos que comprende la noción genérica de derecho a la intimidad”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 115.

⁵⁵ “En ella se establece que: <<“el derecho al respecto de la vida privada consiste esencialmente en que cada cual pueda llevar su vida como la entienda, con un mínimo de injerencias. Conciérne este derecho a la vida privada, a la vida familiar, a la vida íntima, a la integridad física y moral, al honor y a la reputación, al hecho de no ser presentado bajo una falsa apariencia, a la publicación sin autorización de fotografías privadas, a la protección contra el espionaje y las indiscreciones injustificables e inadmisibles, a la protección contra la utilización abusiva de comunicaciones privadas, contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.

No pueden prevalecerse del derecho a la protección de la vida privada las personas que por sus propias actitudes han provocado la indiscreción de la que ellas vendrían a quejarse ulteriormente>>”. Ibidem, página 116.

Derecho a la propia imagen observa cuatro tipos de situaciones: los textos donde no existe ninguna referencia, los textos en lo que no existe una referencia explícita pero que lo aplican los tribunales⁵⁶, los textos que reconocen el derecho a la vida privada⁵⁷ y los textos que reconocen el Derecho a la propia imagen y la vida privada. Entre los textos constitucionales que hacen referencia expresa al derecho a la propia imagen, es preciso destacar a las Constituciones de Portugal, Perú, Brasil, Ecuador, República Dominicana y España quienes incluyen este derecho de la personalidad como garantía constitucional.

De esta forma encontramos que la Constitución portuguesa aprobada en 1976 y con varias modificaciones, siendo la última en el año 2005, en su Parte I, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Título II Derechos, libertades y garantías, artículo 26 sobre Otros Derechos Personales se incluye el derecho a la imagen al disponer que:

- “1. Todos tienen el derecho a la identidad personal, al desarrollo de su personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a su buen nombre y reputación, **a su imagen**, a su expresión, a proteger la privacidad de su vida personal y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación.
2. La ley establecerá garantías efectivas contra la obtención y utilización abusiva o contraria a la dignidad humana, de informaciones, relativas a las personas y a las familias.
3. ...”. (El subrayado es nuestro).

⁵⁶ “Es el caso de Italia, Alemania y Estados Unidos. El texto constitucional italiano y el estadounidense son anteriores a 1948, pero su aplicación para casos relativos a la vida privada – y a la propia imagen cuando está en relación con la vida privada – entra de lleno en el período posterior a la Declaración Universal”. Ibidem, página 127.

⁵⁷ “Constitución griega, de 1952, artículo 14, que se refiere a la vida privada en términos de <<delito de prensa>>; Constitución de Bulgaria, de 1971, artículo 50: <<Cada ciudadano tiene derecho a ser protegido contra cualquier injerencia ilegal en su vida personal y familiar y por cuanto signifique menoscabo de su honor y nombre>>. Constitución de Colombia, de 1991, artículo 15, se refiere al derecho a la intimidad”. Ídem, página 127.

En la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1988 y enmiendas constitucionales de 1994, en su Título II Los Derechos y Garantías Fundamentales, Capítulo Los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos, en su artículo 5 establece que todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

“I. ...

V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou **à imagem**; ...”.

(Su traducción al español sería se garantiza el derecho de réplica, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o imagen. (El subrayado es nuestro)

Además de la imagen también se le da protección a la voz en la Constitución Peruana del año 1993 en el Título I De La Persona y De la Sociedad, Capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona, en su artículo 2 sobre los derechos fundamentales de la persona que incorpora tanto a la imagen como a la voz de las personas al señalar:

“Artículo 2 – Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. ...

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como **a la voz y a la imagen propias**.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de la ley.

...”. (El subrayado es nuestro)

Situación similar ocurre en la Constitución de la República de Ecuador del año 2008 en el Título II Derechos, Capítulo Sexto Derechos de Libertad, quien también protege la imagen y la voz:

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

1. ...

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

...”

En la Constitución de República Dominicana del año 2015 en su Título II De Los Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales, Capítulo I De Los Derechos Fundamentales, Sección I De Los Derechos Civiles y Políticos, se reconoce en el artículo 44 la propia imagen:

“Artículo 44.- Derecho a la intimidad y el honor personal. Toda persona tiene derecho a la intimidad. Se garantiza el respeto y la no injerencia en la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia del individuo. Se reconoce el derecho al honor, al buen nombre y **a la propia imagen**. Toda autoridad o particular que los viole está obligado a resarcirlos o repararlos conforme a la ley.” (El subrayado es nuestro)

Cerramos con la mención de la Constitución Española de 1978 (texto consolidado de 2011) donde es reconocido este derecho de la personalidad en el artículo 18 al declarar en su numeral uno que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. En ese mismo texto constitucional también se declara que el derecho a la propia imagen limita las libertades de expresión e información en su artículo 20, al disponer que:

“Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

...

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y,

especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. ...”.

Para la profesora española de Derecho Constitucional Amalia Pascual Medrano “El hecho de que la Constitución haya considerado el derecho a la propia imagen merecedor de su reconocimiento como derecho fundamental queda, por tanto, justificado a partir de su vinculación con la dignidad humana. Como señala el TS <<el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, elevado al rango de derecho fundamental en el artículo 18.1 de la Constitución Española>> (STS de 21 de octubre de 1996, F.2 [RJ 1996,85577])”⁵⁸, sentencia que sintetiza lo que hemos venido planteando en este punto.

La inclusión del Derecho a la propia imagen de manera taxativa en estas constituciones eleva la protección jurídica de este derecho de la personalidad, de forma que se garantizan los atributos que permiten identificar a una persona⁵⁹, pero este derecho de la personalidad también es abordado desde la perspectiva iusprivatista y un ejemplo de ello es la legislación española que desarrolla una normativa de protección civil del Derecho a la propia imagen.

3.2.3. El Derecho a la Imagen bien de la personalidad protegido por el Derecho Civil

Antes de su amparo a nivel constitucional, los cuerpos legales no se ocupaban de los bienes de la personalidad, más bien eran las normas penales las que

⁵⁸ PASCUAL MEDRANO, Amalia. Op. Cit., página 25.

⁵⁹ “En concreto, el derecho a la propia imagen <<garantiza – en palabras del TC- el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona>> (STC 117/1994, de 25 de abril, F.3)”. Ibidem, página 24.

sancionaban, en los casos de mayor gravedad, a quien lesionara alguno de estos derechos. No obstante, no eran castigados penalmente todos los actos lesivos o los daños que se pudiesen cometerse contra los bienes de la personalidad. Es con el desarrollo de la jurisprudencia que se logra encontrar un punto de defensa al reconocerse el daño moral a través de la responsabilidad extracontractual, siendo un ejemplo de ello el caso de España donde a partir de una sentencia del Tribunal Supremo del año 1912 se declaró indemnizable el daño moral y a partir de ese momento se apoya la jurisprudencia en el artículo 1902⁶⁰ del Código Civil Español para emitir sus sentencias judiciales vinculadas con casos sobre bienes de la personalidad.

Tradicionalmente se protegía más lo que la persona tenía – sus bienes- y esto ha cambiado desde que en el ámbito del Derecho Privado, el Derecho Civil también comienza a proteger a la persona misma. Dice Vicente Montés Penadés “Los derechos de la personalidad fueron identificados y desarrollados por la doctrina jurídico-civil desde finales del siglo XIX, y eran útil mecanismo de impulso de la protección y tutela de los valores ínsitos en la personalidad humana. Se centraban, desde luego, en las relaciones privadas, y explicaban las características de los instrumentos de protección y tutela puestos a disposición de cada sujeto. Aunque también fueron utilizados para definir un ámbito de defensa frente a los poderes públicos”.⁶¹

⁶⁰ “Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁶¹ MONTÉS PENADÉS, Vicente. Citado en: Blasco Gasco, Francisco de P. Op. Cit., página 46.

Como hemos visto el escenario de los derechos de la personalidad también cambia cuando logra ser elevada su protección en textos internacionales y constitucionales, con lo que el tema de los derechos de la personalidad ya no será únicamente planteado desde la esfera del Derecho Privado si no también desde un enfoque constitucional. “Dice, en este sentido, con razón, Marc Carrillo que <<hoy resulta del todo insuficiente abordar el planteamiento acerca de estos derechos [de la personalidad] únicamente desde la lógica iusprivatista. Su dimensión constitucional resulta evidente y es resultado de un proceso de institucionalización normativa de la intervención estatal con fines garantistas en ámbitos de la actividad individual y la vida privada de la persona>>”⁶².

En esa misma línea, Francisco de P. Blasco Gascó dice “por eso en la actualidad deberíamos llamar derechos de la personalidad a las vertientes o manifestaciones civiles de los derechos fundamentales o, si se prefiere, a las manifestaciones de derecho civil de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución”⁶³. Lo que ocurre es que esa acción protectora del Derecho Constitucional si bien le ofrece respeto, garantías, para los bienes de la personalidad, pero eso no es suficiente por lo que es el Derecho Civil quien puede apoyar al operador de justicia sobre la licitud o no de determinada conducta que pueda lesionar o no un derecho de la personalidad con su correspondiente indemnización.

⁶² PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 26.

⁶³ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 26.

Con esto, al Derecho Civil no le corresponde verlos desde el enfoque de los derechos fundamentales sino más bien frente a los posibles daños, abordar los bienes de la personalidad desde una protección más precisa y concreta que permita establecer la ilegalidad o no de determinada conducta y si procede o no la reparación a través de la indemnización a favor de quien se siente perjudicado.

De esta forma, el Derecho Civil no solo asume su clásica protección de los bienes sino también asume la tarea de garantizar el goce y respeto de los atributos de la persona. Así el Derecho Civil ha venido evolucionando y ampara a la persona tanto en sus bienes patrimoniales como en los bienes de la personalidad, a lo que José Enrique Bustos Pueche llama la doble vertiente⁶⁴, tarea en la que demoró en ocuparse el Derecho Civil y hoy constituye uno de los temas principales de estudio por los estudiosos de esta rama del derecho.

Estos bienes de la personalidad los puede atender el Derecho Civil desde el ámbito de las relaciones privadas mediante normas concretas que regulen los aspectos civiles de dichos derechos y como los civilistas asumieron este tema recién en el siglo XX, las normativas sobre los bienes de la personalidad comienzan a legislarse a partir de la década de los 80.

De esta forma se incluyen normas dentro de los Códigos Civiles de varios países, dentro de los cuales se puede nombrar el peruano, el argentino, entre otros, que

⁶⁴ “En conclusión, hoy, la persona ha de ser amparada en doble vertiente: la que se refiere a sí misma, a sus bienes más íntimos, y que conocemos – demos entrada ya a la denominación técnica – como bienes de la personalidad, y la que alude a sus bienes externos, los bienes patrimoniales, que necesita para su mantenimiento y cabal desarrollo”. BUSTOS PUECHE, José Enrique. Op. Cit., página 18.

tratan los bienes de la personalidad. También se desarrollan legislaciones específicas, ese sería el caso por ejemplo de la experiencia española con la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen con la aprobación de la “Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, que regula determinados aspectos civiles de concretos derechos fundamentales, que ha sido el modelo para desarrollar dichas normativas en otros países, como lo es el caso de la legislación aplicada por México que lo utilizó como guía que no desarrolló a plenitud.

Así el Derecho a la propia imagen además de encontrarse en los textos constitucionales de algunos países también logra la protección civil por vía de las leyes, siendo protegida la imagen de las personas ante posibles ataques de este bien de la personalidad tanto entre particulares como producto de acciones que ejecuten los poderes públicos, esto a la par de la existente protección penal de estos bienes.

Esto ha sido todo un avance, pero históricamente al Derecho a la propia imagen se le ha entremezclado con otros derechos de la personalidad e inclusive en las legislaciones desarrolladas ha ocurrido que siempre aparece acompañada al derecho al honor o al derecho a la intimidad como si fuera parte de uno de ellos, lo que ha ocasionado que se debata sobre la autonomía de esta figura.

C. La Autonomía del Derecho a la Propia Imagen

1. El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Autónomo

En los acuerdos internacionales, como mencionamos previamente, el Derecho a la propia imagen no es reconocido taxativamente y es mirado desde la óptica del derecho a la privacidad, por tanto, tampoco puede hablarse que existe un reconocimiento de la autonomía de este derecho en estos textos, pero esta falta de reconocimiento expreso no quiere que no exista dicha protección y/o reconocimiento en estos ámbitos⁶⁵.

A partir del reconocimiento de los derechos personalísimos y sobre todo en algunas Constituciones que han incluido el derecho a la propia imagen de manera precisa entre sus disposiciones, se ha cuestionado si comprende un sólo derecho o por el contrario, se tutelan tres derechos distintos – derecho al honor, derecho a la intimidad y derecho a la imagen.

Hay quienes dudan de la existencia del Derecho a la propia imagen en cuanto a su existencia al margen de los derechos al honor y a la intimidad, pues por las conexiones que tienen se piensa que forma parte de estos⁶⁶. Si bien existe una corriente que engloba en un único derecho la tutela de la vida privada, también se pueden encontrar autores que han estado coincidiendo en la existencia y

⁶⁵ Se listan varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha conocido casos relacionados a la propia imagen a través de la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en GÓMEZ CORONA, Esperanza. La Propia Imagen como Categoría Constitucional, Primera Edición, Editorial Arazandi, S.A., 2014, página 24 y ss.

⁶⁶ “El problema lo resume perfectamente Novoa Monreal: <<algunos piensan que quien abusa de la imagen ajena no puede incurrir sino en un atentado en contra del honor de la persona, en tanto el uso de la imagen la lesione en su honor. Todo otro uso de la imagen ajena por otro, estaría legitimado por el derecho social a conocer las figuras que puedan interesar a los demás. Otros le quitan especificidad al derecho a la imagen, pues entienden que la imagen humana es un elemento más de la intimidad, por lo que hay violación de esta última en cuanto se hace uso indebido de ella>>”. NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos (Segunda Edición). México, 1981, página No. 65. Citado en: PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 37.

autonomía de los tres derechos, sin desconocer su estrecha vinculación y así lo vemos expresado por varios de ellos⁶⁷ como en cierta jurisprudencia⁶⁸.

A juicio de Amalia Pascual Medrano “el derecho a la propia imagen sirve, por supuesto, como mecanismo de protección del honor y la intimidad, pero tiene un contenido específico, que desborda el ámbito estricto del derecho al honor, y que sólo en un sentido absolutamente abierto puede ser considerado como parte integrante de la intimidad”.

Con la protección del Derecho a la propia imagen de las personas se genera un deber de respeto, tanto para los poderes públicos, como para todos los

⁶⁷ “Así, Marc Carrillo afirma que “los tres derechos reconocidos por el artículo 18.1 de la CE manifiestan su propia especificidad y todos ellos por separado pueden legitimar una acción jurídica autónoma dirigida a su tutela jurisdiccional ante un acto lesivo. Son pues, tres derechos distintos; la CE no reconoce un derecho a la personalidad de factura tridimensional. Ahora bien, la interrelación existente entre todos ellos justifica un carácter unitario basado en el valor de la dignidad y destinado a proteger lo que globalmente podemos definir como el patrimonio moral y la vida privada de las personas>>”. CARRILLO, Marc. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental. Dentro de Revista Jurídica Asturias, número 18, 1994, página 12. Citado en: Ibidem, página 43.

“Para Gitrama González, ya no hay duda tampoco de que <<son tres distintos derechos subjetivos los derechos – en plural- al honor, a la intimidad y a la imagen. Interrelacionados, por supuesto, pero diversos. Es claro que cabe un ataque simultáneo contra los tres [...]. Pero una cosa es el honor, otra la intimidad y otra la no difusión in consentida del retrato>>”. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. El derecho a la propia imagen, hoy, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. VI. Madrid (España), 1988, página 208. Citado en: Ídem, página 43.

“E igualmente, para O’Callaghan <<está superada la teoría de que hay un solo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples [...]. El honor, intimidad e imagen constituyen derechos distintos, que tienen una consideración independiente, pese a la fácil confusión entre ellos y pese a que coinciden en ser derechos de la personalidad y tener muchas, no todas, normas comunes en la Ley de 5 de mayo de 1982>>”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de Expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Madrid (España), 1991, página 96. Citado en: Ídem, Página No.43.

⁶⁸ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se expresa respecto a la autonomía así: “Por otra parte, aunque, en efecto, el TC no ha sido en este punto un modelo de claridad expositiva – sobre todo, en la delimitación del derecho a la propia imagen en relación al derecho a la intimidad-, parte, en todo caso, de la existencia de tres derechos en el artículo 18.1 de la Constitución”. Ibidem, página 42.

“La propia jurisprudencia argentina ha tenido la oportunidad de expresarse sobre esta temática. Así, decidió que “existe un derecho a la propia imagen, que es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites, de la voluntad, y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece...”. CNCiv., Sala I, 31/8/1995, “R., S.H. y otro c/Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros”, LL, 1996-D-139. Citado en: BARBERIE, Pablo C. Derecho de Imagen en el Deporte, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, AD HOC SRL, 2012, página 39.

ciudadanos, lo que se traduce en que es un derecho autónomo, cualesquiera que sean sus diversos mecanismos de protección, previstos por el ordenamiento jurídico.

2. La Autonomía del Derecho a la Propia Imagen con respecto a otros derechos de la personalidad

Al referirnos a la imagen de una persona lo hacemos a “la representación gráfica del aspecto físico de una persona”⁶⁹. Por tanto, el Derecho a la propia imagen no comprende la imagen social, la reputación, fama, percepción subjetiva ni a lo que ocurre en la esfera íntima o privada de una persona.

La existencia de la autonomía del Derecho a la propia imagen respecto a otros derechos, como lo son el derecho al honor que protege el buen nombre de la persona o el derecho a la intimidad que tutela la reserva de la vida personal o familiar del conocimiento de los demás, no es óbice para que, en ocasiones, una vulneración de la propia imagen de una persona pueda suponer al mismo tiempo una violación en el honor o intimidad de la persona⁷⁰.

Como indicáramos al inicio, el reconocimiento del Derecho a la propia imagen es de reciente data y ello ha ocasionado que sea más perceptible cuando ocurre una

⁶⁹ Ibidem, página 63.

⁷⁰ “En estos casos, como afirma la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2º, <<la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos>>. Y este desigual reproche de la acción, desde la perspectiva constitucional, también habrá que mantenerlo en el orden civil, de modo que la lesión de dos o más bienes de la personalidad implicará una mayor gravedad de la infracción y por ende una mayor cuantía de la indemnización”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. La Protección Constitucional del Derecho a la Propia Imagen. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, Primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 26.

vulneración a la imagen que atente a su vez contra el honor o la intimidad de las personas, pero estos son derechos distintos y autónomos.

Independientemente de cómo la comunicación de una imagen vulnere algún derecho, el Derecho a la propia imagen posee un contenido propio y específico que lo dota de plena autonomía frente otros, puesto que el bien protegido es la figura humana con independencia de si su divulgación no consentida involucra su buen nombre o incluye aspectos de la vida privada⁷¹.

Para Esperanza Gómez Corona el reconocimiento de la autonomía del Derecho a la propia imagen es “una rareza”, pues señala que al momento de revisar las legislaciones de otros países se encuentra que existe en dichas regulaciones más vinculación con respectos a estos otros derechos, el derecho al honor o el derecho

⁷¹ “La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹².

La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho con el derecho a la intimidad, señala que no obstante, <<se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual>>. En el caso concreto, se enjuiciaba la legitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen, ocasionada por cinco fotografías, publicadas en la revista <<Diez Minutos>>, hechas durante un viaje que un conocido hombre de negocios (Alberto Cortina) había realizado con una mujer famosa (Marta Chávarri), con la que públicamente mantenía una relación sentimental, y en las que ambos aparecían en una reserva de caza en Kenia. El Tribunal Constitucional apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, pero no, una vulneración de su derecho a la intimidad, vulneración ésta, que no se había alegado en ningún momento, ya que las fotografías no revelaban nada que no fuera conocido socialmente, porque la relación de afectividad era pública. La ilicitud estribaba, pues, en la pura reproducción de la figura de una persona, sin su consentimiento, lo que, <<per se>>, constituyó una intromisión legítima en un bien de la personalidad, su imagen. En este sentido hay que interpretar la afirmación, contenida en la sentencia, FJ 5, de que lo que se pretende con el derecho a la propia imagen <<en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas>>”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 28.

a la intimidad. Este comentario se debe a que en España la autonomía de este derecho está claramente definida en su ordenamiento no solo a nivel constitucional en su artículo 18-1 sino que también lo desarrollaron en una legislación (Ley Orgánica 1/1982) donde se reconoce junto a la jurisprudencia que se ha emitido sobre el particular que se trata de un derecho autónomo⁷².

Esto lo podemos constatar al revisar la transcripción de las Constituciones que citamos previamente, donde podemos observar que por la ubicación en el texto constitucional del Derecho a la propia imagen pareciera estar más relacionado al Derecho honor o al Derecho a la intimidad, pero quien ayuda a solventar esta autonomía es el desarrollo de la normativa y la aplicación de la misma por los operadores de justicia en los fallos que deben analizar las distintas vulneraciones a los derechos tutelados por separado.

En España, por ejemplo, a pesar de estar claramente el reconocimiento expreso de dicha autonomía por la ley que la desarrolla e inclusive por la propia jurisprudencia, la misma ha sido criticada por algunas sentencias donde los argumentos que las sustentan hacen parecer que si existe una lesión en el Derecho al honor o a la intimidad más no en la propia imagen. Sobre esto María E. Rovira Sueiro menciona que la jurisprudencia ha sido vacilante al respecto, pues por un lado se habla de los tres derechos y por otro lado, se han dado pronunciamientos que afirman que tales derechos pertenecen al ámbito de la vida

⁷² “Así, como hemos señalado al principio, podemos decir que el derecho a la imagen goza en nuestro ordenamiento jurídico de una triple autonomía: autonomía nominativa, pues tiene nomen iuris propio; autonomía conceptual y de contenido; y autonomía legal...”. BLANCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 65.

privada, pero dice Rovira Sueiro también que algunas veces esto se debe a la forma en que se sustentan las demandas de protección civil⁷³. No obstante, coincidimos con el hecho que, aunque exista cierta confusión⁷⁴ o de una ausencia de uniformidad de criterios⁷⁵ al momento de emitir una sentencia quizás por lo novedoso del tema, no es óbice para negar la autonomía de Derecho a la propia imagen cuando existe claridad en la norma aunado al hecho que diversos autores coinciden en la autonomía de esta figura y al interés por su reconocimiento que encontramos plasmado a nivel de cuerpos legales en los ordenamientos de los países.

2.1. La autonomía del Derecho a la Propia Imagen y su vulneración con otros derechos de la personalidad

En ocasiones el Derecho a la propia imagen se convierte en objeto de litigio por razón de la ausencia del consentimiento para su uso, pero a pesar de la existencia de esa autonomía es muy común que en muchos de los casos también se vean afectados otros derechos como el Derecho al honor y/o el Derecho a la intimidad de las personas⁷⁶, pues como advirtiéramos pueden vulnerarse al mismo tiempo.

⁷³ Ver ROVIRA SUEIRO, María E. El Derecho a la Propia Imagen (Especialidades de la Responsabilidad Civil en este ámbito), Editorial Comares, S.L., Granada, 2000, página 26 y ss.

⁷⁴ “Sin embargo, como se ha afirmado *supra*, la autonomía del derecho a la propia imagen ha cobrado fuerza en los últimos años. Así lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que analiza las distintas vulneraciones por separado, aún cuando en algunos pronunciamientos se sigue apreciando cierta confusión”. GOMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 31.

⁷⁵ “En consecuencia, el que la jurisprudencia termine reconduciendo la lesión del derecho a la propia imagen a la vulneración del derecho al honor o a intimidad, no es argumento para desvirtuar la sustantividad del derecho a la propia imagen³⁶. Es más, el estado jurisprudencial apuntado no nos parece concluyente para desvirtuar la independencia del derecho a la propia imagen, sobre todo a raíz de los últimos pronunciamientos del TS que, precisamente, se caracterizan por el esfuerzo de determinar ab initio el bien jurídico litigioso lo cual puede suponer el fin de la falta de uniformidad de criterios denunciada”. ROVIRA SUEIRO, María E. Op. Cit., página 28.

⁷⁶ “Como dice Marc Carrillo, <<la intromisión en el derecho a la propia imagen es, en sí mismo, un hecho que justifica la protección constitucional. Sin embargo, ello no es óbice para que en la mayoría de ocasiones

Si al momento de captar, reproducir o publicar la imagen de una persona se realiza sin su consentimiento y no se asiste de una autorización legal para ello, se estará vulnerando el Derecho a la propia imagen. No obstante, si esa imagen se utiliza también para tachar el buen nombre o realizar comentarios injuriosos estaríamos ante la vulneración del honor o por el contrario, si dicha imagen representa la vida privada estaríamos de igual manera frente a la vulneración de la intimidad de esa persona.

Por ello, dicha vulneración podría darse del Derecho a la propia imagen y del derecho al honor; del derecho a la propia imagen y del derecho a la intimidad; y del Derecho a la propia imagen, del derecho al honor y del derecho a la intimidad⁷⁷. De la relación entre el Derecho al honor y el Derecho a la propia imagen, se ha señalado que puede dar lugar a varios supuestos⁷⁸ donde puede lesionarse ambos derechos al mismo tiempo, uno de ellos o ninguno de ellos. Iguales supuestos ocurren en la relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la

la acción lesiva tenga un efecto multiplicador que afecta también al honor y/o a la intimidad de la persona>>⁵⁸”. CARRILLO, Marc. Op. Cit., página 12. Citado en: PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 55).

⁷⁷ “De modo que, como dice O’Callaghan tomando el derecho a la propia imagen y el derecho al honor, resulta que <<puede lesionarse uno u otro, o bien lesionarse ambos, o lesionarse el honor a través de la imagen>>. Y lo mismo con el derecho a la intimidad, <<puede lesionarse uno u otro, o bien lesionarse ambos, o lesionarse el derecho a la intimidad a través de la imagen>>”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Op. Cit., páginas No. 134 y 135. Citado en: Pascual Medrano, Amelia. Op. Cit., página 57.

⁷⁸ “De ahí que, tal y como sistematizara en su día Vecellone ²⁷, la relación entre el derecho al honor y el derecho a la propia imagen puede dar lugar a cuatro supuestos distintos: puede lesionarse la imagen y no el honor (se publica el retrato de una persona sin su consentimiento y sin que dicha publicación quede justificada en atención a otros intereses, pero dicho retrato no lesiona el honor de la persona); pueden lesionarse los dos derechos (sería el caso anterior, sólo que el retrato ahora atenta además al honor del retratado); puede no lesionarse ninguno (la publicación del retrato cuenta con el consentimiento del retratado o se halla justificada por otras causas y el honor no resulta dañado); y puede lesionarse el honor, pero no la imagen (la publicación del retrato está justificada en atención a otros intereses, pero la misma atenta contra el honor de la persona)”. Ibidem, página 38.

propia imagen⁷⁹, aunque existen legislaciones que incluyen la propia imagen dentro del ámbito del derecho a la intimidad con el ya conocido “*right of privacy*” en Estados Unidos de América del que hablaremos con detalle más adelante.

En principio la persona que ha sido vulnerada podría demandar por cada uno de los derechos lesionados por ser derechos distintos y autónomos⁸⁰; sin embargo, muchas veces en la práctica queda en manos del operador de justicia al momento de valorar los hechos reconociendo uno sólo de ellos, por lo que se tiene que tener sumo cuidado con la formulación y lo solicitado en la demanda⁸¹.

Lo que si tiene que quedar claro es el poder que tiene cada persona que ha sido lesionada para acudir ante los tribunales a solicitar la tutela de su derecho a la imagen independientemente de si existe una lesión simultánea de otros derechos.

3. El Derecho a la Propia Imagen con respecto a otras figuras

⁷⁹ “Creo, por tanto, que no cabe sino concluir en la autonomía del derecho a la propia imagen. Al igual que ocurre con el honor, puede vulnerarse a la vez el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, puede vulnerarse uno u otro, por separado, y puede no vulnerarse ninguno.” Ibidem, Página 39.

⁸⁰ Así lo reconoce la jurisprudencia española: “Los derechos del artículo 18.1 son derechos con sustantividad propia, de modo que, cuando se denuncie que una determinada imagen ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1, hay que enjuiciar, por separado, cada una de dichas vulneraciones, sin que una absorba a la otra. <<El carácter autónomo de los derechos del art. 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional. La especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre además de los rasgos físicos que permitan la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de su vulneración del derecho a la imagen no impedirá en su caso, la apreciación de eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que, cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente>> (STC 156/2001, de 2 de julio, F.3)”. Ibidem, página 59).

⁸¹ “En cualquier caso, estamos de acuerdo, con Rovira Sueiro, en que el hecho de que, en la práctica, la vulneración simultánea de estos derechos se reconduzca a uno sólo de ellos, <<aquél cuyos caracteres sean prevalentes o dominantes, no puede conducir a la negación de que se trata de derechos distintos>>”. Ibidem, página 58.

En este punto haremos mención de figuras jurídicas que se relacionan con el Derecho a la propia imagen, pero son diferentes, a fin de demostrar su individualidad y autonomía.

3.1. Derecho de Autor

La imagen de una persona si bien es protegida como un bien de la personalidad también puede ser protegida como una obra artística. Nuestra Constitución consagra al Derecho de autor en el capítulo de las Garantías Constitucionales al señalar en su artículo 53 que “todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención durante el tiempo y en la forma que establezca la Ley”.

Esta disposición se encuentra en la actualidad desarrollada por la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012 “sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos” que establece que autor es aquel titular originario de los derechos morales y patrimoniales sobre la obra reconocidos por dicha norma, mientras que es artista, interprete o ejecutante aquella persona que representa, canta, lee, recita, declama, interpreta o ejecuta una obra literaria o artística o una expresión de folclore.

De esta forma existe la posibilidad que la imagen de una persona pueda ser objeto de protección por las normas del derecho autoral siempre que exista una obra protegida o en el caso de las interpretaciones o ejecuciones que realicen artistas, intérpretes o ejecutantes, quienes autorizan la fijación, reproducción, distribución

y la comunicación al público⁸². Asimismo, puede aplicarse el Derecho de Autor en el caso las obras plásticas⁸³, pues cuando se autorice el uso de la imagen de una persona para realizar un retrato o busto, éste no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma y a su muerte, de sus derechohabientes, por lo que su publicación tiene que ser consentida.

Sobre este particular, es preciso resaltar la opinión adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Panamá, a través del Auto de 5 de marzo de 2007, en cuanto a la jurisdicción que debe ventilar las reclamaciones que se realicen de derecho de autor vinculadas al Derecho a la propia imagen. En dicha decisión se establece que debe diferenciarse el uso de una imagen no autorizada de una persona captada en situaciones de la vida cotidiana que tiene que ventilarse en los tribunales civiles ordinarios, a la captada cuando se encuentren realizando interpretaciones o ejecuciones que se encuentre inmerso dentro del radio de lo que tutela la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos que debe ventilarse en la jurisdicción especial de comercio⁸⁴.

⁸² v. Artículo 123 de la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá, No. 27139-B de 10 de octubre de 2012.

⁸³ “Obra plástica o de bellas artes. Aquella cuya finalidad apela el sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, esculturas, bocetos, dibujos, grabados y litografías. Las disposiciones específicas de esta Ley para las obras plásticas no se aplican a las fotografías, a las obras arquitectónicas, a las audiovisuales y a las de arte aplicado” (numeral 33, artículo 37 de la Ley 64 de 10 de octubre de 2012, Gaceta Oficial de la República de Panamá, No. 27139-B de 10 de octubre de 2012).

⁸⁴ “Antes de concluir la Sala desea ser prístino sobre el conflicto de competencia que nos ocupa, siendo preciso aclarar que situación diferente hubiese sido si el retrato captado fuese de una pareja normal que participa en un evento bailable cotidiano, cuestión que si tendría que ventilarse en los Tribunales Civiles ordinarios al tratarse exclusivamente del reclamo del derecho a la imagen, uno de los competentes que conforman el derecho de la personalidad; sin embargo, al estar los demandantes en la realización de su arte al momento de ser fotografiados, y por la forma en que fue presentada la demanda, resulta evidente que la finalidad es tutelar y reclamar el derecho que emana de ser el titular de dicha obra artística. Auto del 5 de marzo de 2007, Sala Civil, Corte Suprema de Justicia. Citado en: CAMARGO VERGARA, Luis. La Oba protegida en el Derecho de Autor Panameño, primera Edición, Panamá. Imprenta Articsa, 2007, página 59.

Esto es importante porque si bien existe una relación entre el Derecho a la propia imagen y el Derecho de autor, son derechos diferentes pues en el primero se protege a la imagen humana por tanto la persona que ha sido captada, fotografiada o retratada es la que tiene el derecho sobre la misma y en el segundo, el autor tiene los derechos y facultades que le concede la ley a la obra. El tema se complica cuando se difunde o comercializa una imagen de una persona que requiere el consentimiento previo, por ejemplo en el caso de las fotografías como explica María José Reyes López “que el fotógrafo ostente los derechos sobre su obra no significa que pueda explotar la imagen reproducida, de la misma forma que el Derecho a la imagen no altera la titularidad de la propiedad intelectual, aunque pueda afectar a sus posibilidades de ejercicio efectivo”⁸⁵.

En ningún caso el Derecho de autor puede restringir el Derecho a la propia imagen ni el Derecho a la imagen impide que nazca el Derecho de autor, quizás existan limitantes para su uso como lo es su consentimiento o no, por eso es importante la solicitud del otorgamiento de esa anuencia por el titular para que pueda ser utilizada la imagen. En caso que exista el consentimiento y el autor decida ceder dicha titularidad de la obra, esa transmisión no afecta los derechos sobre la propia imagen y en caso que se quiera usar la imagen y explotarla, se requerirá del consentimiento de su titular.

3.2. Derecho Marcario

⁸⁵ REYES LÓPEZ, María José. Derecho a la imagen y fotografía. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No. 9, El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 291.

En la Ley No. 35 de 1996 de 10 de mayo de 1996 modificada por la Ley No. 61 de 5 de octubre de 2012 por la cual se dictan disposiciones sobre la Propiedad Industrial encontramos desarrollada las disposiciones que protegen a las marcas de producto y de servicio, entendiéndose por marca “todo signo, palabra, combinación de estos elementos o cualquier otro medio que, por sus caracteres, sea susceptible de individualizar un producto o servicio en comercio”.

Sobre la imagen y el nombre de una persona, es necesario referirse al artículo 90 en el que se enumera los elementos que pueden constituir una marca como lo son las palabras o combinación de palabras y las imágenes, pero es el numeral 6 del artículo 91 el que se refiere de manera precisa a esto al señalar que no pueden registrarse como marcas ni como elementos de estas “los nombres, seudónimos, firmas y retratos de personas distintas de la que solicita el registro, sin su consentimiento o, si han fallecido, de los herederos”. Por tanto, para realizar el registro de una imagen o el nombre de una persona lo debe realizar el titular o haber concedido su autorización.

Si bien tienen en común la marca y el Derecho a la propia imagen que protegen la imagen de una persona, no obstante, son diferentes. Esto ocurre porque la primera protege la imagen en un producto o servicio mientras que en la segunda se protege la imagen humana en sí. Otra diferencia es que en la marca la imagen objeto de protección es para ser usada en el mercado o comercio mientras que el derecho a la propia imagen no necesariamente va a ser utilizado comercialmente. El registro de una marca tiene una duración de diez años renovables en cambio la propia imagen no requiere un registro y dura toda la vida de la persona.

En nuestra legislación la marca es considerada un bien cuyos derechos producto del registro puede cederse o transferirse, darse en garantía, opciones de compra, secuestro, embargo u otras medidas judiciales mientras que la propia imagen por ser un bien personalísimo es intransferible e irrenunciable, solo es reconocida la facultad para dar el consentimiento para su uso o no. Se entiende que hay una infracción en el uso de una marca cuando ocurra alguno de los actos enumerados en el artículo 99⁸⁶ de la Ley No. 35 de 1997 como causar la confusión en el consumidor mientras que el Derecho a la propia imagen es vulnerado desde el momento que es captada, publicada o difundida la imagen sin el consentimiento del titular.

⁸⁶ “Artículo 99. El titular del registro de una marca tiene el derecho de impedir que terceros realicen, sin su autorización, cualquiera de los actos siguientes:

1. Fabricar, imprimir o reproducir etiquetas, membretes, envases, envolturas y otros medios similares de identificación, empaquetado o acondicionamiento, que ostenten la marca o un signo distintivo idéntico, cuando fuera evidente que tales medios están destinados a usarse con relación a los productos o servicios para los cuales está registrada la marca, o productos o servicios conexos, así como vender u ofrecer en venta esos medios;
2. Aplicar, adherir o, de cualquier otra manera, fijar la marca o un signo distintivo idéntico o que se le asemeje, al punto de inducir al público a error sobre productos para los cuales está registrada la marca, sobre los envases, envolturas, empaques o acondicionamiento de tales productos; sobre productos que han sido elaborados, modificados o tratados mediante servicios para los cuales está registrada la marca, o sobre artículos que se emplean para proporcionar tales servicios al público;
3. Usar un signo distintivo idéntico o similar a la marca registrada, para identificar los mismos productos o servicios para los cuales está registrada, la marca, o para productos relacionados con estos;
4. Utilizar un signo distintivo idéntico o similar a la marca registrada, para identificar productos o servicios distintos de aquellos para los cuales está registrada la marca, cuando el uso de ese signo respecto a tales productos o servicios pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con la marca registrada se presumirá la probabilidad de confusión si el signo es idéntico, incluyendo si fuese el caso una indicación geográfica, para mercancías o servicios idénticos.
5. Emplear en el comercio un signo distintivo idéntico o similar a una marca famosa o notoria o una marca registrada y en condiciones que puedan ocasionar un perjuicio al propietario de la marca, en particular cuando tal uso pudiera diluir o destruir la fuerza distintiva o el valor comercial de la marca;
6. Usar, con respecto a una determinada marca, términos de comparación con otra marca cuyos productos o servicios sean similares o idénticos, con el solo propósito de diluir o destruir la fuerza distintiva o el valor comercial de una marca, causando con ello un perjuicio a su propietario;
7. Adoptar o usar la marca como nombre de dominio, dirección de correo electrónico, nombre o designación en medios electrónicos u otros similares empleados en los medios de comunicación electrónica, cuando fuere evidente que son destinados a usarse con relación a los productos o servicios para los cuales esté registrada la marca, o productos o servicios conexos”.

3.3. Right of Publicity

En Estados Unidos la protección por el uso in consentido de la imagen o el nombre de una persona se realiza desde el “*right of privacy o the right of the individual to be alone*”⁸⁷ donde se dan las reclamaciones por la reparación de un daño moral, pero este derecho no le otorgaba la cobertura necesaria a las personas famosas o celebres y entonces nace el denominado “*right of publicity*” para referirse a la utilización comercial in consentida de la imagen que es definido como “el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales”⁸⁸.

El *right of publicity* es desarrollado inicialmente por la jurisprudencia⁸⁹ como una protección distinta que se da cuando una persona popular o famosa no puede invocar una reclamación enmarcada en el *right of privacy* que por ser una figura pública y conocida no sufre un daño moral como si ocurre cuando se utiliza la imagen de un persona desconocida y era injusto que la persona no pudiese hacer

⁸⁷ “Este concepto, sin embargo, no resulta fácil de definir. Se trata de una idea muy amplia que abarca realidades que en nuestro sistema jurídico forman parte de conceptos diferenciados: desde la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia hasta el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen”. HIGUERAS, Inmaculada. Valor comercial de la imagen: aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., España, 2011, página 26.

⁸⁸ IGARTUA ARREGUI, F. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos, Tecnos, Madrid, 1991, página 16. Citado en Pascual Medrano, Amelia. Op. Cit., página 75.

⁸⁹ La expresión right of publicity aparece por primera vez en una sentencia del año de 1953. “En el caso Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc., del año 1953 (202 F. 2d 866; 1953 US), un fabricante de chicles, que había obtenido la autorización exclusiva, a cambio de una contraprestación económica, para utilizar la fotografía de un jugador de béisbol en sus productos, demanda a un competidor que, con posterioridad, obtiene el mismo jugado, únicamente, habría autorizado una intromisión en su derecho a la imagen, exonerando de responsabilidad al primer fabricante, pero éste no habría adquirido ningún derecho de propiedad u otro interés legal que el segundo fabricante haya podido vulnerar. El Tribunal, sin embargo, reconoce la existencia del right of publicity y entiende, en consecuencia, que el segundo contrato ha violado el derecho exclusivo del primer fabricante sobre el right of publicity del jugador (<<pensamos que, además de e independientemente del right of privacy- que en Nueva York viene previsto en la Ley- un hombre tiene derecho al valor publicitario de su fotografía [...]. Este derecho puede ser llamado right of publicity>>”). PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 74.

reclamaciones porque su imagen o nombre fuese usada comercialmente, de forma que se le otorga una protección distinta por medio del *right of publicity*. En ese sentido, el profesor Melville Nimmer dice que es necesario el *right of publicity* definiéndolo como “el derecho de cada persona a controlar y beneficiarse del valor comercial que ha creado o comprado”⁹⁰.

En un principio el objeto del *right of publicity* se refería a la imagen y el nombre, pero posteriormente es ampliado y se habla entonces de la apropiación de la identidad que incluye los diversos modos en que puede producirse a la fecha como lo son imagen, nombre, voz, la representación escénica, entre otros, y los que en el futuro puedan aparecer.

Este derecho si bien tiene como titular a una persona natural no tiene como propósito proteger la identidad personal, sino que protege el derecho a controlar el valor comercial de dicha identidad personal y se consideraba que sólo los famosos o celebridades eran los que podían invocar este derecho. No obstante, este concepto se ha ido transformando reconociendo que cualesquiera personas tienen derecho a dicha protección por lo que no es importante si es famoso o no⁹¹ ni es necesario probar su explotación comercial previa.

Esto es porque en un proceso de este tipo es importante el valor comercial y se entendería que previo al uso ya posee un valor que en el caso de los famosos no

⁹⁰ NIMMER, Melville. The right of publicity. 19 “Law and Contemporary Problems”, 1954, página 216. Citado en HIGUERAS, Inmaculada. Op. Cit., página 38.

⁹¹ “Para Nimmer, no se puede establecer que los famosos sean titulares del right of publicity y los no famosos no lo sean, básicamente por lo difícil que resulta marcar esta línea de separación entre nos y otros. Nimmer considera preferible entender que toda persona es titular del right of publicity, pero la indemnización a que dé lugar la violación de este derecho dependerá del valor que tenga la identidad apropiada; valor que a su vez está en función de la fama del titular”. HIGUERAS, Inmaculada. Op. Cit., página 89.

hay problema con probar dicho valor, pero en casos de personas no famosas planteados en los tribunales⁹² se ha concluido que desde el momento que es usada dicha identidad personal (imagen o nombre) se entiende probado el valor, puesto que si es usada comercialmente es porque para el que la utiliza ya tiene un valor, poco o mucho pero lo tiene.

De esta forma el *right of publicity* es consecuencia del *right of privacy*, pero son diferentes. Se diferencian principalmente en que el primero es considerado un derecho de propiedad sobre la identidad personal que pretende que no sea utilizada con fines comerciales si su autorización donde lo que interesa es el valor comercial mientras que en el segundo es el derecho de mantener cierta información o hechos en la esfera privada y que de ser públicos pueden causar un daño moral. Otra diferencia es que en el primero se puede dar una cesión de los derechos mientras que en el segundo se otorga el consentimiento más no la titularidad⁹³.

⁹² “En Canessa, un tribunal de New Jersey entendió que el uso de la identidad de una persona desconocida le permitía alegar violación de su *right of publicity*. En este caso, Joseph Canessa, incapaz de encontrar una casa para su familia (con ocho hijos) insertó un anuncio en la sección “Perdido y encontrado” en un periódico en el que se leía: “perdido el derecho a alquilar una casa debido a que tengo demasiados niños”.

Un vendedor respondió el anuncio y consiguió encontrar una casa para la familia. El departamento de publicidad de la empresa encontró la historia de interés informativo y con el consentimiento de Canessa hizo un reportaje de interés humano sobre los problemas de la familia y su final feliz que se publicó en un periódico. La compañía entonces reprodujo el reportaje periodístico con el nombre, teléfono y dirección de la empresa y utilizó las copias como publicidad para futuros compradores. El tribunal entendió que los demandantes podían plantear una acción tanto por violación de su *right of publicity* como de su *right of privacy*: “Sea mucho o poco lo que pueda valer la imagen y el nombre del demandante, el demandado, que se ha apropiado de ello para su beneficio comercial, debería haber pagado por lo que ha tomado, cualquiera que sea su valor... el nombre y la imagen de los demandantes les pertenecen a ellos. Como tales son propiedad. Son cosas de valor”. *Canessa v J.I.Kislak, Inc.* 97 N.J. Super. 327, 235 A.2d 62 (N. J. Super. L. 1967). Citado en: *Ibíd.*, Op. Cit., página 90.

⁹³ “La cesión equivale a la venta, la transmisión de la titularidad jurídica. El consentimiento es sólo el permiso de uso en un determinado tiempo, contexto, tipo de productos o territorio. Mientras en la cesión el otro se hace con la titularidad del derecho, en el consentimiento la titularidad no se transmite. Esta es la principal diferencia entre *privacy* y *publicity*: el *right of publicity* se puede transmitir a un tercero, la apropiación de la

Si bien el *right of publicity* tiene similitudes al Derecho a la propia imagen porque dicha protección emana de la dignidad de las personas⁹⁴ y no comprende a las personas jurídicas, también son derechos diferentes. El Derecho a la propia imagen como lo entendemos es un solo derecho que comprende la protección tanto como derecho fundamental como derecho de la personalidad, ya sea porque este derecho puede estar o no contemplado como una garantía constitucional o bien porque así ha sido reconocido en la jurisprudencia de varios países, mientras que en Estados Unidos se tendría que invocar dos derechos relacionados pero distintos, donde el *right of publicity* no es ley federal si no que está regulado por algunos estados o es reconocido por los tribunales como parte del common law del estado. En el Derecho a la propia imagen generalmente sólo se incluye la imagen física humana mientras que el *right of publicity* incluye a la identidad personal que incluye al nombre, voz, imagen y cualquier otro signo distintivo. En el tema de la cesión difieren pues al ser un derecho de la personalidad sólo contempla el consentimiento para que otra persona utilice la imagen, mientras que en *right of publicity* se da la cesión de la titularidad de ese derecho que tiene un valor económico e inclusive se recomienda que para que no exista un daño moral también debe dar su consentimiento por tratarse de dos derechos distintos.

No obstante lo anterior, Inmaculada Higuera que es partidaria de reglas claras sobre el valor comercial de la imagen considera que es importante aprender del

privacy se puede consentir, pero no convierte en titular de ella a quien recibe el consentimiento”. Ibidem, Op. Cit., página 146.

⁹⁴ “el Restatement (Third) of Unfair Competition contempla el right of publicity como una forma de protección a la dignidad y autonomía personal, y concluye que sólo las personas físicas, no las corporaciones a otras entidades tienen right of publicity”. Ibidem, Op. Cit., página 96.

right of publicity la facultad de aprovechamiento patrimonial al señalar que “la principal aportación del *right of publicity* consiste en que este derecho permite el desarrollo de negocios jurídicos cuyo objeto es la identidad personal en sus aspectos patrimoniales. Al tratarse de un derecho de propiedad sobre la identidad, ofrece una mayor seguridad jurídica a las partes a la hora de llevar a cabo negocios en los que el uso de ésta es la causa del contrato o pacto entre las partes”⁹⁵.

3.4. Protección de Datos Personales

El derecho de protección de datos personales se encuentra inserto en nuestra Constitución en el artículo 42, introducido mediante el Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004, que señala:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley”.

Para garantizar el derecho al acceso de la información personal de todo ciudadano se establece la acción de hábeas data en el artículo 44⁹⁶ de nuestro texto

⁹⁵ Ibidem, Op. Cit., página 293.

⁹⁶ Artículo 44 “toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información. Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.

La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial”.

constitucional, con el propósito que se pueda solicitar la corrección, actualización, rectificación, supresión o se mantenga la confidencialidad de la información o datos que tengan carácter personal.

Previo a que la Constitución fuese reformada en el año 2004, ya se regulaba en nuestro ordenamiento el acceso a la información personal mediante la Ley No. 6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”, de cuya lectura se puede inferir que su propósito principal es permitir a los ciudadanos tener acceso a la información de todas las instituciones⁹⁷ del Estado de forma que quienes pretendan recortar su acceso sean demandados.

Por ser una ley previa a las adiciones realizadas sobre protección de datos en la reforma constitucional del año 2004, el artículo 3 de la misma no establece taxativamente el derecho a requerir la protección de los datos de una persona tal cual está redactada en la carta magna y si bien permite que toda persona tenga acceso a su información personal con el derecho a solicitar su corrección o eliminación, sólo la limita a las instituciones del Estado y no incluye a las instituciones privadas como así lo hace la adición que se le hace al texto constitucional.

⁹⁷ “Institución. Toda agencia o dependencia del Estado, incluyendo las pertenecientes a los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, las entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas, la Autoridad del Canal de Panamá, los municipios, los gobiernos locales, las juntas comunales, las empresas de capital mixto, las cooperativas, las fundaciones, los patronatos y los organismos no gubernamentales que haya recibido o reciban fondos, capital o bienes del Estado”. Artículo 1, numeral 8, de la Ley No. 6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 24,476 de 23 de enero de 2002.

De igual forma, define de forma muy amplia que se debe entender por información, al señalar en el artículo 1, numeral 4, de la Ley No. 6 de 22 de enero de 2002, que ésta se refiere a “todo tipo de datos contenidos en cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, químico, físico o biológico”. Esta descripción hay que complementarla con la definición del siguiente numeral que se refiere a la información confidencial⁹⁸ que si lista una serie de datos de carácter personal que es información que hace que una persona sea identificada o identificable, pero dicha información se refiere únicamente a la que reposa en manos del Estado o instituciones públicas.

En el año 2019 fue aprobado el proyecto de ley No. 665 sobre protección de datos personales que si viene a llenar el vacío existente, estableciendo los principios, derechos, obligaciones y procedimientos en la materia, considerando su interrelación con la vida privada y demás derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, pues incluye como responsable del tratamiento de datos tanto a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. Con la aprobación de la Ley 81 de 26 de marzo de 2019 se puede señalar que la imagen de una persona puede ser parte de la información personal que se encuentre en una base de datos o registro siempre que permita su identificación, pues contempla como

⁹⁸ “Información Confidencial. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios”. Artículo 1, numeral 5, de la Ley No. 6 de 22 de enero de 2002 “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”, Gaceta Oficial de la República de Panamá, No. 24,476 de 23 de enero de 2002.

dato personal toda información de una persona natural que la identifique o la hace identificable.

De esta forma el Derecho a la propia imagen y la protección de datos personal son dos figuras que se vinculan, ambas son figuras autónomas que son susceptibles de protección a rango constitucional que buscan mantener en el ámbito privado, mientras así lo decidan los titulares, dicha información, pero que son diferentes. El objeto tutelado en el primero es únicamente la imagen física de una persona mientras que el objeto en el segundo son los datos o información de carácter personal en la que se incluye la imagen de una persona natural. Por otro lado, si bien en ambos casos hay que otorgar consentimiento en el primero se permite la revocación mientras que en el segundo ese consentimiento otorga la facultad de solicitar que de esos datos la persona pueda solicitar acceso, rectificación, cancelación, oposición y confidencialidad de los mismos. En el caso de la vulneración nuestra constitución le otorga el recurso de habeas data para la protección de los datos, mientras que para la imagen aunque no se encuentre regulada taxativamente como derecho fundamental lo que podría solicitarse es un amparo de garantías y en ambos casos, de existir daños la exigibilidad de la responsabilidad civil. Sobre el tema de la responsabilidad es importante destacar, que en algunas legislaciones⁹⁹ y con la entrada en vigencia de la Ley 81 de 2019 en Panamá para la protección de datos se establece que el responsable por las

⁹⁹ Véase artículo 82 y siguientes del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Recuperado en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

infracciones en el tratamiento de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y/o moralmente.

3.5. Derecho al Olvido

El Derecho al olvido le otorga al ciudadano la facultad de solicitar que se borre información o datos personales que se está difundiendo y le está ocasionando una vulneración a sus derechos. Este novedoso derecho nace de la propuesta que hoy día se encuentra vigente a través del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos que lo incorpora en su artículo 17 como “Derecho de supresión (<<el derecho al olvido>>)”.

Este derecho no busca eliminar las hemerotecas ni las publicaciones periódicas en los distintos medios de comunicación, sino más bien la eliminación de publicaciones digitales o los motores de búsquedas en internet¹⁰⁰ que causan una

¹⁰⁰ “De ahí la significación del pronunciamiento del TJUE, de 13 de mayo de 2014, en el caso Google vs AEPD que ha sentado claramente las pautas para la protección de datos y el ejercicio del derecho al olvido frente a los buscadores de Internet y ha permitido que los ciudadanos europeos puedan reclamar a Google y otros buscadores que retiren de sus resultados de búsqueda los enlaces a informaciones que les perjudican y ya no son pertinentes. En su inesperado fallo, que se aparta radicalmente de las conclusiones del Abogado General del TJUE, el Tribunal resuelve la cuestión prejudicial planteada en marzo de 2012 por la Audiencia Nacional española sobre la manera de interpretar las normas de protección de datos – la vigente Directiva 95/46- en relación con la actividad de los motores de búsqueda de Internet. En el origen de este procedimiento se halla la demanda de un ciudadano español ante la AEPD que exigió a Google la retirada de una información sobre una subasta de muebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social publicada en La Vanguardia en 1998. La AEPD entendió que la publicación del artículo en el periódico digital era correcta sobre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información reconocida en el artículo 20 CE pero instó a Google a suprimir los enlaces en los que hacía referencia a datos personales. Google recurrió la resolución de la AEPD ante la Audiencia Nacional que ya había acumulado hasta 200 recursos similares por lo que decidió plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

El fallo de TJUE ha venido, pues a consagrar el derecho al olvido bajo determinadas condiciones frente a los buscadores de Internet y ha aclarado definitivamente quién es responsable del acceso a una determinada información. Concretamente, el Tribunal establece que la actividad de los motores de búsqueda constituyen un tratamiento de datos de carácter personal del que es responsable el propio motor; que ese tratamiento está

lesión a un derecho tutelado como es la información personal. Es importante señalar que este derecho de supresión o derecho al olvido forma parte de una serie de derechos otorgados a los interesados con relación a sus datos personales, como lo son el acceso, la rectificación, limitación, portabilidad, oposición, entre otros.

El artículo 17 del Reglamento del Parlamento Europeo establece una serie de circunstancias por las cuales el interesado puede solicitar la supresión de sus datos personales como lo es la no necesidad de los mismos, por retirar su consentimiento, porque se opone o son tratados ilícitamente dichos datos, entre otros. Adicional, incluye al tratante la obligación de dirigirse a terceros que traten los datos para informarles de la solicitud de cancelación de cualquier enlace, copia o réplica de los mismos, cuando se haya hecho público los datos personales y este obligado a suprimir dichos datos.

Este artículo también pone límites a este derecho que no es absoluto, pues señala que no procede la supresión cuando sea necesario ejercer el derecho de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, por razones de interés público en materia de salud pública, con fines de archivo de interés público, fines de investigación científica o histórica, entre otros.

sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea; que las personas tienen derecho a solicitar del motor de búsqueda la eliminación de referencias que les afecten aunque esta información no haya sido eliminada por el editor ni dicho editor haya solicitado su desindexación y que el derecho a la protección de datos de las personas prevalece, con carácter general, sobre el “mero interés económico del gestor del motor de búsqueda” salvo que el interesado tenga relevancia pública y el acceso a la información esté justificado por el interés público”. PAUNER CHULVI, Cristina. Implicaciones del futuro reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información, dentro de Los Derechos a la Intimidad y la Privacidad en el siglo XXI, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2014, página 194.

En Panamá como mencionamos la protección de datos se ampara en los artículos 42 y 44 de nuestro texto constitucional que establecen que las personas pueden solicitar la corrección, actualización, rectificación, supresión o que se mantenga la confidencialidad de la información o datos que tengan carácter personal, de forma que al otorgar facultad para suprimir se podría entender que existe el derecho a solicitar la eliminación o el borrado de información personal que se considere lesiva para una persona. En el proyecto de ley aprobado, en el capítulo que desarrolla los derechos de los titulares de los datos personales incluye el derecho de cancelación que implica la solicitud de eliminación de datos incorrectos, irrelevantes, incompletos, desfasados, inexactos, falsos o impertinentes, así como a su eliminación cuando su almacenamiento careciera de fundamento legal, no fuesen expresamente autorizados o cuando estuvieren caducos.

Por otro lado, previamente en el año 2016 se presentó por iniciativa legislativa un anteproyecto de ley “Que faculta a los usuarios de Internet a exigir a portales y redes sociales que eliminen sus datos personales” y en su artículo primero establecía que el objeto era “regular el llamado derecho al olvido a través del cual los usuarios del internet está facultados para exigir la eliminación o limitar el acceso a las publicaciones personales que estén contenidas en la estructura del Internet, y sean susceptibles de menoscabar el derecho a la intimidad, al honor y la imagen”. No obstante, este proyecto fue muy criticado por gremios el Forum de Periodistas por las libertades de expresión e información y el Consejo Nacional de

Periodismo por violar la libertad de expresión¹⁰¹, por lo que el mismo no logró avanzar en su discusión y fue retirado de primer debate.

Aunque no contemos con una norma que desarrolle el Derecho al olvido como lo denomina el Reglamento de la Unión Europea, con la Ley 81 de 2019 se establece el procedimiento para hacer uso de la facultad para solicitar la cancelación o eliminación de información personal que se encuentre en base de datos pública o privada, podemos señalar que el derecho al olvido es parte de los derechos del ciudadano interesado en el tratamiento de su información en una base de datos que se convierte en un mecanismo para que prevalezca la privacidad de sus datos personales mientras que el Derecho a la propia imagen es un derecho que tutela la imagen de una persona. Ambos derechos estarán relacionados en la medida que una imagen humana se encuentre en una base de datos, que resulte vulnerada y su titular requiera que dicha información sea suprimida invocando el derecho al olvido.

3.6. Enriquecimiento Sin Causa

En nuestro medio el enriquecimiento sin causa ha sido objeto de regulación por la Ley No. 18 de 31 de julio de 1992, en los artículos 1643a, 1643b y 1643c del Código Civil¹⁰² inserto como una de las instituciones de los cuasicontratos. Sin

¹⁰¹ Véase BUSTAMANTE, Aminta y MORALES, Eliana. Anteproyecto de ley Derecho al olvido: “censura y presión”, La Prensa, 2016. Recuperado el día 26 de julio de 2016 desde http://www.prensa.com/politica/Derecho-olvido-censura-presion_0_4537046389.html.

¹⁰² Así los artículos 1643a, 1643b y 1643c del Código Civil de la República de Panamá, disponen: “Artículo 1643 a. Quien se ha enriquecido sin causa, a costa o con perjuicio de otro, está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a éste de su correlativa disminución patrimonial”.

“Artículo 1643 b. La acción de enriquecimiento sin causa no puede ejercitarse cuando el perjudicado tiene otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido”.

“Artículo 1643 c. La acción prescribe a los cinco (5) años de producidos los hechos”.

embargo, en nuestro derecho de manera dispersa existen varias normas fundadas en este instituto del enriquecimiento sin causa, además de las reglas generales ahora incorporadas por las reformas de 1992.

Los cuasicontratos se encuentran regulados en Panamá como una de las obligaciones que se contraen sin convenio y son considerados como aquellos actos lícitos y voluntarios en virtud de los cuales resulta su autor obligado con un tercero y excepcionalmente obligaciones recíprocas de acuerdo a lo contemplado en el artículo 1629 de nuestro Código Civil. Independientemente de que sea o no un cuasicontrato, el enriquecimiento sin causa tiene su origen en un principio de derecho natural del Derecho Romano *-nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro-*, y tal principio responde a la equidad y la justicia.¹⁰³

Tamayo Lombana en su libro Manual de Obligaciones define al enriquecimiento sin causa “cuando una persona, disminuyendo su propio patrimonio, incrementa el de otra y la enriquece, sin que ese movimiento de valores que se produce en los dos patrimonios encuentre justificación ni en una convención ni una disposición legal”.¹⁰⁴ Mientras que el profesor Jorge Fábrega Ponce expone que cuando se presente un enriquecimiento sin causa alguna se puede observar el fenómeno de enriquecimiento sin causa al cual el derecho ofrece un remedio al empobrecido para recuperar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado.

¹⁰³ “El Principio de raigambre en el derecho romano que proscribe el enriquecimiento sin causa ha devenido, sin duda alguna, universal. Este ha sido no sólo consagrado por la jurisprudencia y la doctrina, sino también por el derecho escrito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo”. FÁBREGA Ponce, Jorge. El Enriquecimiento sin causa, Tomo 2, Primera Edición, Plaza & Janes, Editores Colombia, S.A., 1996, página 15.

¹⁰⁴ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes, Sexta edición, Editorial Temis, S.A., Colombia, 2004, página 308.

Por su parte, el Código Civil panameño en su artículo 1643a dispone que “quien se ha enriquecido sin causa, a costa o con perjuicio de otro, está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a éste de su correlativa disminución patrimonial”. De dicho artículo se desprenden tres condiciones para la estructuración del enriquecimiento sin causa y que genere obligaciones con la acción *in rem verso*: enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa.

El enriquecimiento es el primer requisito para la viabilidad de la acción de enriquecimiento sin causa. Se entiende que existe una ventaja pecuniaria en el patrimonio del enriquecido, ya sea porque se aumenta el activo del patrimonio en forma tangible por el hecho de que un nuevo bien entre en él o que los bienes existentes se valoricen; porque hubo un gasto ahorrado o se evitó una pérdida, entre otros casos, en virtud del sacrificio hecho por el empobrecido.

Otra de las condiciones es el empobrecimiento, pues se requiere que el enriquecimiento se presente como consecuencia del empobrecimiento del otro patrimonio para darle legitimidad a la petición de que le restituya o le pague el provecho. Cuando nos referimos, al tercer requerimiento, que es la ausencia de causa o de justificación del enriquecimiento, para que proceda o no la *actio in rem verso* se requiere no sólo que exista un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativo, sino además que el enriquecimiento carezca de causa.

La expresión “causa” tiene aquí un significado distinto a la causa que hemos estudiado en los contratos, y consiste en que no encuentre justificación ni en una convención ni en una disposición legal. Si se justifica, no podrá hablarse de

enriquecimiento sin causa; habrá un enriquecimiento con causa que sustenta tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento.

Es importante destacar que unido a los requisitos esenciales para configuración del enriquecimiento sin causa debe haber también ausencia de cualquier otra acción y por ello, la doctrina tiene establecido que la acción de enriquecimiento sin causa es subsidiaria. Explica Planiol y Ripert que en el Derecho francés no existía un nombre adecuado para la acción y por ello tomaron, tanto la doctrina como la jurisprudencia, del Derecho romano el nombre de acción *in rem verso* para aludir a la acción concedida para repetir el enriquecimiento sin causa.¹⁰⁵

De esta acción se destacan las siguientes notas esenciales: a) es una acción personal porque procede contra la persona que se ha enriquecido; b) es patrimonial puesto que persigue la restitución de lo que se ha recibido; c) es renunciable, cedible y transmisible, tanto en su legitimación activa como pasiva, y d) es prescriptible, pues se establece o se señala un plazo.

La doctrina ha establecido que la acción *in rem verso* es subsidiaria en el sentido que para ejercer dicha acción el demandante debe carecer de cualquier otra acción. Esto quiere expresar que no puede el empobrecido acogerse a la acción

¹⁰⁵ “Esta denominación no tiene inconvenientes prácticos; no es de temerse ninguna confusión puesto que no hay otra acción moderna a la que especialmente se le dé este nombre. Pero la aplicación de la misma recuerda muy imperfectamente al Derecho romano, pues la antigua acción “*de in rem verso*” no existía en forma independiente ya que no era sino una de las principales condenas derivadas de la acción “*De peculio*”, que, como dicen las Institutas: “*una est actio, tamen duas habent condemnationes*” (IV. 7.4.b) Por tanto, era una acción excepcional, localizada en un caso especial; empero, haciendo abstracción de esta inexactitud en el empleo del nombre romano, la expresión “*in rem versum*” es adecuada para designar al enriquecimiento sin causa”. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo IV, Segunda Edición. México, 1991, página 619.

in rem verso si disponía otra acción originada en un contrato o cuasicontrato, en un delito o cuasidelito, o si se carecía de acción por disposición expresa de la ley. La subsidiariedad implica que no se tiene otra acción para obtener la restitución de aquello que enriqueció a otra persona, pues si tiene otra acción es esa la que debe ejercer. En el caso de que la persona haya tenido derecho a otra acción y no la ejerció, o si se trata de una acción que la ley no ha concedido, no puede el empobrecido acudir a la *actio in rem verso* como medio indirecto para lograr dicha restitución.

Puede resultar más beneficioso para el demandante el uso de la acción de enriquecimiento sin causa que la que le corresponde, pero con la subsidiariedad se evita que no se cumplan con las exigencias establecidas para cada caso dispuesto por las disposiciones legales y así se impide el uso abusivo de una acción como la *in rem verso*.

Esto ocurre porque el propósito de la acción in rem verso es brindar una nueva opción ante casos no regulado y no la de eliminar o perturbar la eficacia y estabilidad del ordenamiento jurídico. Su uso no es viable si la normativa vigente ofrece otra fuente a la cual se puede acudir para obtener la restitución o la compensación, por ejemplo, con frecuencia el delito constituye una fuente de enriquecimiento y sin justificación, para lo cual el ordenamiento establece y consagra un medio especial, regulado en normas apartes.

Este principio de subsidiariedad es importante porque si bien pudiese abrirse paso a una reclamación por el enriquecimiento del patrimonio de una persona al utilizar la imagen de otra persona sin su consentimiento, por ser el Derecho a la propia

imagen un bien de la personalidad que también puede ser un derecho fundamental en caso de una vulneración existen normas a las que se puede asistir como un amparo de garantía constitucionales o a la responsabilidad civil regulada en el artículo 1644 y 1644A o también a las normas de Derecho de autor en caso de ser artistas, intérpretes o ejecutores o ser una obra protegida o a la propiedad intelectual en caso de ser una marca, el recurso de habeas datas en caso que se encuentre en una base de datos, situación o hecho que impide que sea invocado el enriquecimiento sin causa.

De esta forma se demuestra, la individualidad y la autonomía del Derecho a la propia imagen con relación a otras figuras típicas reguladas o no por nuestra legislación.

D. El Objeto y El Contenido del Derecho a la Propia Imagen

1. El Objeto Protegido por el Derecho a la Propia Imagen

La imagen es el objeto sobre el que se proyecta el derecho al que nos estamos refiriendo, la cual no comprende la llamada imagen social, la reputación, la fama, elementos relativos del derecho al honor. Como ya hemos hecho mención, para este tema la imagen “es la representación gráfica del aspecto físico de una persona”¹⁰⁶.

El autor Gitrama González la define como “aquella obra de arte figurativa o aquella fotografía que reproduce, de forma reconocible, los rasgos, las facciones, la figura de una persona y, sobre la que pueden incidir diversos valores, como el afectivo,

¹⁰⁶ PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página No. 63.

el religioso y el individualizador, respecto a los demás”¹⁰⁷, a lo cual podemos sumar que en los últimos tiempos ha sido afectado por los medios de comunicación y mucho más recientemente con la informatización de la sociedad y la aparición social del internet, lo que ha traído como consecuencia debates jurídicos por la aparición creciente de litigios que buscan el pronunciamiento de los tribunales para la limitación y reparación del daño.

En ese sentido, la persona tiene un derecho sobre su retrato, sea cual fuere el soporte material sobre el que éste se fije, que podrá ser una representación cuando sea fijada la figura humana en una pintura, escultura o dibujo, mientras que será una reproducción cuando esta se capte por la fotografía, el vídeo o la televisión. De allí, que el objeto del Derecho a la propia imagen consiste en la decisión que tiene cada persona sobre permitir la captación, difusión, publicación y reproducción de su imagen o no.

Resume Francisco de P. Blasco Gascó todo esto diciendo “derecho a la imagen es, en primer lugar, derecho a la apariencia física o externa; y, en segundo lugar, el derecho a consentir o no la reproducción o representación de dicha apariencia o figura”¹⁰⁸. Lo importante para la persona agraviada es que su imagen, ya sea en el retrato o en la esfinge, sea “visible”, es decir, sea “reconocible”, que la misma pueda ser identificada.

1.1. La Imagen Reconocible

¹⁰⁷ GITRAMA GONZALEZ, M. Derecho a la propia imagen, NEJ Seix XI, 1962. Citado en: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Derecho de Daños, Tercera Edición, España, Editorial Bosh, 2009, página 314.

¹⁰⁸ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op., Cit., página 79.

Si bien el objeto protegido es la imagen humana, para efectos de determinar su vulneración es importante que la misma sea identificable. Ello obedece a que es insignificante para el derecho, aquella imagen que no pueda reconocerse o identificarse a una persona en particular sin necesidad de acudir a procedimientos técnicos o periciales, pues resulta que la misma no puede acreditarse como propia. En caso que la imagen no sea reconocible o identificable¹⁰⁹, no estaríamos frente ante su propia imagen y en consecuencia, no se encuentra dentro de la esfera reservada a la protección de ese derecho.

Ana Azurmendi Adarraga así lo reconoce también al señalar que “únicamente cuando concurre la percepción de los particulares rasgos individualizadores e identificadores de una imagen humana, ésta 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 un derecho”¹¹⁰. Cabe señalar que, la imagen comprende toda la figura humana, en consecuencia, este derecho protege la imagen tanto facial como la del cuerpo humano y sus rasgos, por lo que cualesquiera de ellos pueden ser identificable¹¹¹. Explica Margarita Castilla Barea que se deben dar tres elementos para la concreción del objeto protegido por el Derecho a la propia imagen: “que se trate

¹⁰⁹ El tema de la identificación ha sido señalado en sentencias españolas como la STC 156/2001, de 2 de julio F.6 (RCT 2001, 156): “representación de su aspecto físico – dice, por ejemplo, el TC- que permita su identificación”. PASCUAL MEDRANO, Amalia. Op.Cit., página No. 65.

¹¹⁰ ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 28.

¹¹¹ Ejemplo de esta protección se encuentra en “la STS de 17 de junio de 2004 consideró intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía parcialmente tapada, pero que pudo ser identificada en el lugar en el que vivía por los rasgos anatómicos de la fotografiada, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo”. BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 81.

de la representación de la apariencia física de un ser humano; que exista un acto de reproducción de los rasgos de un sujeto materializado en un soporte visible; y que la persona resulte reconocible, identificable, a consecuencia de dicha reproducción”¹¹².

El primer elemento se refiere a que las personas jurídicas no tienen Derecho a la propia imagen por tratarse de un derecho que tiene como base la dignidad humana y a la figura humana por lo que las personas jurídicas carecen de este soporte¹¹³. En el segundo elemento la imagen de la persona tiene que estar plasmada en un soporte llámese fotografía, vídeo, dibujo, caricatura, obra de escultura o plástica, que pueda ser visto por otros, no incluye las descripciones que se realicen por medio de la palabra de los rasgos físicos de la persona conocido como retrato literario o la imitación, pues si no existe esa representación de la imagen ajena visible para los demás no existe vulneración del derecho. En el último elemento la imagen reproducida debe permitir la identificación, no debe existir espacio para interpretaciones subjetivas, que cualquiera que lo conozca lo identifique.

Por otro lado, esa imagen publicada o reproducida podrá estar sujeta a una evaluación de la calidad de la misma, pero lo que cuenta es que el titular de la misma pueda ser reconocido. Esto ocurre porque quien la ha publicado o reproducido puede alegar que esta borrosa o que ha utilizado trucos técnicos

¹¹² CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página No. 37.

¹¹³ “La confirmación de esta idea aparece en algún pronunciamiento concreto del Tribunal Supremo al respecto, a cuyo tenor: <<... por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física>>”. STS de 21 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3188), F. Quinto. Castilla Barea, Margarita. Op. Cit., página 38.

como oscurecer el rostro o franjas para impedir el reconocimiento, pero que resultan a veces insuficientes porque pueden ser reconocidos¹¹⁴.

Entonces quedará en manos de los jueces, según cada caso concreto y a la normativa de cada país, interpretar la reconocibilidad¹¹⁵ de la persona que podría variar de la forma más estricta al concepto más amplio de propia imagen¹¹⁶. Y esto ocurre dependiendo del ámbito en que el interponga el reclamo por la vulneración de este bien de la personalidad, ya sea que se presente como la vulneración de un derecho fundamental donde se exige cumplir con la rigurosidad de la identificabilidad¹¹⁷ o por el contrario, si el reclamo es porque la imagen fue utilizada

¹¹⁴ En Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 6278) se pronuncia sobre esto: “<<... “la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona” prevenida como “intromisión ilegítima en el apartado 5 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982”, **no requiere, de manera esencial e ineludible, que la persona aparezca identificable y reconocible con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento**, por ello, la circunstancia de tratarse, cual acontece en el caso de autos, de la reproducción una imagen por mecanismo para que pueda existir intromisión si la reproducción permitió, atendiendo a los hechos acreditados, la perfecta identificación de la persona cuya imagen fue fotografiada, cuya apreciación valorativa corresponde a las facultades de la Sala “a quo”, máxime, cuando tal apreciación estuvo avalada por prueba testifical, sin que ésta pudiera quedar invalidada – según se pretende en el recurso- por la circunstancia de pertenecer los testigos al ámbito profesional de la persona interesada...>> (F. Cuarto. La negrita es nuestra)”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 43.

¹¹⁵ Así lo podemos apreciar en sentencias del Tribunal Superior español donde dice que no se requiere “de manera esencial o ineludible, que la persona aparezca identificable o reconocible con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento”. STS de 18 de julio de 1998, F.4 (RJ 1998, 6278). PASCUAL MEDRANO, Amalia. Op.Cit., página 66.

¹¹⁶ “El Derecho comparado nos ofrece pautas muy diversas. En algunos países, como relata IGARTÚA ARREGUI, basta con que la imagen permita al propio sujeto reconocerse a sí mismo, mientras que otros ordenamientos optan por la exigencia de reconocimiento además por terceras personas, ya pertenezcan al círculo más cercano al titular o no. También pueden ser tenidos en cuenta criterios externos a la imagen en sí, como el contexto o la representación de objetos que permiten identificar al titular por su relación con ellos”. GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 42.

¹¹⁷ “Ciertamente, si la imagen no permite individualizar al individuo cuya imagen se representa, e identificarlo y reconocerlo no podemos situarnos en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen”. GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 41.

con fines comerciales puede existir una amplitud de criterios que permitan la identificación de la persona¹¹⁸.

Aquí es importante aportar que considero que, si bien la identificación de la persona en la publicación o reproducción es importante, también es importante no perder de vista que la vulneración depende del consentimiento o no del titular de la imagen como expondremos más adelante, puesto que la imagen puede ser usada en otro continente donde nadie lo reconoce pero si su uso es no consentido, la falta de ese permiso es la pieza fundamental para que se decrete legítimo el reclamo.

No obstante, como lo que se pretende es la protección de la individualidad de la persona, la protección no se agota con la sola protección de la figura o representación humana, sino que también se ha extendido a la voz y al nombre.

1.2. La voz y el nombre

En algunas constituciones y legislaciones se ha incluido dentro de la regulación del Derecho a la propia imagen a la voz y al nombre de la persona, de forma que se ha extendido la protección a estos atributos que ayudan a la identificación e individualización de una persona.

En el caso de países como Perú y Ecuador que mencionamos previamente, se protege a nivel constitucional la imagen y la voz de la persona de manera taxativa, a diferencia de España y otros países donde la Constitución solo menciona a la

¹¹⁸ “Se trata de la STC 81/2001, de 26 de marzo, el caso Emilio Aragón, en el que la cuestión debatida es la utilización comercial de un dibujo que aludía a un popular personaje televisivo encarnado por el recurrente. El Tribunal Constitucional, dado que se trata de un caso de utilización comercial, para campaña publicitaria, considera que la cuestión carece de contenido constitucional, siendo una cuestión de mera legalidad”. Gómez CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 45.

propia imagen mientras que la voz y el nombre se incluyen en las legislaciones que lo desarrollan. De allí surge la interrogante principalmente para la voz, si no están mencionados taxativamente en la Constitución si estos atributos están protegidos dentro del derecho fundamental de la propia imagen, al mismo tiempo que se plantea si la voz forma parte del derecho a la propia imagen o si por el contrario es un derecho autónomo y distinto.

Para Esperanza Gómez Corona, al referirse a la regulación española, dice que si forman parte del derecho fundamental al señalar “a mi entender, existen elementos suficientes para considerar incluidos en el ámbito de protección del derecho fundamental a la propia imagen, la voz y el nombre, siempre y cuando se cumplan los mismos requisitos que cabe predicar de la imagen para que resulte protegida bajo el paraguas del artículo 18.1 CE: reconocibilidad, individualidad e identificabilidad”¹¹⁹.

Dice Blasco Gascó que el problema planteado es en términos positivos y al realizarse la interrogante si es sólo la imagen o si alcanza a todo cuanto alcanza la identificación y reconocibilidad de la persona, manifiesta que estaríamos ante un derecho más amplio que incluiría la imagen física, la voz, el nombre, los defectos o taras, los tics. Pero concluye diciendo que en el sistema español “la voz no es un derecho fundamental (aunque sea un medio para ejercer derechos fundamentales) ni un derecho de la personalidad (ni conformador del derecho a la imagen, ni autónomo), sino que su utilización no consentida para los fines que

¹¹⁹ GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 47.

determina en el art. 7-6 LO 1/1982 se considera una intromisión ilegítima que, dependiendo del uso, podrá ser del honor, de la intimidad o de la imagen”¹²⁰.

Contrario a estas posturas se encuentra el civilista José Ramón De Verda y Beamonte, que considera que la voz no forma parte del Derecho a la propia imagen porque es un derecho de la personalidad distinto a la imagen “que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitado con la de una persona perfectamente identificable”¹²¹.

Esta posición de De Verda y Beamonte coincide con una tendencia de autores y legislaciones civilistas que consideran a la voz como un derecho autónomo identificado de la persona, lo que desarrolla el autor al expresar que así lo manifiestan la legislación peruana, la jurisprudencia gala, como también lo hace un autorizado sector de las doctrinas científicas francesa, alemana e italiana¹²².

Sobre esta disyuntiva nos inclinamos porque el Derecho a la propia imagen no incluye a la voz si no que al darse una vulneración de la imagen donde se incluya la voz y/o el nombre, esto permite una mayor identificación de la persona titular. En la circunstancia que se vean lesionados sin la imagen deben ser tratados de forma independiente, que para el caso de la voz si no se encuentra regulada su

¹²⁰ GASCO BLASCÓ, Franciso de P. Op. Cit., página 92.

¹²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. El Derecho a la Propia Imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías. El Derecho a la imagen desde todos los puntos de vista, 2011, página 47.

¹²² Véase DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., páginas 46 y 47.

protección por la vía civil podría protegerse desde el derecho a la intimidad¹²³, pero consideramos que este derecho debe ser reconocido y tener autonomía ante los avances tecnológicos, las redes sociales y sobre todo, si ocurre con fines comerciales.

“El derecho a la propia voz sería el derecho a tener y mantener propia voz y que ésta no sea eliminada ni modificada” de acuerdo a Francisco de P. Blasco Gascó¹²⁴, pues es un bien que puede ser objeto de vulneraciones. Aquí al igual que en el Derecho a la propia imagen, requeriría que su captación y reproducción sea consentida o prohibida por su titular¹²⁵, así como también quede protegida de imitaciones que induzcan a confusión de las personas o de causarle un perjuicio. Distinto es el caso de aquellas imitaciones de voz de personajes públicos realizadas por artistas para programas humorísticos o de representaciones teatrales donde se hacen parodias en las que no se induzca a confusión del público ni tampoco tenga fines comerciales¹²⁶.

¹²³ “La STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), niega el reconocimiento en nuestro Ordenamiento Jurídico de un <<derecho a la voz>>, considerando que la utilización ilícita de la voz a que se refiere el art. 7º.6 de la LODH, se incardina en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad: <<... La grabación en sí –al margen de su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético “derecho a la voz” que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero>>. (F.8)”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 47.

¹²⁴ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 92.

¹²⁵ Veáse sobre la reproducción no consentida cita de jurisprudencia del Tribunal de Gran Instancia de París donde se reconoce no solo que es un atributo de la personalidad, sino que se requiere el consentimiento para su captación y reproducción en De Verda y Beamonte, José Ramón. Op. Cit., páginas No. 48 y 49.

¹²⁶ “Por lo que respecta a la imitación que pueda inducir a confusión, hay que hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977, Jur., 211). En el origen de la litis se halla la demanda interpuesta por un artista, Claude Pieplu, muy conocido en Francia, porque ponía su voz en una emisión diaria de dibujos animados en la televisión. La demanda se interpuso contra un anuncio televisivo, de una marca de calcetines, que aparecía comentado por una voz que imitaba la suya con tal perfección, que los telespectadores creían que era el propio Pieplu, quien hablaba. El Tribunal estimó la pretensión resarcitoria del artista, declarando que, constituyendo la voz uno de los atributos de la personalidad, toda persona tiene derecho a prohibir que se la imite, en condiciones susceptibles de crear una

En cuanto al nombre¹²⁷ este ha sido reconocido como un derecho de la personalidad y así lo dice Carlos A. Gherzi “sostenemos que la identificación, tal como lo señalamos precedentemente, es un derecho personalísimo, pues reproduce la irrepetitibilidad natural del sujeto, lo cual, en la organización de la colectividad de individuos como sociedad, es fundamental para convivir y realizar todos los demás derechos”¹²⁸. Además, agrega Francisco del P. Blasco Gascó que es uno de los pocos que ha tenido regulación positiva y hace referencia a la regulación del Código Civil Alemán que contempla el derecho al uso del nombre, pero para él como derecho de la personalidad sería más bien el derecho a tener un nombre propio¹²⁹.

El nombre individualiza e identifica a una persona lo que no está integrado al concepto de imagen, pero al ocurrir una lesión al Derecho a la propia imagen donde se haga acompañar del nombre, esto permite una mayor identificación de la persona titular. No obstante, ante el posible uso de un nombre de un sujeto que tenga popularidad para fines comerciales sin su consentimiento donde no se vulnera ni su imagen, ni el honor ni su intimidad, consideramos que ese derecho al uso del nombre debe ser protegido.

2. El Contenido del Derecho a la Propia Imagen

confusión de personas o de causarle un perjuicio”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 49.

¹²⁷ “El nombre cuenta con una larga tradición de reconocimiento como derecho básico de la persona, que responde, al mismo tiempo, a unas necesidades fundamentales tanto desde el punto de vista de su personalidad como del punto de vista del orden público”. ARZUMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 39.

¹²⁸ GHERSI, Carlos A. Op. Cit., página 81.

¹²⁹ “Lo más curioso del nombre es que ni identifica a la persona (en nuestro sistema es el Documento Nacional de Identidad) ni es excluyente (incluidos los apellidos y su orden) ni es indisponible (puesto que se puede cambiar)”. BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 92.

Previamente señalamos que el Derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad y que estos derechos presentan ciertas características, por tanto son derechos indisponibles, no cabe transmitirlos, ni renunciar a los mismo ni tampoco se extinguen por el transcurso del tiempo.

Es por ello, que la propia imagen por ser un bien de la personalidad no puede ser objeto de una plena disposición, a modo de derecho de propiedad que estudiamos en el derecho de bienes por parte de su titular, lo que se traduce a que puede tener una protección en la esfera moral relacionada con la dignidad humana y una garantía en el ámbito privado donde no existan vulneraciones, lo que es reconocido taxativamente a nivel de derecho fundamental en algunas legislaciones, como bien señalamos anteriormente. Sin embargo, la propia imagen también representa hoy un bien patrimonial por su explotación comercial, la cual requiere de protección de los valores económicos o comerciales que estos comprenden, quedando este tema bajo la esfera de la protección civil.

En esa línea, dice Amelia Pascual Medrano que la doctrina reconoce en el Derecho a la propia imagen una *doble dimensión*, donde la primera se refiere a la *positiva* en la que el titular del derecho puede prestar su consentimiento para el uso de su propia imagen lo que implica el ejercicio del Derecho a la propia imagen más no su renuncia, pues también el titular puede ejercer la facultad de revocación de dicho consentimiento, comprendiendo esta última la *dimensión negativa*¹³⁰.

¹³⁰ Y así lo reconoce el Tribunal Superior de España “es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 70.

De esta forma, el Derecho a la propia imagen confiere la facultad de impedir que otra persona capte, reproduzca o difunda por cualquier medio los rasgos físicos reconocibles que nos hacen distintos de los demás, principalmente, el rostro. Visto desde la óptica de un derecho fundamental se le entrega al titular el control sobre la imagen para que pueda preservarla del conocimiento público¹³¹, sin embargo, también está facultado para permitir o consentir a los demás su utilización y es aquí donde se debate sobre el valor económico de la imagen que sale de la esfera de la garantía que la protege como derecho fundamental para ser tutelada por el Derecho Civil.

2.1. Contenido Esencial

El derecho a la propia imagen le otorga la facultad al titular de tener el control para decidir sobre la captación, reproducción o difusión de su imagen lo que implica que decide si mantiene o no su imagen a disposición para que sea del conocimiento público. Ese derecho a decidir sobre preservar la imagen del conocimiento de los demás, tiene como fundamento principios como la dignidad humana y la libertad del individuo para decidir por sí mismos.

Es por esa reserva de la imagen en privado que se dice que el Derecho a la imagen queda integrado al Derecho a la intimidad, pero este derecho va más allá pues su titular controla que imágenes mantiene en la esfera de su vida privada y

¹³¹ Sobre el particular la siguiente Sentencia del Tribunal Constitucional Español “<<Lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir que aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar, un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas>> (STC 83/2002, de 22 de abril, F. 4 [RTC 2002, 83])”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 72.

cuales si quiere compartir aunado al derecho de defenderse frente a la vulneración de su imagen al ser utilizada sin su consentimiento.

Para Ana María Gil Antón la intimidad personal y la propia imagen tienen como referente al individuo, pero también tiene sentidos diferentes¹³² y dice que “el fundamento último tanto de la intimidad como de la propia imagen tiene una pretensión que se manifiesta en la afirmación de lo personal y en el ejercicio de una liberalidad. Pero la propia imagen es la exteriorización de ello, por el contrario, en la intimidad esta circunstancia única es un mecanismo parcial del fin último, que no es otro que la plena soberanía sobre determinados ámbitos de la vida”. Coinciden con esa dimensión externa o proyección pública del Derecho a la propia imagen Alegre Martínez¹³³ y Ruiz Miguel¹³⁴ que se manifiesta en el control para impedir o prohibir que capten, publiquen o difundan la imagen.

¹³² “Como se ha indicado, la intimidad personal tiene una proyección “ad intra”, mientras que la propia imagen la tiene “ad extra”. Ambos derechos suponen el ejercicio de unas libertades, de unas pretensiones, o la reafirmación de la propia personalidad. Pero el derecho a la propia imagen no traspasa esa barrera psicológica o moral, se queda en lo periférico del sujeto, independientemente del lugar donde éste se encuentre o si es éste público o privado. En consecuencia, fruto de ese doble ámbito interno (ad intra) y externo (ad alia) de cada individuo, resulta ser en ese carácter externo en el que cabe una interpretación extensiva, en cuanto facultad de cada persona de decidir lo que quiere que otros conozcan de lo que le pertenece, siendo en ese, en el que se ha venido imbuyendo el derecho a la propia imagen, al margen del estricto derecho de defensa”. GIL ANTÓN, Ana María. El derecho a la propia imagen del menor en internet, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2013, página 48.

¹³³ “Lo cierto es que la dimensión es que la dimensión fundamentalmente interna del derecho a la intimidad... y la dimensión externa del derecho a la propia imagen, permiten hablar de un contenido esencial propio y característico del derecho a la propia imagen, que vendría a consistir... en la potestad de impedir que otros la capten o la difundan, y en evitar la difusión incondicionada del aspecto físico”. ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. El Derecho a la Propia Imagen, Madrid, 1997, página 18. Citado en: GIL ANTÓN, Ana María. Op. Cit, página 49.

¹³⁴ “la propia imagen en privado es inequívocamente parte del derecho a la intimidad, pero no así cuando la imagen se proyecta en público, en que parece que no será parte del derecho a la intimidad, si bien cabría defender la prohibición de publicar la imagen más allá de lo consentido por el titular”. RUIZ MIGUEL, C. La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad, Madrid, 1995, página 56. Citado en: Ídem, página 49.

Con anterioridad se ha expuesto sobre la autonomía del Derecho a la propia imagen frente a otros derechos de la personalidad como lo son la intimidad o el honor, donde existirán casos donde pueden vulnerarse ambos derechos al mismo tiempo como en otras situaciones en las que solo quedará lesionada la imagen que ha sido captada, publicada y/o difundida más no se vulneran otros derechos. Sobre la captación de la imagen, es importante tener en cuenta que la misma se puede dar en un espacio de la esfera privada de la persona, en lugares privados o públicos, donde es importante determinar si es parte de su vida cotidiana o parte de su actividad pública por ser una figura pública. En caso de producirse la vulneración de su imagen, el titular tiene a su disposición esa garantía que la protege por ese contenido que se encuentra fundamentado en la dignidad humana¹³⁵ de forma que sea resarcido el daño sufrido. Esto significa que podría recurrir por la vía de un recurso de amparo como derecho fundamental, siempre y cuando no alcance la esfera patrimonial.

2.2. Contenido Patrimonial

El contenido esencial del Derecho a la propia imagen se refiere a esa dimensión negativa que preserva la imagen del público, una dimensión donde por derecho el titular tiene control de su imagen porque conforma su patrimonio moral mientras que al permitir que su imagen pueda ser captada, publicada y difundida se encuentra entonces en la dimensión positiva, la cual puede tener un valor

¹³⁵ “No parece, en consecuencia que exista discusión con respecto al hecho que, a través de la protección de la propia imagen se está salvaguardando una parcela que pertenece a la dimensión espiritual de la persona, a su “patrimonio moral” y, en este sentido, su protección se convierte para el citado TC, en una exigencia de la propia dignidad de la persona humana”. Ibidem, página 59.

económico y por eso se habla del contenido patrimonial de la imagen, que frente a los posibles cuestionamientos hoy día cobra más fortaleza por el uso que se le está dando en la sociedad.

Por ser el Derecho a la propia imagen un bien de la personalidad que tiene como base la dignidad humana para su reconocimiento como derecho fundamental hace que se disienta sobre su naturaleza patrimonial por considerarse que se encuentra fuera del comercio por ser un derecho de la personalidad o derecho fundamental. No obstante, la imagen humana hoy día es cada vez más estudiada y protegida no sólo por la existencia de la publicidad con propagandas de todo tipo que utilizan la imagen humana o porque existe un grupo de profesionales llámese artistas, modelos, deportistas que ceden los derechos de su imagen para obtener ingresos económicos, sino porque también nos encontramos ante una revolución con las redes sociales que lo que más usan son las imágenes de las personas ya sea con fines publicitarios, comerciales, institucionales, personal e inclusive de índole sexual desbordando la capacidad de controlar los excesos en caso de no estar regulado.

La imagen humana en sí no es un bien patrimonial, como bien de la personalidad nunca va cambiar de titular, lo que si tiene valor económico es la cesión del derecho para difundir la imagen con fines comerciales o pecuniario. Existen autores¹³⁶ que reconocen ese valor económico según Arzumendi Adarraga y

¹³⁶ “Autores como M. GITRAMA han fundamentado el hecho de la patrimonialización de la imagen en la autonomía que ésta puede llegar a alcanzar; otros como J.M. PASCUAL QUINTANA sitúan la dimensión patrimonial de la imagen humana en un ámbito diferente al de la personalidad, y otros como F. IGARTUA ARREGUI, más recientemente, se refieren a la dimensión patrimonial de la imagen como <<un derecho que

explica que “la explotación comercial no desvirtúa el carácter personal que tiene la propia imagen; es más, este aspecto esencial de la referencia a la personalidad informa y delimita las condiciones de realización del aprovechamiento económico de la imagen humana”.

Esta explicación es debido a que se ha dicho que el Derecho a la propia imagen tiene dos vertientes o se trata de dos derechos distintos. Sobre el particular es importante destacar cómo se aplica en algunos estados de los Estados Unidos de América, donde existe el derecho a la privacidad (*right of privacy*) que protege el uso inconsentido de la imagen y el derecho al valor publicitario de su imagen (*right of publicity*¹³⁷) por el uso de la imagen o el nombre en comerciales, por lo que en dicho país si se aplican dos derechos distintos para lograr la protección de los titulares donde se destaca su aplicación por parte de las personas famosas. Así encontramos que es constantemente publicado en los medios de comunicación noticias relacionadas con personajes famosos que reclaman por el uso de su imagen como ha sido el caso de Michael Jordan ex jugador de baloncesto que aseguró ante un tribunal de Chicago en Estados Unidos de América que por el uso de su imagen cobra mínimo diez millones de dólares razón por la cual interpuso una demanda contra una cadena de supermercados (Dominicks) por el

reconoce a personas notorias (...) o a aquéllas cuyos bienes de la personalidad tienen un valor especial>>”. AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 37.

¹³⁷ “Cuenta BARNNET, que el mismo surge cuando personas famosas comienza a denunciar lesiones en su right of privacy por el uso de su nombre o imagen con fines comerciales. Dada la dificultad de reconocer a personas famosas el right of privacy, los tribunales comienzan a reconocer a partir de los años 50 que, con independencia de ello, lo que sí que tienen derecho es a ser pagados por el uso comercial de sus nombres o imágenes”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 75.

uso no consentido de su imagen¹³⁸. Otros ejemplos de artistas reconocidos que han demandado por el uso de su imagen fueron Beyoncé, Rihanna, Jay Z, Kanye West y Pharrel Williams que se unieron para demandar en Nueva York a una empresa de moda francesa (Eleven Paris) por usar sin su permiso su imagen impresa en camisetas, gorras o mochilas y comercializar con ellas, quienes quieren recuperar los beneficios que han perdido en ventas¹³⁹.

Existen casos divulgados sobre luchadores como CMPunk¹⁴⁰, Bobby Fulton¹⁴¹, padre de Hot Stuff Eddie Gilbert¹⁴², entre otros, que piden regalías por el uso de su imagen, así como reclamos por como el uso de imágenes en video juegos donde podemos destacar la demanda del señor Manuel Antonio Noriega porque se usa su imagen en Call of Duty: Blacks Ops II, reclamando una indemnización, pero la Corte Superior del condado de Los Ángeles la desestimó basados en el derecho a la libertad de expresión¹⁴³.

¹³⁸ EFE, Utilizaron su imagen sin consentimiento: Michael Jordan no hace negocios de menos de \$10 millones, Diario La Prensa, Panamá, 18 de agosto de 2015. Recuperado el 18 de agosto de 2015, desde <http://www.prensa/deportes/Michael-Jordan-hace-negociosmillones04280572089.html#sthash.SilEcBsm.dpuf>.

¹³⁹ Beyoncé y Rihanna demandan a una firma que usa su imagen, El País, Madrid, España, 7 de octubre de 2015. Recuperado el 7 de octubre de 2015, desde http://elpais.com/elpais/2015/10/07/estilo/1444210441_474843.html.

¹⁴⁰ Rodríguez Alonso, Luis Omar. Abogados de CM Punk piden regalías por el uso de su imagen en WWE 2k15. ¿Hubo acuerdo antes de que Punk renunciara?, Super Luchas, 2014. Recuperado el 4 de septiembre de 2014, desde <https://superluchas.com/abogados-de-cm-punk-piden-regalias-por-el-uso-de-su-imagen-en-wwe-2k15/>.

¹⁴¹ Thelordofdarkness. Bobby Fulton critica a Vince McMahon por no pagar regalías: “Él robó nuestra imagen”, Super Luchas, 2015. Recuperado el 20 de febrero de 2015, desde <http://superluchas.com/2015/02/20/bobby-fulton-critica-a-vince-mcmahon-por-no-pagar-regalias-el-robo-nuestra-imagen/>.

¹⁴² Thelordofdarkness. El padre de “Hot Stuff” Eddie Gilbert demandó a WWE, Super Luchas, 2015. Recuperado el 20 de abril de 2015, desde <http://superluchas.com/2015/04/20/el-padre-de-hot-stuff-eddie-gilbert-demando-a-wwe/>.

¹⁴³ EFE. Desestiman la demanda del exdictador Manuel A. Noriega por aparecer en un videojuego, La Prensa, Panamá, 2014. Recuperado el 28 de octubre de 2014, desde <http://www.prensa.com/uhora/mundo/desestiman-demanda-noriega-videojuego/415539>.

En cambio, en España la conversación ha girado en torno a que el Derecho a la propia imagen se encuentra reconocido taxativamente en el artículo 18 de la Constitución y a su vez ha sido desarrollado por una legislación que regula específicamente sobre el valor comercial o pecuniario de la imagen. Al momento de su aplicación el Tribunal Constitucional Español ha sido claro que dicha protección constitucional no alcanza a su esfera patrimonial y que la explotación comercial, consentida o no, se encuentra recogidos en el ordenamiento jurídico español de manera especial mediante la Ley Orgánica 1/1982¹⁴⁴. Con esto el contenido esencial que preserva la dignidad humana está protegido por el amparo de garantías constitucionales mientras que en el resto de los supuestos en materia pecuniaria quedará sometido a los tribunales civiles.

En el Derecho a la propia imagen estamos ante la presencia de un solo derecho de la personalidad que también tiene valor económico, que si bien su titular lo puede explotar comercialmente no deja de ser un bien de la personalidad,

¹⁴⁴ “Hay que esperar así a la Sentencia 81/2001, de 26 de marzo, para obtener un pronunciamiento claro del TC sobre esta cuestión. Aquí ya el TC rechaza abiertamente que la vertiente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental, relacionado exclusivamente con la protección de la esfera moral. Los derechos relativos a la explotación comercial de la imagen tienen así un reconocimiento legal, pero no se hallan amparados a nivel constitucional. En este sentido, el TC afirma que, como apuntaba ya en las Sentencias 231/1988 y 99/1994 (según hemos visto, un tanto vagamente), <<el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación la explotación comercial in consentida – e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

Es cierto que en nuestro ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982... - se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE>> (F.2)”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 80.

conclusión a la que llega Amelia Pascual Medrano¹⁴⁵ que coincide con la posición previamente mencionada de Arzumendi Adarraga y en la que concordamos, que aunque existan detractores en la práctica va ser imposible que no se generen acuerdos privados por el uso de las imágenes en internet ante el auge de las redes sociales, que ante casos de incumplimiento o lesión del Derecho a la propia imagen tendrá que intervenir el operador de justicia.

¹⁴⁵ “Con todo, estoy de acuerdo en que no cabe una separación absoluta de estos dos aspectos. A pesar de su comercialización, la propia imagen no deja de ser un bien de la personalidad y, como tal, no puede ser objeto de una plena disposición, a modo de derecho de propiedad, por parte de su titular”. Ibidem, página 81.

Capítulo II

La Protección del Derecho de la Propia Imagen

A. Facultades: el Consentimiento y la Revocación

Como hemos indicado previamente el Derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad que van enlazados con la persona misma, lo que les otorga a dichos derechos unas características propias como lo son la irrenunciabilidad, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. No obstante, para el ejercicio del Derecho a la propia imagen se ha habilitado la facultad del consentimiento que no es contradictoria a la irrenunciabilidad puesto que en este caso funciona como una autorización que concede el titular para que no sea ilegal el uso de su imagen, y es una situación que aparece explicada claramente en la exposición de motivos de la legislación española que lo desarrolla¹⁴⁶.

Es usual que en algunas profesiones se autorice al uso de la imagen y que reciba incluso una compensación económica, permitiendo de esta forma que un tercero use un derecho ajeno; sin embargo, hay quienes consideran que este acto autónomo no puede ser considerado como parte de una contraprestación de una obligación contractual, por ser un derecho indisponible donde simplemente opera

¹⁴⁶ Al respecto dice Pascual Medrano “Esta aparente contradicción legal se explica ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Advierte ésta que el consentimiento no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de estos derechos, pues aquél no implica la absoluta abdicación de los mismos, <<sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran>>. Se dice así que el consentimiento, << sólo implica renuncia a la calificación del acto o actividad ajena como constitutivo de intromisión ilegítima; o, si se quiere, renuncia en un supuesto determinado a la protección legal>>. Pascual Medrano, Amelia. Op. Cit., página 90.

ese consentimiento para que no surja la obligación de reparar el daño moral causado¹⁴⁷.

En cuanto a la forma de prestación del consentimiento, así como el momento del accionar de la facultad de revocar en Panamá lo debemos analizar desde el artículo 577 del Código de la Familia que es la norma que hace alusión al Derecho a la propia imagen y que dispone la no reproducción pública de la propia imagen sin el consentimiento del titular, por lo que se reconoce el derecho a dar autorizaciones. En consecuencia, este reconocimiento trae como efecto la supresión de la infracción o ilegalidad por el uso de la imagen, es decir, no existe una vulneración porque se otorga el permiso.

El reconocimiento de dicha autorización no implica una renuncia a su derecho, más bien se ejerce una facultad que le otorga la ley que consiste en permitir el uso de su propia imagen a los demás. Para Amelia Pascual Medrano “renunciar al derecho a la propia imagen sería, en este sentido, renunciar al poder de decisión sobre la propia imagen, no el decidir respecto a un uso concreto de la misma”¹⁴⁸, lo que no ocurre en el ejercicio de la facultad del consentimiento que así se le otorga y así lo reconoce la jurisprudencia española¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “Sin embargo, en estricto sentido jurídico, dicha compensación no es una contraprestación, a cambio de permitir la captación, reproducción o publicación de su figura: la imagen, en cuanto bien de la personalidad es <<res extra commercium>>, por lo que, técnicamente, no cabe respecto de ella, un acto de disposición”. De VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y y SORIANO MARTÍNEZ, Enrique. El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 67.

¹⁴⁸ PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op.Cit., página 91.

¹⁴⁹ “Por lo demás, esta perspectiva es también la que adopta, en algunos pronunciamientos, el propio TS: en su Sentencia de 24 de abril de 2000 F. 2 (RJ 2000, 2673) dice así que, “ante todo, el consentimiento no sólo excluye el concepto de intromisión, sino que implica el ejercicio del derecho a la imagen, consustancial a algunas profesiones”. Ídem, página 91.

1. La Autorización por Medio del Consentimiento

El artículo 577 del Código de la Familia no establece detalles con relación al ejercicio de la facultad del consentimiento ni contamos con una regulación que la desarrolle, donde se establezcan reglas con referencia a los requerimientos mínimos y los casos aplicables a menores de edad e incapaces o en los casos de la muerte de la persona agraviada.

Al revisar las leyes que regulen la materia del consentimiento, el régimen jurídico por aplicar de manera supletoria sería el de las reglas generales establecidas en nuestro Código Civil que conforme al artículo 1113 de nuestro Código Civil, el consentimiento se conforma mediante el concurso de la oferta y la aceptación, sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y el artículo 1109 que señala que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento obligándose a lo expresamente pactado y a sus consecuencias, exceptuados los casos numerados en el artículo 1131, los cuales no se perfeccionan mientras consten por escrito.

En consecuencia, no sería necesario que el consentimiento sea por escrito, bastaría con una autorización verbal. Situación similar ocurre en el caso de la legislación española¹⁵⁰, peruana y mexicana, pero en sus normas si se establecen taxativamente que dicha autorización debe ser expresa con el propósito de evitar caer en la posibilidad del reconocimiento de un consentimiento tácito por parte de un operador de justicia. Distinto ocurre con el Código Civil Argentino que no califica

¹⁵⁰ “Ello, además, encuentra apoyo en algún pronunciamiento del TS: “el consentimiento expreso –dice- no tiene necesariamente que ser por escrito; puede ser verbal o de otra forma concluyente”. (STS de 27 de junio de 1996, F. 2 (RJ 1996, 4792). Citado en: Ibidem, página 93.

el consentimiento y que puede ser por tanto expreso o tácito, de acuerdo con su código comentado.

Expresa Amalia Pascual que “el carácter expreso del consentimiento parece claro que lo que trata de evitar son las dudas y equívocos en este delicado asunto. Es evidente así que el respeto a la voluntad del titular del derecho se asegura mucho más a través del consentimiento expreso y, por otra parte, no cabe duda tampoco de que el receptor de dicho consentimiento obtiene un mayor grado de seguridad”¹⁵¹.

No obstante, existen vacíos en cuanto a los requerimientos mínimos en nuestra legislación para la formalización del consentimiento del Derecho a la propia imagen en el que se establezcan reglas en cuanto a su carácter gratuito u oneroso, el alcance o extensión del consentimiento, duración de la cesión del derecho de explotación, pues no puede ser indefinido, entre otros. Mientras tanto lo que se tiene al alcance es la aplicación de las normas generales de los contratos y en el caso que dicho consentimiento represente una contraprestación económica si es importante que se establezca y se pacte mediante un acuerdo las condiciones que regirán para su uso.

En el caso de los menores de edad, el artículo 1114 del Código Civil panameño establece que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados ni los locos o dementes ni los sordomudos que no sepan escribir. En la legislación española encontramos que es más abierta cuando prevé que los menores e

¹⁵¹ Ibidem, página 92.

incapaces presten su consentimiento si lo permiten sus condiciones de madurez cuando ejerciten derechos de la personalidad, de lo contrario lo pueden otorgar sus representantes previa puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En cuanto a las personas que han fallecido, en Panamá no encontramos normas específicas del tema en cambio en la legislación española se han establecido normas especiales para el ejercicio de acciones de protección civil en los casos en que se produzca una violación de los derechos de una persona fallecida o de los derechos de una persona que fallece posteriormente a la lesión, las cuales pueden ser ejercidas por los designados en el testamento y no existiendo tal designación, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. En el caso del Código Civil peruano se requiere del asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

En la situación de las imágenes utilizadas en propagandas electorales, estas tienen una restricción establecida en el artículo 276, numeral 3, del Texto Único del Código Electoral de Panamá que remite al artículo 577 del Código de la Familia por el uso no autorizado de la imagen personal, que ocasionó que en el periodo electoral del año 2014 se pronunciara dicha entidad electoral sobre propagandas de dos candidatos presidenciales, como lo fueron Juan Carlos Varela¹⁵² y Juan

¹⁵² “El TE respaldó el criterio del demandante, en el sentido de que se utilizó la imagen del presidente del Partido Panameñista sin su autorización. “La parte demandada no ha aportado evidencia de contar con el consentimiento del afectado”, destaca el fallo que lleva la firma de los tres magistrados del TE”. MENDOZA, Eduardo. TE impone multas por cuñas, La Prensa, 2012. Recuperado el día 12 de octubre de 2012, desde <http://www.prensa.com/impreso/panorama/te-impone-multas-por-cunas/129993>.

Carlos Navarro¹⁵³, por el uso de su imagen.

Es importante también considerar que al otorgar la autorización debe ser bien específico y así lo manifiesta José Ramón de Verda y Beamonte y Enrique Soriano Martínez “el carácter expreso del consentimiento no se refiere ni a la forma de prestarlo ni a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados”¹⁵⁴. Por tanto, el alcance debe ser interpretado en términos estrictos al momento en que fue otorgado dicho consentimiento y para ello habrá que revisar cada situación, entre las que se pueden presentar alguno de los siguientes casos:

- 1) En el caso que se otorgue el consentimiento para captar una imagen por medio de fotografías no implica que puedan ser publicadas¹⁵⁵.
- 2) En el caso que las fotografías hayan sido realizadas por agencias, los medios de comunicación deben verificar si existe el consentimiento tanto de captación como de publicación¹⁵⁶.

¹⁵³ “El Tribunal Electoral (TE), amparado en disposiciones contenidas en el Código Electoral, y en virtud de una demanda interpuesta por el candidato presidencial por el Partido Revolucionario Democrático (PRD), Juan Carlos Navarro, mediante la Resolución 300-2013-ADM, ordenó la suspensión provisional de la difusión de la propaganda en la que se utiliza la imagen de este”. BUSTAMENTE, Aminta. TE se ampara en la ley para suspender difusión de cuña contra Navarro, La Prensa, 2013. Recuperado el día 12 de agosto de 2013, desde <http://www.prensa.com/uhora/ruta-2014/te-suspende-propaganda-cd-juan-carlos-navarro/198203>.

¹⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y SORIANO MARTÍNEZ, Enrique. Op. Cit., página 69.

¹⁵⁵ “Es el caso de la STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2371): se publica en un libro la foto de una modelo profesional, cuando ésta sólo prestó su consentimiento para “pagando el precio de las copias, obtener un archivo para su propia utilización, pero nunca para que lo publicase y utilizase el fotógrafo en su propio beneficio, extremo este último el fotógrafo en su propio beneficio, extremo este último que necesitaba consentimiento expreso (F.2)”. Pascual Medrano, Amelia. Op. Cit., página 96.

¹⁵⁶ “La STS 12 julio 2004 (RJ 2004,4314) consideró una intromisión ilegítima en la imagen de una menor la publicación en una revista de una fotografía de ésta, a pesar de que en el reportaje que ilustraba se hacía constar que dicha fotografía procedía de una concreta agencia. Dice, así que “Tampoco justifica la no obtención del consentimiento de la representante legal de la menor, el que el reportaje fotográfico fuese adquirido por la sociedad demandada a una agencia; nada impedía, sino que las más elementales normas de prudencia lo exigían, requerir al autor del reportaje que acreditase la existencia del consentimiento necesario

- 3) En el caso que se autorice publicar la imagen en un determinado medio no autoriza para que sea publicado en otro medio distinto¹⁵⁷.
- 4) En el caso de un medio de comunicación que haya sido autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho¹⁵⁸.
- 5) En el caso de imágenes publicadas voluntariamente en internet no implica una autorización para que otras personas pueda utilizar dicha imagen¹⁵⁹.
- 6) En el caso de uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación

para su publicación”. DE VERDA Y BEAMONTE, José y SORIANO MARTÍNEZ, Enrique. Op. Cit., página 72.

¹⁵⁷ “En el caso de la STS de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 6278) se había publicado, en una determinada revista, la fotografía de una persona anónima con su consentimiento, pero, posteriormente, dicha imagen es publicada también en un periódico sin que se diese aquél. El TS, a partir de la exigencia legal de consentimiento expreso, considera indudable que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada” (F.5). Tampoco puede entenderse que el consentimiento prestado para el uso de la propia imagen en el cartel publicitario de una zarzuela en 1934, es decir, prestado “para un acto concreto y específico”, subsista, en nuestros días, a los efectos de reproducir dicho cartel con el fin de anunciar la reposición de dicha obra lírica. No existirá, en cambio, lesión del derecho a la propia imagen cuando se haya publicado con consentimiento del interesado una fotografía en un periódico y posteriormente éste, con motivo del mismo asunto, la vuelva a publicar, no habiéndose revocado el permiso concedido”. Pascual Medrano, Amalia. Op. Cit., página 96.

¹⁵⁸ “Así resulta de la STS 18 octubre 2004 (RJ 2004,5907), que estimó la demanda de una modelo, que había consentido ser fotografiada, para que su imagen se publicara, ilustrando un reportaje sobre el divorcio. Este reportaje tuvo lugar, pero tres años después, se volvió a utilizar su imagen, esta vez, sin su consentimiento, para ilustrar un reportaje sobre prostitución de lujo”. DE VERDA Y BEAMONTE, José y SORIANO MARTÍNEZ, Enrique. Op. Cit., página 73.

¹⁵⁹ “A este respecto resulta de interés la SJPI núm, 12 Sevilla 11 marzo 2010 (JUR 2010, 207991). En ella se planteó la discusión sobre si el hecho de que las imágenes de unos menores difundidas por un programa de televisión habían sido extraídas de Internet (del portal YouTube), en el que habían sido “colgadas” por los propios menores, se podía considerar, en cierto modo, como un “consentimiento” para dar publicidad a las imágenes, al tratarse YouTube de un canal de difusión internacional al que cualquiera puede acceder con sólo introducirse en Internet desde su ordenador. Este argumento no fue acogido por el juzgador, el cual señaló lo siguiente: “a) En primer lugar, que ni los menores ni sus progenitores prestaron el consentimiento para la difusión de sus rostros y caras por televisión, y mucho menos en unos programas como los que ya han sido referidos. b) En segundo lugar, que no es asimilable la publicidad, en cierto modo “anónima” y “dispersa” de una canal como YOUTUBE, por más que el mismo pueda ser avistado desde cualquier parte del mundo, a la publicidad “cierta” y “concentrada” de un medio como la televisión cuya difusión se acompaña de comentarios de periodistas y se proyecta con gran intensidad sobre el lugar en el que viven las mismas personas cuyos rostros se difunden junto con sus familiares y amigos”. Ibidem, página 77.

requiere de consentimiento para el uso de la imagen en dichos reportajes¹⁶⁰.

2. La Revocación del Consentimiento

Así como se habilita la facultad para autorizar el uso de la imagen también se le concede al titular la discrecionalidad para revocar dicho consentimiento, que tiene como consecuencia que se termine el permiso otorgado y por tanto, no es legal el uso de la imagen del titular, situación que no solo puede ser invocada ante quien se le concedió la autorización inicialmente sino también ante terceros a los que se les haya cedido dicha autorización¹⁶¹.

El artículo 577 del Código de la Familia no hace mención en cuanto al mecanismo que puede utilizar el titular del derecho, en caso que cambie de voluntad en relación al consentimiento previamente otorgado y quiera cancelarse dicha autorización.

En el Código Civil y Comercial Argentino de manera general establece que el consentimiento para los derechos de la personalidad es libremente revocable, por lo que una autorización para el uso de la imagen puede ser cancelada. De Verda

¹⁶⁰ “Este tema ha sido tratado recientemente por la STS 16 enero 2009 (RJ 2009, 419). Esta sentencia se planteó a propósito de una grabación con cámara oculta, realizada por una periodista, que se hizo pasar por una paciente, para un reportaje sobre los riesgos que pueden correrse cuando alguien desempeña la profesión de fisioterapeuta sin titulación oficial” ...

La conclusión del Tribunal es la siguiente: “De ahí que la autorización que la autora dio a la periodista demandada para que entrara en su consulta no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos, a la publicación del programa por medio de televisión. No cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir”. Ibidem, página 77.

¹⁶¹ Sobre el particular expone la STC 117/1994 de 25 de abril “Frente a estas consideraciones, que interpretan mal la naturaleza del acto de autonomía privada que autoriza la distribución de las fotografías, atribuyéndole el carácter contractual del que carece, el Tribunal Constitucional, con acierto, afirma que <<tratándose de ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la totalidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia>> (FJ 5º)”. Ibidem, página 84.

y Beamonte expone que la doctrina francesa e italiana establece la posibilidad de revocar el consentimiento inicial¹⁶², siempre y cuando exista una previa indemnización. En la legislación española se permite que la persona que haya consentido en la captación, reproducción o publicación de su imagen pueda revocarlo en cualquier momento, pero tendrán que indemnizarse los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas, esto es el lucro cesante, lo que se convierte en un mecanismo disuasorio de la utilización abusiva de esta facultad.

Se entiende que la revocación se puede ejercer siempre que el consentimiento prestado no tenga carácter contractual y siempre que no se haya consumado la conducta en la que consiste la ilegalidad. Esta revocación debe expresarse mediante una declaración de voluntad donde se deje constancia por escrito de la revocación dirigida a quien se le otorgo en su momento la facultad de captar, reproducir o publicar la imagen. La legislación española no exige una formalidad para esta revocatoria, pero el tribunal si ha señalado unos requisitos para que pueda desaparecer el acto mediante el cual se legitima el uso de la imagen como lo es acreditar la revocación, que pueda ejercitarse, que no tenga carácter retroactivo y la garantía de la indemnización¹⁶³.

¹⁶² Véase Ibidem, páginas 78-79.

¹⁶³ “No obstante la STC 117/1994, de 25 abril, FJ 6º... Dice, así, que <<habrá de acreditar algunas circunstancias, como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitada la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancia de la revocación, particularmente, en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes>>”. Ibidem, página 84.

Opina Amelia Pascual que la justificación de la facultad revocatoria prevista en la legislación española no es otra que la protección de los derechos fundamentales como es el caso del Derecho a la propia imagen o, convirtiéndose en la salvaguarda última de su irrenunciabilidad¹⁶⁴. “Su objeto es así permitir recuperar la porción del ámbito de la personalidad de la que el titular se había desprendido a través del juego del consentimiento, lo cual no se compadece, en absoluto, con una utilización de aquélla a los meros efectos de mejorar el rendimiento patrimonial de la disposición de la propia imagen”¹⁶⁵, que sería el caso de utilizarla como una garantía comercial por parte del titular de la imagen¹⁶⁶.

De esta forma, la habilitación de la facultad de revocar en el Derecho de la propia imagen se da en el marco del reconocimiento de un bien personalísimo, que lo hace el titular de manera autónoma y unilateralmente, que de haberse pactado mediante un contrato mercantil tendrá que valorarse si la revocación solicitada tiene que ver con la vulneración del bien personalísimo o si tiene que ver con la

¹⁶⁴ “En ese sentido, el TC (Sentencia 117/1994, de 25 de abril, F. 3 [RTC 1994, 117]) afirma que el derecho a la propia imagen es “irrenunciable en su núcleo esencial y por ello aunque se permita autorizar su captación o divulgación será siempre con carácter revocable”. PASCUAL MEDRANO, Amalia. Op. Cit., página 102.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ “A estos efectos, se parece plenamente asumible la tesis de Requejo Pages y Punset Blanco: “la revocación a la que se refiere el art. 2.3 de la LO 17982 sólo puede operar cuando el consentimiento ha versado sobre la imagen como puro objeto de un derecho de la personalidad, al margen de toda consideración mercantil, o cuando, mercantilizada la propia imagen, se desea y pretende su descomercialización, no claro está, su comercialización en mejores condiciones económicas, pues de lo contrario, el tráfico mercantil se vería perturbado con la utilización espuria de un instituto de defensa de derechos fundamentales puesto el servicio del abusivo reforzamiento de la posición comercial del titular de la imagen. Y si algo no admite discusión es que la revocación de la LO 1/1982 sólo puede estar teleológicamente ordenada a la protección de un derecho fundamental, nunca a la garantía de la utilización mercantil de un objeto que se desea intra commercium”⁷⁴. PUNSET, R. y REQUEJO, J.L. Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1994, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 7, 1995, páginas 214 y 216. Citado en: Ibidem, página 101.

explotación comercial o que entre en conflicto con otros derechos protegidos, lo que tendrá que ser ponderado por el operador de justicia.

3. La Explotación del Derecho Patrimonial de la Imagen

Nuestro Código de la Familia al normar el Derecho a la propia imagen en su artículo 577 lo hace desde la exclusividad para que el titular decida si ésta puede ser reproducida públicamente mediante su consentimiento, y en caso que la divulguen sin su permiso puede aplicarse el artículo 578 siempre que sea en el ámbito de la privacidad (derecho a la intimidad) sin excluir el derecho a recurrir por la vía de los daños y perjuicios ocasionados. De forma que no regula las veces que se puede otorgar el consentimiento ni la formalidad mediante contrato ni prohíbe taxativamente su explotación comercial o publicitaria, aunque al ser incluido como un derecho familiar, es por regla general, personalísimo irrenunciable, indisponible, no admite renuncia, transferencia o transmisión de los mismos.

Sobre esta materia en la legislación española nos encontramos ante dos aristas, la primera que el Derecho a la propia imagen se encuentra dentro de los derechos fundamentales y por tanto, al ser un derecho de la personalidad elevado al rango constitucional de forma expresa su protección excluye el aspecto civil porque solo se vincula a la parte relacionada a la esfera moral y relacionada con el principio de la dignidad humana, distinción que se deriva de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español¹⁶⁷. Del otro lado, tenemos la Ley Orgánica 1/82 que

¹⁶⁷ “En cualquier caso, la STC 81/2001, de 26 de marzo, expuso, así, la tesis, por lo demás innecesaria para resolver el recurso de amparo, consistente en distinguir el concepto de <<imagen>> a efectos constitucionales y civiles. Dice así: <<Es cierto que en nuestro Ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de

desarrolla el artículo 18.1 de la Constitución Española regulando la protección civil de este derecho frente intromisiones ilegítimas y su reparación, pero dentro de esta normativa no se establece las veces que se puede otorgar el consentimiento ni impide celebrar contratos ni prohíbe taxativamente su explotación comercial o publicitaria, pero sí dice que es irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

Ante esta situación las normas citadas no ofrecen una solución ante los posibles conflictos por acuerdos celebrados por el uso publicitario o comercial de la imagen de una persona, porque al considerarlo un derecho inalienable no puede ser transmitido, cedido ni vendido. Por ello, en los cuerpos legales existentes el consentimiento otorgado por una persona para el uso de su imagen legítima únicamente su uso, más no es un contrato razón por la cual puede ser revocada la autorización, porque la normativa ha sido diseñada para proteger al titular más no para que comercie y en consecuencia, se dice que el problema debe ser resuelto por la vía civil.

En Estados Unidos como mencionamos en el primer capítulo de este documento, si existe un régimen jurídico que diferencia entre la parte moral (*right of privacy*) y el patrimonial con el *right of publicity* que permite la comercialización, la contratación y su exclusividad e incluso heredarlo. Lo que choca con nuestro

5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE>> (FJ2º)”, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 58.

derecho al especificarlo como indisponible, no transmisible, que es la posición de José Ramón de Verda y Beamonte¹⁶⁸ en la que coincidimos por razón que la imagen está protegida como un derecho de la personalidad.

No obstante, también opino que se le tiene que plantear una solución porque en la práctica la imagen de una persona si tiene un valor económico, está siendo objeto de contratos de forma consensuada y en consecuencia surgen conflictos a los que hay que ofrecerles un mecanismo para que se enmarque esa relación dentro de un marco jurídico.

Por ello coincidimos con Carles Vendrell Cervantes que dice que debe crearse “un sistema transmisivo específico, distinto del de los derechos patrimoniales sobre bienes materiales o sobre los derechos de crédito”¹⁶⁹ y señala que el derecho comparado ofrece dos modelos el *right of publicity* y el derecho de autor. En el primero, permite la explotación comercial de la imagen por medio de uso de licencias que pueden ser exclusivas o no y de la cesión, quienes pueden actuar en un proceso directamente sin que exista un poder de representación. Mientras que en el segundo el titular de la imagen sigue manteniendo el control sobre la explotación del derecho patrimonial de imagen y puede actuar ante un proceso para defenderse frente al uso no autorizado, distinguiendo entre cesión exclusiva

¹⁶⁸ “A mi entender, esta concepción patrimonialista, a favor de la cual se muestra un sector creciente de nuestra doctrina científica³⁶ y que, incluso empieza a reflejarse en algunos fallos de la más creciente jurisprudencia³⁷, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, porque choca frontalmente contra el claro tenor del art. 1.3 de la LO 1/1982, el cual, al declarar el carácter indisponible de los derechos de la personalidad, los convierte en <<res extra commercium>>³⁸, impidiendo, así, que puedan ser objeto, de un contrato, en el sentido estricto del término (art. 1271.I CC³⁹). DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 55.

¹⁶⁹ VENDRELL CERVANTES, Carles. El Mercado de los Derechos de Imagen, el consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen, Primera Edición, Editorial Arazandi, S.A., España, 2014, página 462.

o no de la explotación de derechos de imagen, concluye con que se inclina más por éste último con lo que también coincidimos porque en el modelo del Derecho de autor el titular no pierde por la transmisión su derecho a la personalidad y mantiene la titularidad de los derechos patrimoniales de imagen. De esta forma se contarían con normas que ante casos dudosos que puedan servir al operador de justicia como proteger los intereses del titular de la imagen.

B. Titulares del Derecho a la Propia Imagen

Toda persona por el simple hecho de ser humano goza del Derecho a la propia imagen y esto es porque, como bien hemos venido comentando, es un derecho que tiene como fundamento la dignidad humana por ser un bien de la personalidad. Todas las personas físicas tienen protegido y garantizado este derecho, con independencia de su edad, discapacidad o nacionalidad, por lo que no existe diferencia en el reconocimiento de este derecho, pues todas pueden hacer uso de la facultad para consentir o no en la captación, reproducción y/o publicación de su imagen.

Así como se han habilitado las facultades de consentimiento y revocación, también se ha desarrollado cierta modificación en el grado de la protección para algunos casos como los menores de edad y las personas incapaces, los personajes públicos o notorios y los fallecidos, situación que no les despoja de su titularidad, pero si modifica por razón de la vulnerabilidad de la persona o por proteger otros derechos como la libertad de expresión o información.

1. Menores y personas incapaces

Tanto los menores como los incapaces son titulares de derechos, cuyo ejercicio y defensa tendrán unas reglas diferenciadas por su situación de vulnerabilidad y la protección del Derecho a la propia imagen no escapa a ello.

El Código de la Familia señala que es menor “todo ser humano desde su concepción hasta la edad de dieciocho (18) años”¹⁷⁰, tiene dignidad personal entre sus derechos fundamentales y es esta normativa la que establece la protección del Derecho a la propia imagen al garantizar el Estado su respeto como parte de los derechos familiares¹⁷¹.

El Código también define los derechos familiares como personalísimos y el artículo 577 reconoce que toda persona tiene Derecho a la propia imagen, por lo que todo menor de edad es titular de su propia imagen en consecuencia se entendería que tiene el derecho subjetivo sobre dicho bien personalísimo. No obstante, en el caso del menor de edad e incapaz se parte de la premisa que siempre debe estar representado por su falta de capacidad de obrar.

Sobre el ejercicio de la patria potestad con relación a los hijos o hijas la norma señala que comprende entre otros “representarlos y administrar sus bienes”¹⁷², pero también dice que se exceptúan de dicha representación legal “los actos relativos a derechos que el hijo o hija, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos”¹⁷³.

¹⁷⁰ Artículo 484 del Código de la Familia de la República de Panamá.

¹⁷¹ “Art. 575. El Estado garantiza el respeto a la intimidad, libertad personal, seguridad y honor familiar y el derecho a la propia imagen; y reconoce a la familia como el elemento fundamental de la sociedad”.

¹⁷² Artículo 319 del Código de la Familia de la República de Panamá.

¹⁷³ Artículo 332, numeral 1, Código de la Familia de la República de Panamá.

Como ya señalamos, la norma no establece reglas sobre la prestación del consentimiento ni mucho menos contamos con una norma que diga cómo pueden los menores autorizar al uso de su imagen y el concepto de “*condiciones de madurez*”¹⁷⁴ que aparece en el Código es un concepto muy subjetivo quedando a criterio del operador de justicia valorar dicha situación ante un caso concreto, atendiendo siempre el interés superior del menor.

Por otro lado, la capacidad del menor para manifestar u otorgar consentimiento es determinada por la ley y se dice que el menor de edad tiene la capacidad de ejercicio en los casos determinados en el Código de Familia¹⁷⁵ y otras leyes, por lo que si nos remitimos a las reglas generales del Código Civil tenemos que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir, lo que es establecido como una incapacidad¹⁷⁶. En el caso de la emancipación, ya sea por matrimonio o vía judicial a solicitud a partir de los 15 años, habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con las limitaciones establecidas en la ley¹⁷⁷.

En ese sentido, todo menor de edad no emancipado y las personas incapaces son titulares de su Derecho a la propia imagen, pero dependen de las actuaciones de sus representantes legales para autorizar la captación, reproducción y/o difusión

¹⁷⁴ “La inteligencia, educación, formación, ambiente social y desarrollo – físico y mental- son sólo algunos de los factores que tendrían que tenerse en cuenta a la hora de ponderar la madurez y de valorar la potencial capacidad para la emisión de un juicio o la toma de una decisión por parte de un menor”. GIL ANTÓN, Ana María. Op. Cit., página 154.

¹⁷⁵ “Art 5. En el Derecho de Familia, el menor de edad tiene la capacidad de ejercicio en los casos determinados en este Código y en otras leyes”.

¹⁷⁶ Artículo 1114 y 1115 del Código Civil de la República de Panamá.

¹⁷⁷ Artículos 350 al 363 del Código de Familia de la República de Panamá.

de la imagen de los mismos, quienes en el ejercicio de su patria potestad tienen garantizar dicho bien personalísimo para sus menores de edad¹⁷⁸.

En otras legislaciones como la española, en su artículo 3 de la Ley Orgánica 1/82¹⁷⁹, encontramos que si se establecen reglas en cuanto a la forma de otorgar el consentimiento por el menor o incapaz. Una de ellas es que lo pueden otorgar si sus condiciones de madurez lo permiten según la legislación civil y la otra aplicaría para los casos que no existan las condiciones de madurez, en la que el representante legal por escrito otorga el consentimiento, pero para que sea válido tiene que poner en conocimiento al Ministerio Fiscal, quien tiene a su vez ocho días para oponerse mediante resolución judicial que apruebe o no.

Posteriormente estas reglas sufren ciertas modificaciones cuando se aprueba la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en España, que también regula el tema del consentimiento donde se adiciona entre otros que se considera ilegal el uso de la imagen o el nombre en los medios de comunicación que impliquen menoscabo en su honra o reputación o que sea contrario a sus intereses, incluso si existe consentimiento por parte del menor o de su representante legal. Esto es criticado por Amelia Pascual Medrano porque le

¹⁷⁸ “Dicho lo anterior, el ordenamiento jurídico busca formas de protección de los bienes jurídicos de la personalidad al margen del derecho subjetivo, y así sucede con múltiples instituciones, como por ejemplo la de la patria potestad, a cuyos titulares se impone el cumplimiento de una función social, cual es “la protección de la personalidad del menor””. GIL ANTÓN, Ana María. Op. Cit., página 116.

¹⁷⁹ “Art.3

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madures lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

restringe al menor el derecho a disponer de su imagen que ya le concedía la Ley Orgánica de 1982 y por ser contradictorias ambas normas¹⁸⁰.

A pesar de estas contradicciones y que los tribunales españoles se han pronunciado a favor la protección jurídica del menor, lo importante a rescatar de esta experiencia es que se tiene que definir el mecanismo para que la autorización del consentimiento sea válida por parte de los representantes legales y que en caso¹⁸¹ de manipulación o un perjuicio del menor puedan intervenir el Ministerio Público y los operadores de justicia, aunque sea legal el consentimiento otorgado por razón de los avances tecnológicos en medios de comunicación especialmente con las redes sociales.

2. Personajes Públicos o famosos

Previamente cuando explicábamos la figura estadounidense del *right of publicity* decíamos que la misma nace para amparar a figuras públicas o famosas que no tenían una protección en el *right of privacy* por ser personajes conocidos por la población.

En el Derecho a la propia imagen ocurre que estos personajes notorios tienen la titularidad, pero ésta se encuentra, contrario al reforzamiento que se les hace a los menores, atenuada por razón del cargo público que ostentan o por la profesión

¹⁸⁰ “La contrapartida, obviamente, es que la capacidad de obrar del menor se ve, en este punto, claramente restringida, en la medida en que primero se da valor a su consentimiento pero, luego, viene a negarse eficacia al prestado para excluir la intromisión; y eso que el espíritu general de la LO 1/1996 es, justamente, el inverso. Resulta, por tanto, comprensible que algunos autores entiendan que nos hallemos ante una previsión inadecuada e incongruente con la propia Ley”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 114.

¹⁸¹ “Cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”. STC 158/2009, de 29 de junio, FJ Sexto. Citado en: GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 68.

que ejercen que los convierte en celebridades. Esto ocurre por razón de otros derechos fundamentales que tienen igual rango como lo es la libertad de expresión e información de la cual profundizaremos en el punto de usos legales de la imagen donde por hechos noticiosos, de interés público o cultural su utilización es permitida.

Sobre la disminución de la protección opina Salvador Contreras Navidad que estas personas tienen que soportar, por los cargos que ostentan, un mayor riesgo en su imagen u otros bienes de la personalidad por razón de la información que se genere¹⁸², esto obedece a que sería engorroso tener que pedirles permiso a estos personajes cada vez que participen en un acto público, ya sea porque sean servidores públicos, políticos, actores, deportistas, entre otros.

En nuestra legislación no se hace esta distinción de la captación de la imagen de personas con cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública durante un acto público o lugar público, como si lo hace por ejemplo el Código Civil Peruano¹⁸³ al no requerirse el asentimiento de estas personas que también lo hace la legislación española en su Ley Orgánica de 1982¹⁸⁴ y así lo reconocen

¹⁸² “Estas personas, por el hecho de ejercer funciones públicas o estar implicadas en asuntos de relevancia pública vienen obligados a soportar un mayor riesgo de que su honor, intimidad y, fundamentalmente, su imagen resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general”. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Editorial Arazandi, S.A. (primera edición), España, 2012, página 54.

¹⁸³ “Artículo 15. ... Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz, se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren el público.”

¹⁸⁴ “Art. 8.

1. ...

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

los tribunales españoles al señalar que la distinción es la que les permite establecer la intensidad de la protección y por tal situación, deben soportar mayor riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad a diferencia de las personas anónimas¹⁸⁵.

De esta forma, el derecho de los personajes públicos¹⁸⁶ cede y sufre variaciones que deben ser toleradas por ellos sin que esto signifique que esta permisividad atente contra sus derechos de la personalidad como la intimidad o el honor, siendo cada situación valorada por el operador de justicia en caso de vulneraciones a sus derechos.

3. Menores famosos o con progenitores famosos

Siguiendo con las personas públicas o notorias, los menores famosos podrían considerarse igual personajes públicos por el hecho de ser artistas o deportistas, por lo que podría captarse su imagen en un acto público o lugar abierto al público. No obstante, por el simple hecho de ser menor de edad y aunque sea famoso siempre hay que respetar el interés superior del menor y su intimidad, pues se

¹⁸⁵ “Como dice el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. La distinción entre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección y las demás, es el criterio decisivo para determinar la intensidad de la protección. De ahí que el Tribunal Constitucional haya considerado como un elemento de primer orden... que las personalidades públicas o que voluntariamente adoptan ante un hecho concreto tal condición deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas (STC 15/1993)”. Instrucción FGE núm. 2/2006, de 15 de marzo (JUR 2006, 94040). Citado en: CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. Op. Cit., página 54.

¹⁸⁶ “El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular”. STC núm. 148/2001 de 27 de junio. FJ 6º (RTC 2001, 148) (Ver anexo I, pág. 196). Citado en: Ibidem, página 55.

trata que el mismo tenga una vida dentro de lo normal que no se le cause una violación a sus derechos.

Situación contraria ocurriría con los hijos menores de edad de personas públicas o famosas, a estos se les aplica la norma general de cualquier menor de edad requiriendo el consentimiento de sus representantes legales o según lo dispongan las normas. En España por motivos que la ley que regula el tema del Derecho a la propia imagen incluye en el tema de las autorizaciones al Ministerio Fiscal, dicha institución se ha pronunciado sobre este tema señalando que los hijos de personajes famosos son protegidos igual que cualquier menor de edad y que los padres que explotan sus intimidades incluyendo a sus hijos deben tener siempre en cuenta el interés superior del menor de lo contrario podrán interponerse demandas contra los padres y el medio de comunicación¹⁸⁷.

En Panamá no tenemos este tipo de intervención regulada en caso de la vulneración de este derecho personalísimo, pero el menor tiene una serie de derechos entre esos su dignidad personal y a ser protegido contra injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su honra o reputación. Sobre el particular en el año 2018 la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNIAF) se pronunció frente a un caso de una menor de edad recién

¹⁸⁷ “En estos términos se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado que insta a tener en cuenta, que <<los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sea las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos>>.

Añade que los casos de personajes públicos que explotan el relato de sus intimidades, incluyendo en éstos las de sus hijos deben ser tratados <<de acuerdo con el principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma, de modo y manera que, ponderando las circunstancias concurrentes, procederán en su caso a entablar la correspondiente demanda en interés del menor y contra sus progenitores y el medio”. Ídem.

nacida hija de unos jóvenes conocidos por participar en unos programas de televisión que tiene competencia por ser de canales contrarios. Tanto los medios de comunicación como los padres se prestaron para explotar mediáticamente el tema a través de los diferentes medios de comunicación incluyendo las redes sociales, donde exponían la imagen e identidad de dicha menor por el conflicto existente por el reconocimiento de la paternidad, de manera que se estaba lesionando la intimidad de la menor. En consecuencia, la SENNIAF difunde un comunicado instando tanto a los medios de comunicación como los padres y madres de familia a que se abstuvieran de promocionar conflictos de este tipo porque para eso existen las instancias correspondientes motivo por el cual se estaban vulnerando sus derechos¹⁸⁸. Esto nos demuestra la necesidad de regular de alguna forma este tipo de situaciones cuando el menor de edad queda en estado de indefensión y si se requiera que una institución pueda actuar frente a estos casos.

4. Personas fallecidas

Entre las características de los derechos de la personalidad se destacan que son innatos por el simple hecho de ser hombres y que son imprescriptibles porque se

¹⁸⁸ “COMUNICADO. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en su misión... Hemos tenido conocimiento de múltiples noticias, informaciones en redes sociales, prensa escrita, y televisión; en las cuales no se abordan a los niños como sujetos de derechos; e incluso quedan desprotegidos por los propios padres y madres; así como por otros familiares, abogados y comunicadores, sin tener en cuenta el impacto negativo que puedan provocar en sus vidas. ...

Instamos a los medios de comunicación, escritos, digitales, radiales y televisivos a abstenerse de promocionar conflictos entre padres y madres de los recién nacidos, ya que para esto existen las instancias jurídicas a fin de interponer las acciones que a bien tengan ante los tribunales competentes, sin tener que afectar la integridad de niños y niñas; por lo que tienen la enorme responsabilidad de abordar los datos personales de los menores de edad tomando todas las previsiones necesarias para proteger su imagen, identidad y privacidad, y no exponerlos a situaciones que vulneren sus derechos.” Recuperado el 3 de abril de 2018, desde <http://www.senniaf.gob.pa/comunicado-panama-3-de-abril-de-2018/>.

extinguen solamente con la muerte del titular, por lo que se entendería que estos derechos existen mientras las personas se encuentre vivas.

La regla general establecida por nuestro Código Civil en su artículo 45 es que la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona y el artículo 4 de nuestro Código de la Familia dice que los derechos familiares, entre los cuales se encuentra el Derecho a la propia imagen, son personalísimos, irrenunciables e indisponibles, en cuanto se extinguen con la muerte de su titular.

A pesar de la muerte de la persona se considera que se debe otorgar una extensión de dicha protección a las personas fallecidas por la vía civil y así lo ha regulado la legislación española que sustenta la tutela del derecho, aunque la persona haya muerto puesto que su memoria constituye una prolongación de ésta. Dice Amelia Pascual Medrano que no se trata que los fallecidos sigan siendo titulares del Derecho a la propia imagen, sino que el ordenamiento considera que subsiste un bien jurídico de protección que justifica la concesión de acciones que hubieran correspondido al titular si estuviese vivo.

La normativa española establece que las acciones civiles de protección a la imagen de una persona fallecida corresponden a quien haya sido designado en el testamento, si no designó entonces le corresponde al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada extendiendo el ejercicio al Ministerio Fiscal en ausencia de los anteriores, siempre que no hubiesen transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado¹⁸⁹. También

¹⁸⁹ Artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982: “1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

contempla esta legislación que en caso que la vulneración al derecho ocurriese en vida de la persona fallecida, pero si esta no pudo ejercitar la acción o en caso que si haya interpuesto la demanda, las acciones podrán iniciarse o continuarse por las personas ya señaladas¹⁹⁰.

Los tribunales españoles han reconocido la no existencia del derecho subjetivo al fallecer las personas afectadas pues ya no existe un bien de la personalidad que proteger como derecho fundamental y que únicamente es protegible por la vía civil¹⁹¹, reconociendo de esta forma que solo se conserva la dimensión patrimonial¹⁹².

2. No existiendo designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieran transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento”.

¹⁹⁰ Artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1982: “1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el art. 4.

2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

¹⁹¹ “Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad, según determinada el artículo 32 del Código Civil: <<La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas>> - lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. (...)

En este aspecto, el <<derecho a la imagen>> que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”. STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ Tercero. Citado en: GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 64.

¹⁹² “Uno de los casos más conocidos sobre la propia imagen de un fallecido fue el que interpuso su esposa ante el Tribunal Constitucional español relativo a la distribución de un vídeo con imágenes del accidente que sufrió el torero Francisco Rivera “Paquirri” en una plaza de toros y de las imágenes de la atención hospitalaria de las heridas donde se señala que no puede pronunciarse sobre los derechos de imagen e intimidad del fallecido porque había perdido su dimensión constitucional. Pero el tribunal si reconoce que las imágenes inciden en la intimidad personal y familiar de la viuda, diciendo que “ni la enfermería, por la propia naturaleza de su función puede así considerarse como un lugar abierto al público (y de hecho, los que allí entraron fueron

En el caso de los códigos civiles peruanos y argentino si se incluye que para usar la imagen de los fallecidos se requiere el consentimiento, ya sea del cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos en el caso de Perú y de los herederos o designados en el testamento en el caso de Argentina por el término de 20 años. Adicional, añade el Código Civil peruano que en caso de violación de los derechos los herederos pueden exigir la cesación de los actos lesivos sin señalar un término de tiempo.

En Panamá no tenemos regulada esta extensión del Derecho a la propia imagen al fallecer la persona, pero si se encuentra regulado la transferencia de los derechos patrimoniales en la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos al fallecimiento del titular en el caso de imágenes que se encuentre tuteladas por esta normativa. Es que uno de los mayores beneficios que ofrece esta legislación es la duración de protección que es el período de vida del autor, del artista intérprete o ejecutante más setenta años después de su fallecimiento y de esta forma, no sólo se beneficia el autor sino también sus herederos.

El Derecho de autor comprende derechos de orden moral y patrimonial. En el caso del derecho moral es imprescriptible; sin embargo, con la muerte del autor señala la Ley No. 64 de 2012 que los derechos morales que se refieren a los derechos de divulgación, paternidad e integridad será ejercida por sus herederos mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición testamentaria en contrario.

conminados a desalojar el lugar) ni la reacción del torero ante sus heridas el ejercicio de una “profesión de notoriedad pública”. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. Op. Cit., página 63.

Para los derechos patrimoniales, que incluye los derechos de modificación, reproducción, distribución, comunicación al público, si se establece en la ley que dura la vida del autor y setenta años después del fallecimiento del autor o del último coautor en el caso de una obra en colaboración. No obstante, hay casos en que este término cuenta a partir de su divulgación o de su publicación, como lo son en el caso de obras anónimas y seudónimas, obras colectivas y obras audiovisuales.

Para el cómputo del plazo de los setenta años se calculará desde el primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o, en su caso, al de la divulgación, publicación o terminación de la obra. Al extinguirse este derecho, la obra entrará al dominio público y por tanto, podrá ser usada por cualquier interesado, siempre que se respete la paternidad del autor y la integridad de la obra porque estos derechos morales son considerados perpetuos correspondiéndole al Estado vigilar dicho respeto.

Conforme a la regla contenida en el artículo 76 de la Ley No. 64 de 2012, el derecho patrimonial se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil, lo que nos remite a la aplicación de las normas contenidas en el Libro Tercero, denominado De la Sucesión por Causa de Muerte y las Donaciones entre Vivos. De ello resulta que es propicio indicar que una de los principales postulados de nuestro código en materia de sucesiones, es la libertad plena de testar otorgada a la persona del causante, así se lee en la exposición de motivos de nuestro Código Civil lo siguiente:

“En el nuevo Código se deja al ciudadano en libertad completa de disponer de sus bienes para después de su muerte y no se le impone más limitación de la de dejar asegurados los alimentos del hijo legítimo hasta que llegue a la mayoría de edad”.

En razón de lo anterior, en nuestro derecho no existen herederos legítimos ni forzosos, de tal suerte que los creadores que tienen obras protegidas por la Ley No. 64 de 2012 podrán, por vía de testamento transferir todos o parte de sus bienes, en cuyo caso sobre el mismo no hay limitación alguna. En cuanto al supuesto intestado, son llamados a suceder en orden de proximidad los parientes del finado, computados en grados y líneas.

Adicional a lo anterior, la ley establece que, en caso de conflicto entre derechohabientes respecto al ejercicio del Derecho de autor, el Tribunal competente tomará las medidas oportunas, a solicitud de cualquiera de los interesados y previa audiencia de los demás si fuere posible. También establece la previsión que le corresponderá a la gestión colectiva velar por las remuneraciones que le correspondan al fallecido sean recibidas por los legítimos beneficiarios en casos de transmisión por causa de muerte y cuando exista incapacidad declarada de los herederos para la administración del derecho de autor¹⁹³. De modo que la imagen humana que se encuentre como una obra tutelada en el marco del Derecho autor si tiene esa extensión de protección posterior a la muerte del titular.

¹⁹³ Artículo 77 de la Ley No.64 de 10 de octubre de 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 27139-B sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

5. Personas Jurídicas

Previamente ya se ha definido que la imagen física se refiere a la representación gráfica de la figura humana y al abordar el tema de la titularidad, señalábamos que este derecho es innato a todo ser humano porque su fundamento es la dignidad humana, por lo que las personas jurídicas no son titulares del Derecho a la propia imagen porque este derecho pertenece sólo a personas físicas no a ficciones jurídicas.

Esperanza Gómez Corona afirma que un sector importante de la doctrina civilista española niega la posibilidad que las personas jurídicas sean titulares por el carácter de derecho de la personalidad de la propia imagen como es el caso de O'Callaghan Muñoz¹⁹⁴ y cita que autores como Castilla Barea, Alegre Martínez, Azurmendi Adárraga y Pascual Medrano¹⁹⁵ coinciden en que el objeto de este derecho está constituido por la representación gráfica de la imagen humana, por tanto difícilmente una persona jurídica puede predicar la titularidad.

Nuestro Código de Familia como mencionamos anteriormente señala que es un derecho personalísimo, irrenunciable e indisponible en cuanto se extingue con la muerte de su titular, por lo que no cabe la extensión de este derecho a las personas jurídicas.

C. El uso legal de las imágenes en el Derecho a la Propia Imagen

¹⁹⁴ “A este respecto, O'CALLAGHAN destaca como <<se ha dicho repetidas veces que la persona jurídica carece de derechos de la personalidad, que sólo corresponden a la persona física, al ser humano. Y también se ha dicho que la imagen es la representación gráfica de la figura humana. Por tanto, por una y otra razón, no puede hablarse de derecho a la imagen de la persona jurídica>>”. O'Callaghan Muñoz, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, página 154. Citado en: GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit, página 61.

¹⁹⁵ Cfr. Ibidem, página 62.

En principio la utilización de la imagen de una persona tiene sustento en el consentimiento otorgado por el titular o quien tenga que otorgarlo en el caso de menores de edad y los incapaces, pero también puede ocurrir que existen circunstancias reconocidas en las normas que permiten el uso de la imagen sin que ello signifique la vulneración del derecho de su titular.

Ocorre que los derechos no son absolutos y el Derecho a la propia imagen no escapa a ello, pues existen una serie de derechos y todos los miembros de la sociedad tienen el mismo goce de los mismos derechos para lo cual se establecen límites que sólo pueden ser señalados por la ley, situación que viene siendo reconocida desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1979¹⁹⁶.

1. Los Límites a la Protección del Derecho a la Propia Imagen y su Disposición al Público

La protección otorgada a un derecho puede encontrar reglas que delimitan el ámbito de protección de dicho derecho y dichas reglas pueden encontrarse de forma expresa en el texto constitucional para crear proporción con otros derechos fundamentales y las que se establezcan al momento de legislar para proteger otros derechos o valores, que de acuerdo a Esperanza Gómez Corona pueden englobarse en la teoría de los límites inmanentes¹⁹⁷ que ha influido en la doctrina

¹⁹⁶ “Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo no tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”.

¹⁹⁷ “Como se ha comentado los límites inmanentes surgen ante la necesidad de proceder a determinadas restricciones al ejercicio de los derechos, restricciones imprescindibles para la convivencia pacífica de la sociedad. A pesar de que en puridad no se trata de auténticos límites externos, si por tales consideramos los

y en la jurisprudencia española que sobre el particular ha señalado en sentencias que el Derecho a la propia imagen no es absoluto¹⁹⁸.

1.1. El Consentimiento como delimitación al Derecho a la Propia Imagen

El ámbito de protección del Derecho a la propia imagen supone garantizar que no sea vulnerado este derecho, motivo por el cual sería una norma general aplicable a todos los ciudadanos. De esta forma, en una primera instancia queda en manos del titular del derecho la decisión sobre la difusión o no de su imagen, ya que este derecho le reconoce la facultad de permitir o consentir que los demás puedan usar su imagen, así como también le otorga el derecho a que dicho consentimiento pueda ser revocado.

De modo que el reconocimiento de esta facultad que es un acto del ejercicio del derecho, es a su vez un límite que permite el uso legítimo de una imagen. Todo esto es parte de la tutela de la captación y difusión de la imagen de una persona, sin perjuicio del establecimiento de ciertas pautas para el caso de posibles excepciones que permiten un uso legal de la imagen lo que en consecuencia permite su puesta a disposición al público.

establecidos por el legislador, pues constituyen la simple reproducción de los límites que se encuentran implícitos en la propia Constitución, el Tribunal Constitucional Federal en sus pronunciamientos les confiere un tratamiento similar al de la normativa restrictiva de derechos fundamentales desplegada por el Legislador, exigiendo las garantías propias del artículo 19 de la LFB, esto es, carácter general de ley, obligación de citar el artículo y necesario respeto al contenido esencial”. GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 75.

¹⁹⁸ “En lo que atañe, en concreto, al derecho a la propia imagen, el TC señala expresamente que <<no puede deducirse del artículo 18.1 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales>> (STC 156/2001, de 19 de julio, F.6 [RTC 2001, 156]. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 127.

Por ello, tanto el titular como el operador de justicia tienen que tener presente que el Derecho a la propia imagen no es absoluto¹⁹⁹, ya que también puede ceder legítimamente frente aquellos casos en los cuales las imágenes se difundan por excepciones establecidas en las normas, naciendo allí también interrogantes en cuanto a cuáles son los límites que debe o puede autorizar la ley.

1.2. Otros supuestos que Delimitan el Derecho a la Propia Imagen

El reconocimiento positivo del Derecho a la propia imagen, ya sea a nivel constitucional²⁰⁰ o de otros cuerpos dispositivos, no significa que sea un derecho ilimitado, puesto que encuentra su límite frente a otros derechos de igual rango o por razón que la misma legislación así lo establezca.

A pesar que en Panamá el derecho que nos ocupa no se encuentra regulado a nivel constitucional, existen derechos o bienes constitucionalmente protegidos que requerirán un límite, uno de ellos – quizás el más discutido- lo constituye el derecho a la libertad de expresión e información en relación a los derechos de la personalidad. Esta situación ocurre principalmente al plantearse la protección del Derecho al honor frente a la libertad que tiene toda persona de emitir libremente

¹⁹⁹ “La tutela de los derechos de la personalidad no es, desde luego, absoluta, sino que debe ceder en aquellos casos en que, desde una óptica constitucional, exista un interés general superior, que justifique una intromisión, ya sea por parte de los poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ya sea por parte de terceros, en el desempeño de un labor socialmente valiosa” [Sic]. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen autorizadas por la Ley. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 87.

²⁰⁰ “Nuestro TC dejó claro desde sus primeras sentencias que <<ningún derecho constitucional [...], es un derecho ilimitado>>. <<La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos>> (STC 11/1981, de 8 de abril, FF. 7 y 9 [RTC 1981, 11])”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 127.

su pensamiento por cualquier medio siempre que no atente contra la reputación o la honra de las personas²⁰¹. Sin embargo, en dicha delimitación nuestra Carta Magna no contempla el Derecho a la propia imagen como sí queda configurado en el artículo 20 de la Constitución Española al incluir también dentro de ese marco de protección al Derecho a la intimidad y al Derecho a la propia imagen²⁰². Si bien es cierto que es importante salvaguardar tanto el Derecho a la propia imagen como también las libertades de expresión e información y, por ende, la libre formación de la opinión pública, es conveniente que ante posibles vulneraciones el operador de justicia pueda ponderar²⁰³ estos derechos y para

²⁰¹ “*ARTICULO 37.* Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público”. Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

²⁰² “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) ...

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. ...

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. ...”. Constitución Española, Texto Consolidado de 2011.

²⁰³ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se trata el tema de ponderar estos derechos y así lo refleja “la Sentencia 104/1986, de 17 de julio (F.5) (RTC 1986,104), que <<cuando por el ejercicio de la libertad de opinión – art. 20.1, a) – y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión – art. 20.1, d)- resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco que siempre éstas hayan de ser consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 [...] como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento a favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del artículo 20 [...], no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”>>. Esta dimensión – continúa el TC- <<otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es

ello, sería conveniente que tuviese a su disposición una serie de criterios o elementos como pauta general para la resolución de estos supuestos que respeten tanto la definición como los límites de los derechos en conflicto.

Hay que señalar que también existen otras situaciones ante las cuales puede ceder este derecho como el uso de la imagen de personas que se encuentran desaparecidas o por el uso para la prevención y persecución del delito, donde tiene que primar la seguridad ciudadana, motivo por el cual el Derecho a la propia imagen cede como también lo tendrá que hacer para proteger otros bienes jurídicos, según sea el caso o se encuentre expresamente regulado.

Encontraremos que en la regulación del Derecho a la propia imagen podrán establecerse límites como las expresamente contenidas en la legislación española²⁰⁴ y en usencia le corresponderá al legislador especificar dichos límites, delimitar o definir el contenido exacto del derecho. En nuestro caso, a pesar que no se enuncian los supuestos que delimitan este derecho, si se establecen excepciones para el uso de la imagen de una persona que también se especifican en otras legislaciones como la mexicana, el Código Civil peruano y el nuevo Código Civil argentino que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, de forma que su uso bajo estos supuestos puede ser legal.

2. Excepciones al uso de Imágenes en el Derecho a la Propia Imagen

común y propia de todos los derechos fundamentales>>”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 131.

²⁰⁴ “Artículo segundo. Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Ley Orgánica 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de España.

En Panamá, la imagen de una persona puede ser utilizada por un tercero cuando las imágenes cuenten con el consentimiento del titular para ser reproducidas públicamente o que se difundan *con fines noticiosos, de interés público o cultural*, con base a la dignidad humana, así lo encontramos expreso en el artículo 577 del Código de Familia:

“Art. 577. Toda persona tiene derecho exclusivo sobre su propia imagen, la que no podrá ser reproducida públicamente, en forma alguna, sin el consentimiento de su titular, aun cuando hubiese sido captada en lugar público.

Se exceptúan de lo anterior las imágenes que se difundan con fines noticiosos, de interés público o cultural, con base en el respeto a la dignidad humana”. (El subrayado es nuestro)

En el caso de la legislación española coincide en parte con el artículo 577 del Código de Familia panameño, pues en España han establecido unas indicaciones generales en relación al uso de las imágenes en la Ley Orgánica 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen donde se contempla en su artículo 8.1 que es legítimo su uso cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante y cuando sea producto de actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley.

Situación similar ocurre con las legislaciones peruana y argentina. Dentro del título dedicado a los Derechos de las Personas del Código Civil peruano, en el artículo 15 se protege, como ya mencionamos, no sólo la imagen si no también la voz de las personas, disponiendo que puede usarse una imagen siempre que se cuente con la autorización expresa del titular o si ha fallecido, la de su cónyuge,

descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden. Además, establece excepciones entre las que se encuentra el uso de imágenes por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural.

El Código Civil argentino, de forma novísima, incorpora un Capítulo de los Derechos y Actos Personalísimos dentro del título dedicado a la persona humana, tutelando la imagen y la voz de una persona, estipulando que para captarlas o reproducirlas se requiere el consentimiento y en el caso de las personas fallecidas debe otorgarlo sus herederos o el designado por el causante por el término de 20 años. Asimismo, establece excepciones por razones de interés científico, cultural o educacional prioritario.

A continuación, se tratarán los usos permitidos de la imagen de una persona de acuerdo a nuestra legislación: por el consentimiento otorgado y cuando se difundan con fines noticiosos, de interés público o cultural, con base en el respeto a la dignidad humana.

2.1. Uso de la Imagen con el consentimiento del titular

Del Código Civil Panameño se desprende que el consentimiento es uno de las excepciones al momento de la aplicación de la ley, pues permite su captación o reproducción de manera legítima cuando así sea autorizado. Como enuncia el texto previamente citado del artículo 577 del Código de la Familia se dispone la no reproducción pública de la propia imagen sin el consentimiento del titular y no importa que haya sido captada en un lugar público, por lo que se reconoce el derecho a otorgar autorizaciones.

En consecuencia, no existe una vulneración a la imagen en el caso que el titular haga uso de dicha facultad reconocida en la norma. No obstante, dicha disposición no establece detalles con relación al ejercicio de la facultad del consentimiento ni contamos con una regulación que la desarrolle en cuanto a su carácter, alcance, duración, entre otros.

Como mencionamos previamente corresponde aplicar de manera supletoria las reglas generales establecidas en nuestro Código Civil, de manera que se desprende que bastaría con una autorización verbal en nuestra legislación.

2.2. Uso de la imagen con fines noticiosos, de interés público o cultural.

Otra de las excepciones que nos ofrece la fórmula legal del artículo 577 del Código de la Familia comprende las imágenes que se difundan *con fines noticiosos, de interés público o cultural*, con base a la dignidad humana, de forma que ante la presencia de alguno de los citados fines puede prevalecer el uso sobre el derecho que tiene un titular sobre su imagen.

Dicha fórmula no desarrolla lo que debe entenderse conceptualmente por tales fines o intereses ni establece detalladamente en qué casos dichos fines o intereses imperan sobre el Derecho a la propia imagen, por ende, ni los ciudadanos ni el operador de justicia cuentan con parámetros para su aplicación. La interrogante que salta a la vista es la interpretación que se le dará a esta disposición, ya sea una estricta o una extensiva de los términos que expresamente se consignan en el artículo 577, pues al momento de presentarse alguna de las circunstancias establecidas parece que el Derecho a la propia imagen tendrá que ceder. Para Margarita Castillo Barea autora del libro Las Intromisiones Legítimas

en el Derecho a la Propia Imagen la interpretación deberá ser estricta, sin embargo señala que no es del todo compartido por los tribunales españoles²⁰⁵ debido a que inicialmente la postura era siempre una posición a favor de protección frente a otros derechos como las libertades de información que posteriormente modifica señalando la necesidad determinar qué derecho es el preponderante por medio del uso de la ponderación.

Ante esta cláusula tan amplia y general del artículo 577, le corresponderá al operador de justicia analizar cada caso en concreto que se encuentre en litigio y determinar si aplica o no la fórmula que permite el uso de la imagen de una persona cuando concurra alguno de los fines o intereses planteados. Se deberán someter a una ponderación las circunstancias y el conflicto de normas que se suscita, como elementos que permiten legitimar la injerencia en la imagen de una persona.

En lo que respecta a los tres casos concretos señalados como una excepción para el uso legal de la imagen de una persona, para una mejor comprensión del tema es preciso revisar conceptos y qué disponen nuestros cuerpos normativos, particularmente lo que establece nuestra Constitución Nacional, que contiene los

²⁰⁵ El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado cuando concurra en el caso de ellos un interés público frente al Derecho a la Propia Imagen: “<<como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista **un interés público** en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o **el interés público** en la captación o difusión de su imagen (SSTC 156/2001, de 2 de julio, F.6; y 77/2009, de 23 de marzo, F.2, por todas)>>”. El texto se ha extraído de la STC 158/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 158), F. Tercero. Citado en: CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 246.

principios esenciales y necesarios para la vida en la sociedad panameña, a fin de tratar de comprender qué debemos entender por fines noticiosos, de interés público o cultural.

En el caso de los fines noticiosos señala Inmaculada Higuera en su libro *Valor Comercial de la Imagen* que “la presencia del interés informativo supone una cierta restricción en las prerrogativas del titular del derecho a la imagen, pero, en ningún caso, una anulación del derecho a la propia imagen”²⁰⁶. No obstante, para Margarita Castilla Barea es importante distinguir entre interés informativo²⁰⁷ y finalidad informativa, pues el primero obedece a lo que el medio cree que puede despertar la atención o el interés del público que pueden servir al mero entretenimiento, para aumentar la audiencia o la venta de sus espacios publicitarios, mientras que en el segundo quedan excluidos los fines publicitarios o comerciales cumple con un fin estrictamente informativo.

Como indicamos previamente, la libertad de expresión se encuentra regulada en el artículo 37 de la Constitución Política de Panamá, la cual no tiene censura previa y únicamente se encuentra limitada por el Derecho al honor o cuando se atente contra la seguridad social o el orden público.

Nuestra Constitución si bien reconoce el derecho a la libre opinión y el derecho a recibir información y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la

²⁰⁶ HIGUERAS, Inmaculada. Op. Cit., página 265.

²⁰⁷ “Distinto de dicha finalidad esencial es **el interés informativo**, que puede definirse, en nuestra opinión, como aquel que presenta cualquier noticia o imagen que en medio de comunicación social decide difundir, desde el momento en que la decisión de publicarlas obedece a un juicio de valoración por parte de los responsables del medio en cuestión de lo que puede despertar el interés, la curiosidad o la atención del público”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 329.

República de Panamá al señalar que "La libertad de expresión es quizá una de las más importantes de todas las garantías del individuo frente al Estado. Como el texto mismo recoge, consiste en la libre emisión del pensamiento, manifestado de cualquier forma (oral, escrito, etc.). Por ende, también comprende la libertad de prensa en un sentido amplio, entendiéndose así la publicación de ideas y su circulación"²⁰⁸, pero al mismo tiempo reconoce nuestro máximo órgano de justicia que no es un derecho absoluto²⁰⁹.

²⁰⁸ Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acción de Inconstitucionalidad propuesta por Rodríguez, Robles & Espinosa, S.A. contra el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 611 de 3 de junio de 2010 del Ministerio de Salud, 28 de mayo de 2014, expediente 192-11. Registro Judicial. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 15 de mayo de 2015, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

²⁰⁹ Nuestra Corporación de Justicia se ha pronunciado sobre la libertad de expresión como un derecho absoluto y con limitantes al indicar lo siguiente: "Resulta de vital importancia en este sentido distinguir, como a bien ha tenido oportunidad de hacerlo la Corte en ocasiones previas (v.g. sentencia de 21 de agosto de 1992), entre el concepto de libertad de expresión y el de libertad de opinión. Ello, porque lo que se regula a través del texto legal impugnado no es la libertad de opinión del que presenta la encuesta, sino algunos aspectos de la forma en que ésta se exterioriza.

Por libertad de expresión se entiende el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio apropiado; su modo de ejercicio es extenso, pero como todo derecho, lleva implícita también la idea de su propia regulación.

En la referida sentencia de 21 de agosto de 1992, el Pleno de la Corte, al abundar sobre la posibilidad de reglamentar ciertos aspectos de la libertad de expresión indicó:

'No debe confundirse con la llamada libertad de opinión, ya que mientras que ésta es reconocida como una libertad absoluta, la libertad de expresión constituye un derecho fundamental limitado, cuya regulación suele el Constituyente delegar al Legislador ordinario.

En Panamá, el propio artículo 37 de la Constitución establece tácitamente esta delegación al señalar las responsabilidades legales como límites a su ejercicio, cuando protege situaciones o derechos igualmente tutelables de manera taxativa: 'la reputación o la honra de las personas, la seguridad social y el orden público'.

Además, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Panamá introducen también limitaciones a su ejercicio los que deben ser considerados al plantearse su interpretación. Así vemos, que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 14 de 28 de octubre de 1976), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977) reglamentan las condiciones que permiten restringir el ejercicio de la libertad de expresión, en los artículos 19 y 13, respectivamente.

El Pacto Internacional dispone que las restricciones a esta libertad deben estar 'expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para ... asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas'.

... En el plano del derecho interno, el Legislador en ejercicio de esa reserva legal ha reglamentado los límites constitucionales de la Libertad de Expresión ...' (subrayado de la Corte)

De lo anterior se colige, que la tutela constitucional ampara el derecho de libre opinión, pero que es posible, en determinadas circunstancias, regular la forma en que se expresan o divulgan ciertas ideas, sin que con ello

De esto inferimos que, al momento de hacer uso del ejercicio del derecho de informar a través de medios de comunicación, siempre que sea con fines noticiosos, esto debe ser realizado en el marco del respeto de los otros derechos y las limitantes establecidas por el legislador. La libertad de expresión no implica ejercerla de manera irresponsable y pese al vacío existente en el artículo 577 del Código de la Familia entendemos que este se dirige a permitir el trabajo netamente informativo totalmente excluyente de propósitos comerciales, de entretenimiento y de la vulneración de otros derechos. Esto ocurre porque no debe usarse como excusa para difundir información que no tiene carácter noticioso y que no se enmarca en la libertad de expresión que busca difundir información veraz y relevante públicamente, no con fines distintos.

Para el tema de imágenes que se difundan por fines interés público, según Guillermo Cabanellas, el interés público se refiere al "bien público, a la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflictos de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado como entidad de Derecho Público"²¹⁰.

En nuestra Carta Magna encontramos disposiciones donde se consagra el principio de primacía del interés público sobre el interés particular, tal es el caso

éstas resulten suprimidas. Ya lo comentaba el Doctor José Dolores Moscote: "En general, la garantía que aquí se consagra está inspirada en la mejor doctrina acerca de la libertad individual de pensamiento en armonía con las restricciones de orden social que su uso necesariamente impone" (destacado es nuestro). (Acción de Inconstitucionalidad. 8 de diciembre de 1998. Mag. Edgardo Molino Mola)". Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acción de Inconstitucionalidad propuesta por Rodríguez, Robles & Espinosa, S.A., 2014, expediente 192-11. Op. Cit., desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

²¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, 21ª Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1989, página 462.

del artículo 50 que dispone que ante el conflicto de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad o interés social, el interés privado deberá ceder al interés público o social. Asimismo, se contempla como tema de interés público impartir la educación en idioma extranjero²¹¹, las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público²¹².

De esta forma, la Constitución establece que se debe procurar la satisfacción y protección de los intereses colectivos frente a los individuales²¹³. Sin embargo, cuando se refiere a la difusión de la imagen de una persona con fines de interés público estaríamos frente al hecho que se puede utilizar la imagen de una persona, pero dicho uso debe ser con fines de interés público de la información y no un simple interés informativo. Esto ocurre porque existe un interés público cuando la mayoría tiene derecho a ser informada sobre un hecho o situaciones que les atañe pues es de interés para todos los ciudadanos y que difiere de un simple interés informativo porque carece de relevancia pública para todos los ciudadanos dicha información²¹⁴.

²¹¹ Véase artículo 100 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

²¹² Véase artículo 259 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

²¹³ “La norma constitucional se refiere a la contraposición existente entre el bien de los particulares y el social o de la colectividad en la que prima éste sobre aquel”. Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Demanda de Inconstitucionalidad formulada por el Licdo. Gilberto Bosquez Díaz contra el tercer párrafo del Artículo 1801 del Código Judicial, 21 de febrero de 2000, Magistrado Ponente Roberto E. González R. Registro Judicial. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 15 de mayo de 2015, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

²¹⁴ “Con total claridad lo sostiene la STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), que resume la doctrina contenida en las anteriores, según la cual: <<... no debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar que sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto

En términos generales, se podría indicar que el artículo 577 del Código de la Familia pretende que ante la concurrencia de un interés público, cedería el Derecho a la imagen de las personas. En la jurisprudencia española acaece un proceso en el que se intenta justificar el uso de la imagen de una niña menor de edad en un reportaje periodístico, sin el consentimiento de sus padres, alegando el interés social a lo que la sentencia resuelve que no es lo suficientemente relevante el interés social de dicha información frente al Derecho a la imagen²¹⁵.

Para el caso de imágenes que se difundan por interés cultural, contamos en la Constitución Nacional con un capítulo dedicado a la cultura nacional que señala en su artículo 81 que “está constituida por las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá a través de las épocas”. Dentro de este capítulo también se reconocen las tradiciones folclóricas como parte de la cultura nacional, y que los medios de comunicación social son

de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (STC 20/1992, fundamento jurídico 3º). El art. 20.1 d) CE, al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que compone el público en general, sino el de la mera curiosidad de los que compone el público en general, sino el interés colectivo en la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso (SSTC 105/1983 [RTC 1983, 105], 159/1986 y 168/1986 [RTC 1986, 168]).

Una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos, no por narrar los detalles relativos a una adopción y a sus protagonistas>>. (F.8)”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 330.

²¹⁵ “En efecto, la STS 158/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 158) descarta que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje puedan tener trascendencia para legitimar intromisión en el derecho a la propia imagen. En la Sentencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el diario <<La Opinión de Murcia>> contra la STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006, 4969), que ratificaba la condena impuesta al periódico por la Audiencia Provincial de Murcia, por una intromisión ilegítima en la propia imagen de una niña menor de edad. Su rostro había sido fotografiado de frente y en primer plano, junto a otra menor, mientras recibía unas lecciones de logopedia y la foto se había insertado en un reportaje titulado <<Discapacitados>>, todo ello lógicamente sin haberse recabado el consentimiento de sus progenitores. El interés social del reportaje esgrimido por la demanda, que pretendía concienciar a la sociedad de las múltiples necesidades de este colectivo, no fue considerado por el intérprete auténtico de nuestra Carta Magna como suficientemente relevante para prevalecer sobre el derecho a la propia imagen de la pequeña”. Ibidem, página 252.

instrumentos de información, educación, recreación y difusión cultural y científica²¹⁶.

Lo que pretende entonces el artículo 577 del Código de la Familia es permitir la participación de toda la población sin distinción en las manifestaciones culturales de toda índole²¹⁷. No obstante, tal como mencionamos previamente contamos con una legislación especial que establece que se tiene que dar consentimiento para la utilización de la imagen de una persona que aparezca en una obra protegida por el Derecho de Autor o en el caso de las interpretaciones o ejecuciones que realicen artistas, intérpretes o ejecutantes, quienes autorizan la fijación, reproducción, distribución y la comunicación al público²¹⁸. De igual forma, se aplica el Derecho de Autor en las obras plásticas²¹⁹ establecidas en el artículo 37 de la Ley No. 64 de 2012, cuando se autorice el uso la imagen de una persona para realizar un retrato o busto no puede ser puesto en el comercio sin el

²¹⁶ Véase artículos 80 al 90 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

²¹⁷ “En esa misma línea de pensamiento, observa la Sala que nuestra Ley Fundamental incorpora a la sociedad en general en acciones tendientes a promover la cultura, es decir, que el Estado no es el único llamado para este propósito. Y es que la cultura y sus diversas manifestaciones la estructura el hombre con su modo de vida, ya sea como individuo, grupo social o pueblo, y allí radica la importancia de la intervención del conglomerado social, ya sea a través de patronatos, sociedades, organismos oficiales o privados que coadyuven a fomentar e impulsar la cultura en nuestro territorio”. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por el Licdo. Hugo E. Bonilla en representación del Instituto Nacional de Cultura, para que se declare nulo por ilegal el Resuelto No.350-PJ-179 de 30 de julio de 1999, expedido por el Ministerio de Gobierno y Justicia, 20 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Arturo Hoyos. Registro Judicial. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 15 de mayo de 2015, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

²¹⁸ Véase Artículo 123 de la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 27139-B.

²¹⁹ “Obra plástica o de bellas artes. Aquella cuya finalidad apela el sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, esculturas, bocetos, dibujos, grabados y litografías. Las disposiciones específicas de esta Ley para las obras plásticas no se aplican a las fotografías, a las obras arquitectónicas, a las audiovisuales y a las de arte aplicado”. Artículo 2, numeral 33, de la Ley No. 64 de 10 de octubre de 2012, G.O. No. 27139-B.

consentimiento de la persona misma y a su muerte, de sus derechohabientes, por lo que su publicación tiene que ser consentida. Aunado a la existencia de una jurisdicción especial de comercio para atender estos temas de Derecho de autor y Derechos conexos donde la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado su postura sobre la competencia frente a estas reclamaciones.

Como bien señaláramos previamente, la Ley Orgánica 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de España contempla en su artículo 8.1 que es legítimo su uso cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. En esa línea Margarita Castilla Barea comenta que “los casos concretos en que la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre la concurrencia de alguno de los intereses mencionados en el art 8°.1 de la LODH, lo cierto es que no son demasiado frecuentes... Es el interés cultural el que en más ocasiones se invoca y analiza”²²⁰.

Uno de estos litigios donde se establece la concurrencia del interés cultural es el vídeo de una productora sobre el matador de toros Francisco Rivera conocido como “Paquirri”, el cual no se considera ilícito en su totalidad las imágenes de dicho vídeo en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 25 de abril (RJ 1989, 3260) y sólo se ordena eliminar algunas escenas pues el resto las consideran de interés cultural relevante²²¹.

²²⁰ Castilla Barea, Margarita. Op. Cit., página 248.

²²¹ “De este modo, una vez eliminadas las escenas que reproducían los momentos vividos en la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco⁴⁵⁹, el resto de las imágenes se consideró de interés cultural, no sólo las que reproducían distintos momentos de su vida profesional, sino también sus bodas y el sepelio con el argumento de que: <<- si, en su momento, constituyeron temas informativos, en todo momento han contenido, a los fines de subsiguiente fallo, un interés cultural relevante **por ser expresivos de valores populares y vigentes en nuestra sociedad**. Por ello, su carácter privado y la correlativa intromisión que su

A contrario sensu son más los casos en los que el Tribunal Supremo Español no ha encontrado indicios de un interés cultural relevante, tal es el proceso de la imagen de un niño recibiendo tratamiento de diálisis que fuera editada por la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias y que su madre interpone una demanda por intromisión ilegítima del Derecho a la propia imagen de su hijo menor de edad y en la sentencia de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8079) se concluye que no se justifica que se haya utilizado dicha imagen y procede a la desestimación del motivo²²².

Otra causa analizada sobre la existencia o no de un interés cultural relevante, es relacionado con una fotografía insertada en campaña publicitaria del Ayuntamiento de Madrid tomada por un fotógrafo contratado para tal fin, en la cual aparecían dos adultos y un menor de edad que no otorgaron el consentimiento, campaña que no demostró la respectiva relevancia cultural razón por la cual fue desestimado el recurso por el Tribunal Supremo Español²²³.

captación y reproducción pudieran significar, desaparecen ante el manifiesto predominio de su interés cultural>>. (F. Cuarto. La negrita es nuestra)". Ídem.

²²² "El argumento no resulta atendible para el Tribunal Supremo, que considera, en cambio, que:<<**El hecho de que publicación "Canarias Educación", editada por la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, tenga por objeto, como reza su subtítulo, la "información educativa" y que carezca de toda finalidad crematística o económica, no implica que todos los trabajos o artículos en ella publicados tenga ese "interés cultural relevante" a que se refiere el art. 18.1 de la repetida Ley Orgánica**, así el artículo que da origen a este litigio tiene un carácter puramente informativo sobre una experiencia llevada a cabo en un colegio público de la ciudad de Las Palmas, mediante la divulgación de los criterios rectores de esa experiencia para su divulgación entre los profesionales de la enseñanza a quienes va dirigida la publicación por lo que, aparte la trascendencia e importancia que en sí misma tenga aquella actividad del colegio, el artículo en que se insertó la fotografía del hijo de la actora, **imagen que no tenía ninguna relación con tan repetida experiencia pues fue obtenida en un centro hospitalario ajeno al colegio público y a la experiencia de éste realizada**, no tiene un interés cultural suficiente para justificar la intromisión en el derecho fundamental a la propia imagen del hijo de la actora. Consiguientemente, procede la desestimación del motivo>>. (F. Primero. La negrita es nuestra)". Ibidem, página 249.

²²³ "El Tribunal Supremo, nuevamente, desestima el recurso, con un matiz respecto de la Sentencia de 1992 antes comentada: aquí se admite que pueda existir tal interés, pero no se le reconoce una relevancia suficiente

Siguiendo con las imágenes que se difundan por interés cultural y que por definición de nuestra propia Carta Magna se encuentran incorporadas las manifestaciones científicas, en la jurisprudencia española se han presentado este tipo de situaciones donde las partes defienden el uso legítimo de imágenes por razones de interés científico, tal es el caso de pacientes que aparecen en publicaciones de tipo médico, pero no fueron aceptados²²⁴. Otro proceso lo fue el uso de la imagen de un atleta en la portada de un libro infantil de divulgación científica en la que se reconoce que es viable el uso de dicha fotografía que fue captada en un acto público y que dicho libro no tiene fines publicitarios²²⁵.

como para prevalecer sobre el derecho fundamental a la propia imagen. Así, en el F. Tercero de la STS 7 octubre 1996 (RJ 1996, 7058), se afirma lo siguiente:

<<Aun admitiendo el interés cultural que se resalta en la expresada compañía, ese interés no tiene un carácter relevante, que le haga prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a su propia imagen, dado que la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural. **La referencia al interés cultural no puede ser “una patente de corso” de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas.** Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando si ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. **El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines,** imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso pues se pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales. Por todas estas razones perece el motivo>>. (La negrita es nuestra)”. Ibidem, página 250.

²²⁴ “En cuanto al interés científico, a él apela el cirujano demandado en el caso enjuiciado por la STS de 29 de septiembre de 1992, 7424), que había remitido a un periódico las fotos reconocibles de una paciente de dieciocho años que se había sometido a una operación de cirugía estética, concretamente, de aumento de mamas, tanto antes como después de la operación. La Audiencia Provincial consideró que no concurría dicho interés científico, conclusión que asumió el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia ⁴⁶². No hemos hallado, pues, ninguna Sentencia en la que se legitimara la intromisión en el derecho a la propia imagen – sí las hay en relación con los derechos al honor o a la intimidad⁴⁶³- de una persona por razones de interés histórico o científico”. Ibidem, página 251.

²²⁵ “La STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169) entendió legítimo el uso de la fotografía de un atleta de alto nivel para ilustrar la cubierta de una obra de divulgación científica, de carácter infantil, ocupando un tercio de la misma.

El deportista aparecía, vistiendo la indumentaria del equipo de la selección nacional de atletismo con el que había participado en eventos deportivos del máximo nivel, como los Juegos Olímpicos y campeonatos mundiales y de Europa.

El Tribunal Supremo observa que derecho a la imagen no impide <<su captación, reproducción o publicación de persona, como el atleta demandante, de profesión de notoriedad pública y la imagen se haya captado en acto público, como es la pose en una competición deportiva que aparece en el caso presente>>. Precisa que

Si bien es cierto que es factible el uso de las imágenes de las personas siempre que no vulneren otros derechos como el honor y la intimidad, establecer el predominio de los fines noticiosos, interés público o cultural frente al Derecho a la propia imagen, no es suficiente pues siempre debe velarse por *la dignidad humana* como señala el artículo 577 del Código de la Familia. Y es que como expresáramos previamente la dignidad humana sirve de fundamento y es cimiento de los derechos fundamentales, motivo por el cual se encuentra citada en el preámbulo y en el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional y su interés es la protección de las personas.

La dignidad humana “Se trata del hombre como valor supremo, por cuanto cada persona humana, sea cualesquiera su naturaleza, color o conducta, es una realidad en sí misma, no puede ser instrumento de nadie y tiene un fin personal propio en lo que le atañe”²²⁶. La presencia de la dignidad humana al momento de alegar las excepciones para el uso de la imagen de una persona, nos lleva a que debe existir una mínima afectación al derecho personalísimo protegido, pues no puede ser usado como una simple permisión si no que requiere que se pruebe que es imprescindible su uso²²⁷. Por tanto, tiene que quedar excluido todo interés

<<Distinto sería el tema de aprovechar la imagen de persona famosa para introducirla en un contexto publicitario>>, lo que acontece en el caso litigioso, en <<que aparece un uso inocuo de una imagen en un libro de divulgación científica, en que no es esencial ni trascendente, a efectos de un aprovechamiento personal o económico de aquélla>>. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 91.

²²⁶ CIFUENTES, Santos. Op. Cit., página 2.

²²⁷ “Frente a ello, con buen criterio, el Tribunal Supremo, afirma que <<La referencia al interés cultural no puede ser “una patente de corso” de los organismos para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando los derechos de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causal limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines, imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso pues se

publicitario o promocional y, sobre todo, cuando se tiene fines meramente económicos.

3. Otras Excepciones al Uso de Imágenes en el Derecho a la Propia Imagen

Existen otras excepciones para el uso legal de la imagen de una persona en otras legislaciones, tal es el caso de la legislación española con la Ley Orgánica No.1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en su artículo 8 además de establecer excepciones que comprenden el uso legítimo de las imágenes donde predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, desglosa otras más de manera específica. Una de esas excepciones es el uso de las imágenes de las personas a través de actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, donde deben presentarse dos requisitos: una norma previa que permita la intromisión en los derechos fundamentales ajenos y un acto concreto por parte de la Autoridad competente, que autorice o acuerde la propia conducta de injerencia. Al momento de aplicar esta excepción el operador de justicia no sólo debe hacerlo en el sentido literal de la norma, sino que debe velar por el marco constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional Español toma en cuenta en sus fallos la posición del Tribunal Europeo, de Derechos Humanos, expuesta, “en la STC 14/2003, de 28 de enero, según la cual la intromisión en el derecho a la propia intimidad es sólo legítima, si a estos requisitos se añaden otros, esto es, <<si se revele como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo,

pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales>>”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 90.

proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental>>”²²⁸.

Claro está que en dicha legislación española también se establece en su artículo 2, numeral dos, que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley”, que de acuerdo a la autora Margarita Castilla Barea “debe entenderse hecha a la ley orgánica, teniendo en cuenta que sólo ella está llamada a regular lo concerniente a los derechos fundamentales”²²⁹. Opinión que expresa la jurista producto que en España se han desarrollado normativas que no cumplen con el procedimiento de una ley orgánica y que en consecuencia esas intromisiones no pueden considerarse válidas, por ser una ley ordinaria y normas de carácter reglamentario.

²²⁸ “La sentencia contempló una intromisión, consistente en la entrega a los medios de comunicación, por parte de la policía, de una fotografía en la que un detenido aparecía, de cuerpo entero, de pie, delante de una pared blanca y con los brazos extendidos a lo largo del cuerpo. La fotografía había sido tomada en las dependencias policiales para su incorporación a la ficha policial, en el marco de una investigación por asesinato, del que dicho detenido fue absuelto en el posterior juicio, resultando condenados su hermano y un amigo de éste. Dicha fotografía fue publicada en dos periódicos, bajo el siguiente rótulo: <<En prisión dos de los asesinos de Raúl>>.”

Una vez finalizado el proceso penal del que fue absuelto, presentó reclamación contra el Ministerio del Interior por vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Contra la desestimación presunta por silencio administrativo, interpuso recurso contencioso- administrativo, que fue desestimado por la Audiencia Nacional, que acogió el argumento de la policía, la cual había justificado su forma de proceder en la trascendencia social que había tenido el asesinato y en el intento de que algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos, que permitiesen la localización de un tercer individuo, que todavía no había sido detenido (dos, uno de ellos el recurrente en amparo, ya lo habían sido). Interpuesto recurso de amparo contra dicha sentencia, éste fue estimado por el Tribunal Constitucional, que consideró que la entrega de la fotografía a los periódicos para su publicación había constituido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del detenido, afirmando que <<tal medida no se revela como idónea, necesaria, ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dice perseguir>>”. Ibidem, página 88.

²²⁹ CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 221.

Sobre este particular tema, hay que hacer mención de las imágenes obtenidas por los sistemas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que tienen normas especiales y que en el caso de Panamá, es de reciente uso este tipo de sistemas de video vigilancia. Uno de ellos es del Municipio de Panamá que se encuentra regulado por el Acuerdo No. 267 de 14 de noviembre de 2017, por medio del cual se dicta medidas sobre uso de las imágenes captadas por el Sistema de Video Vigilancia Municipal y que lo hace con base a que los alcaldes son jefes de policía dentro del distrito. Dicho acuerdo señala que el uso de las imágenes captadas se hará con criterio restringido dentro de la alcaldía, es para su uso exclusivo y que solo podrán ser cedidas o copiadas a solicitud formal de los estamentos u organismos de seguridad del Estado, el Ministerio Público, el Órgano Judicial u otra entidad competente, con la finalidad de prevenir, controlar y procesar los hechos que puedan constituir falta o delito. Sobre la divulgación de las imágenes, establece que podrá ordenarse la difusión pública de las imágenes captadas para identificar a una persona que haya incurrido en un hecho o falta que sea de competencia de autoridad municipal, así como también dispone que en la resolución sancionatoria puede ordenarse la difusión pública por los medios de comunicación social o redes sociales del hecho cometido por la persona sancionada.

Adicionalmente, establece dicho Acuerdo Municipal un capítulo sobre el uso externo de las imágenes captadas por el sistema y en su artículo 15 dice que el alcalde podrá autorizar en ciertas circunstancias excepciones a la difusión de imágenes captadas por los medios de comunicación o de redes sociales, los

cuales deberán tomar las medidas necesarias para preservar los derechos fundamentales de la persona que haya sido captada por el sistema, quedando pendiente desarrollar cuáles son esas excepciones. Situación que nos lleva a retomar el artículo 577 del Código de Familia que regula el Derecho a la propia imagen y establece que se requiere el consentimiento de la persona, aún cuando hubiese sido captado en un lugar público, por lo que el tema de difundir imágenes por parte del municipio cuando salen de su esfera de autoridad de policía tiene que ser tratado sin vulnerar derechos.

Hay que mencionar que se ha creado otro sistema de video vigilancia llamado Centro de Operaciones Regional (COR) para la Ciudad de Colón que estará asignado a la Policía Nacional, que posteriormente se ha ido replicando para el Distrito de la Chorrera denominado Centro de Operación Municipal (COM)²³⁰ y en el Distrito de Arraiján como Centro de Videovigilancia Municipal de Arraiján²³¹, lo que indica que el sistema de video vigilancia por nuestros organismos de seguridad se irán ampliando, quedando entonces la interrogante que si siendo el Derecho a la propia imagen un derecho personalísimo si no debe existir previamente una regulación de estos sistemas de captación de imagen a través de una ley marco para todos los estamentos de seguridad pública, a lo que opinamos que aunque actualmente no encontremos una norma como lo hace

²³⁰ Ministerio de Seguridad Pública de la República de Panamá. Inauguran nuevo Centro de Operación Municipal en La Chorrera para reforzar la seguridad, 2021. Recuperado el 30 de septiembre de 2022, desde <https://www.minseg.gob.pa/2021/09/inauguran-nuevo-centro-de-operacion-municipal-en-la-chorrera-para-reforzar-la-seguridad/>.

²³¹ Ministerio de Seguridad Pública de la República de Panamá. Inaugurado centro de videovigilancia en Arraiján, 2022. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, desde <https://www.minseg.gob.pa/2022/09/inaugurado-centro-de-videovigilancia-en-arraijan/>.

España que debe estar expresamente autorizado por ley se debió hacer con el propósito de evitar regulaciones dispersas de las instituciones que no están unificadas bajo un hilo conductor, lo que se traduce a una mayor posibilidad a que se conculquen derechos personalísimos, ya sea el Derecho a la imagen, a la intimidad y cualesquiera otros.

También se comprenden entre las excepciones las que detalla el numeral dos del artículo 8 de la legislación española en mención, que permite el uso de la imagen de una persona en los siguientes casos:

“a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Para Francisco de P. Blasco Gascó los supuestos antes señalados son subsumibles en la colisión con otros derechos y bienes constitucionales porque “se verifica una colisión entre la libertad de información (imagen de cargo público en acto público e imagen accesorio) o de expresión (caricatura) y el derecho a la imagen”²³². Es importante señalar, que la Ley de Responsabilidad Civil para la protección del Derecho a la Vida Privada, El Honor y la Propia Imagen en el Distrito

²³² BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 159.

Federal de México del año 2006 reproduce la legislación española en sus disposiciones relativas a estas excepciones en sus artículos 21 y 27 así:

“Artículo 21.- El derecho a la propia imagen no impedirá:

I. Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público.

II. La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

III. La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”.

“Artículo 27.- No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés público, histórico, científico o cultural”.

En el caso del Código Civil peruano, su artículo 15 establece también excepciones como es el caso que se utilice la imagen y la voz 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, pero todo esto siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponda.

El nuevo Código Civil argentino, vigente desde el 1 de agosto de 2015, en su artículo 53 dispone que no se requiere consentimiento en los casos que la persona participe de actos públicos; que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño

innecesario; que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

Son interesantes las coincidencias de la norma panameña con algunas excepciones establecidas por las legislaciones de otros países para el uso legal la imagen de una persona como su aplicación, pero también lo es valorar la conveniencia de explicitar en nuestro país otras excepciones incorporadas de manera taxativa en regulaciones que desarrollen el tema. Por ello, nos parece importante comentar sobre las excepciones para personaje público o notorio, caricaturas y la imagen accesoria en un suceso o hecho público que norma la legislación de España que repite la mexicana y que de manera similar mencionan los códigos civiles peruano y argentino.

3.1. Personas en cargo público o Profesión notoria

Previamente habíamos tocado el tema de los personajes públicos o famosos en el punto de la titularidad del Derecho a la propia imagen, el cual cede ante ciertas circunstancias, sin que ello signifique atentar contra otros derechos como lo son el honor y la intimidad.

Ocurre que en tales casos, cede el Derecho a la propia imagen por razón de la libertad de información que en nuestro caso se encuentra regulada en nuestra Constitución en el artículo 37, pero no solo es que la persona ocupe un cargo público o sea famosa también se establece que su captación debe ocurrir en un acto público o en lugares abiertos al público. Esto resultaría obvio por razón que esa persona que es un servidor público o es famosa no pierde su derecho la imagen en otras circunstancias y mucho menos pierde su intimidad o en

cualesquiera de los casos, lo que se publique o difunda debe ser con fines noticiosos.

En Panamá los servidores públicos son aquellas personas que perciben una remuneración del Estado, ya sea porque ocupen cargos en alguno de los tres órganos del Estado, en los municipios, entidades autónomas o semiautónomas²³³ e inclusive aquellos particulares que por razones de su cargo manejan fondos públicos²³⁴. Señala Esperanza Gómez Corona que en España la aplicación del concepto de personas en cargo público no sólo alcanza a los que administran el poder público²³⁵ sino también la jurisprudencia ha señalado que se incluye a todas las autoridades y funcionarios públicos²³⁶, lo que coincide con lo que opina Margarita Castilla Barea que la expresión cargo público se entiende en su sentido más amplio²³⁷.

²³³ Cfr. Artículo 299 y siguientes de la Constitución Política de la República de Panamá.

²³⁴ Cfr. Concepto de servidor público definido en el Numeral 103 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, publicada en la G.O. No. 24109.

²³⁵ “Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional, al considerar que la de personaje público es una << categoría que ha de reservarse únicamente a todo aquél que tenga atribuida la administración del poder público >>¹⁶⁵. En ella habría que incluir, como no, a los parlamentarios¹⁶⁶, jueces¹⁶⁷ y magistrados¹⁶⁸”. GÓMEZ CORONA, Esperanza. Op. Cit., página 86.

²³⁶ “Este último ha destacado que << en la categoría de << personajes públicos >>, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública >>. En concreto, se ha considerado como personaje público el cargo de sargento de la policía municipal¹⁷¹, guardia civil¹⁷² y quién tiene encomendada la gestión de un centro penitenciario¹⁷³”. Ídem.

²³⁷ “A nuestro juicio, aunque no abundan las declaraciones judiciales que expliquen los razonamientos que conducen a esta conclusión, la expresión << cargo público >> viene entendiéndose en su más amplio sentido, que es el que engloba a los funcionarios y empleados públicos de todo tipo⁴⁷⁰, al tiempo que se le desvincula del grado de notoriedad que estas personas tengan, de modo que incluso tratándose de individuos absolutamente desconocidos para el público en general – como puede ser la persona que atiende en los mostradores del INEM, un funcionario de correos que reparte cartas, un profesor universitario o un policía de paisano⁴⁷¹ – el mero hecho de ser funcionario o empleado público viene a legitimar la utilización de su imagen siempre que – claro es- ésta se capte en el curso de un acto público o en lugares abiertos al público⁴⁷²”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 257.

En el caso de las personas con una profesión notoria o personas que tengan una proyección pública entendemos que son aquellas personas famosas, populares, que las conoce un público, pudiendo nombrarse como ejemplo a los actores de cine o televisión, modelos, presentadores de televisión, deportistas, cantantes, entre otros, que tienen una importancia pública, pues aquí no tienen cabida las personas anónimas que no tienen trascendencia en la vida pública.

No obstante, en España también ha sido valorada “la relevancia pública sobrevenida” que sería el caso de una persona que adquiere importancia debido a su presencia en algún suceso o hecho destacado o impresionante²³⁸ para la sociedad, motivo por el cual el uso de la imagen podría ser legal. Adicional, la jurisprudencia²³⁹ ha incluido dentro de la proyección pública a las personas famosas por razones de su trascendencia económica que de acuerdo a Castilla Barea no ha tenido repercusión práctica y aquellas personas que adquieren la notoriedad por su relación social, sobre lo que si ha habido pronunciamientos. Dichas sentencias se califican de contradictorias en el caso de relaciones sentimentales, en el sentido que unas veces se ha protegido la imagen de esa persona anónima que se encuentra vinculada a un personaje público²⁴⁰ y en otras

²³⁸ “Las SSTS de 23 de septiembre de 2009 (RJ 2010, 403) y 22 de junio de 2010 (RJ 2010, 4896) ⁵⁰⁵ <<relevancia pública sobrevenidas>>: <<aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de interés, como lo es un procedimiento penal>>”. Ibidem, página 273.

²³⁹ “En ese sentido, la STS de 11 de junio de 2010 (RJ 2010, 2676) afirma abiertamente que <<la referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en un sentido amplio>> puesto que <<la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social>>, enumeración que toma de otras resoluciones anteriores⁵⁰¹ que la rematan con un <<etcétera>> que revela el carácter meramente enunciativo que se atribuye a esta lista de factores”. Ibidem, página 268.

²⁴⁰ “En cuanto al derecho a la imagen estima que no se ha vulnerado el que pudiera tener D. José Ramón ya que se trata de un personaje de proyección pública y en un lugar como es una calle. Pero sí el de Da Ariadna,

ocasiones la desprotege por tener un carácter accesorio²⁴¹, situación que es criticada por la autora Castilla Barea porque contradice la doctrina del propio Tribunal Supremo Español.

Sin embargo, estos últimos casos donde se incluyen otras consideraciones para incluirlas como personas de notoriedad o de proyección pública es importante evaluar hasta qué punto se convierten en un personaje público, pues al momento de calificar que es una persona conocida que concepto será el utilizado para hacerlo y en base a que rangos, pues esa calificación permitirá que se use legalmente su imagen que podrá convertirse en una foto viral en esta nueva sociedad conectada por las redes sociales y el internet.

El otro requisito para legitimar el uso de la imagen, es que sea captada en un acto público o en lugares abiertos al público. El primero se refiere a un evento al que pueden acudir todos los ciudadanos, de manera que cualquiera puede verlo y oírlo, que podría ser una conferencia de prensa, la celebración de un juicio penal, una protesta o cierre de calle, competencias deportivas, entre otros. El segundo representa que las personas pueden entrar a ese lugar sin limitaciones porque no

“que carece en absoluto de la proyección o reconocimiento públicos del que goza (o padece, según los casos) el otro codemandante. **No puede afirmarse que el mero hecho de que una persona mantenga relaciones de cualquier tipo con otra que tenga una proyección pública haga que el derecho a la propia imagen de aquella se difumine o desaparezca.** Ni siquiera la accesoriedad a la que ha hecho referencia la parte apelada justifica la vulneración del derecho a la propia imagen de la Sra. Ariadna”>>. (La negrita es nuestra)”. Ibidem, página 281.

²⁴¹ “La difusión de la presencia de una persona que aparecía con el personaje político afectado tenía carácter accesorio y resultaba necesaria para transmitir la información acerca de la relación existente del ministro con otra persona, **y no podía pasar inadvertido a ésta el interés que para los medios de comunicación constituía la publicación del encuentro vacacional de ambos en Lanzarote,** desde la óptica del conocimiento público de su relación con el ministro, **y los riesgos de difusión mediante su reflejo en imágenes que tal reunión comportaba**>>525. (La negrita es nuestra)”. Extraído del F. Décimo de la STS de 16 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 660). Citado en: Ibidem, página 283.

es un lugar privado²⁴² donde si está restringido el ingreso de las personas en general, pero este término de lugares abiertos al público es el más discutido por razón de la captación de imágenes de personajes públicos como lo son las playas, hoteles u hospitales donde las interpretaciones varían según cada caso.

Adicional a que debe ocurrir entonces la concurrencia de dos elementos para que el uso de la imagen sea legal, primero que la imagen pertenezca a una persona que ocupe un cargo público o que la persona sea conocida por el público y segundo, que se capte en un acto público o lugar abierto al público, en todo caso no se debe perder de vista que ese uso legal es porque tiene un finalidad informativa e interés público.

3.2. El uso de la caricatura

La caricatura es aquel “dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien”²⁴³, cuyo uso es otra de las excepciones establecidas en el derecho comparado cuando la misma consiste en dibujos de personas que en cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública que se publica en los medios de comunicación.

Para que ceda el Derecho a la propia imagen por prevalecer el derecho a la libertad de expresión, el dibujo se tiene que referir a una representación gráfica de una persona que si bien tiene que ser reconocible debe estar su imagen deformada y agrega la norma que debe ser de acuerdo a los usos sociales

²⁴² “En esta definición encajan, entre otros, espacios como el probador de ropa de un establecimiento comercial⁵⁵⁵, el interior de una finca privada⁵⁵⁶, la cubierta de un yate⁵⁵⁷, y los interiores de la celda de una cárcel⁵⁵⁸, de una tienda de campaña⁵⁵⁹, lugares todos que nuestros tribunales han calificado como privados a los efectos del art. 8°.2.a) de la LODH”.Ibidem, página 303.

²⁴³ Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit. Recuperado desde <http://dle.rae.es/?id=7YYwnW1>.

situación que es criticada porque al usarse como criterio para determinar si es legal o no el uso de una imagen de una persona puede variarse de criterio o interpretarla de modo cambiante. No obstante, para Margarita Castilla Barea opina que por la jurisprudencia emitida que protege otros derechos como el honor y a la intimidad, “lo adecuado al uso social será lo que no injuria, difama o desmerece en la consideración pública de que pueda gozar el protagonista de la caricatura”²⁴⁴.

Adicionalmente, la jurisprudencia española ha reconocido que la caricatura no solo debe concebirse como lo define la Real Academia si no que por los usos sociales se amplifica a otros casos como los fotomontajes o composición fotográfica por razón de los avances tecnológicos en las cámaras digitales como los softwares para imágenes²⁴⁵ y que a nuestro criterio esto abre la ventana para que puedan ser usados por cualquier público con su respectiva publicación en internet o redes sociales.

²⁴⁴ CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 345.

²⁴⁵ “En ese sentido, precisa la STS DE 7 DE MARZO DE 2006 (RJ 2006, 1579): <<En cuanto al concepto de “caricatura”, es cierto que su primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, como “dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona”, puede resultar un tanto estrecha, a los efectos de aplicación de la Ley Orgánica 1/82 de acuerdo con la realidad social, si por limitarla a los dibujos se excluyen las composiciones o montajes fotográficos, pues la acelerada expansión de la fotografía digital y de los programas informáticos de tratamiento de la imagen, hasta llegar a su actual divulgación al alcance del gran público, es un factor determinante de que, en el ámbito jurídico, no sean en absoluto descartables las caricaturas mediante composiciones fotográficas... Dicho de otra forma: la facilidad técnica para dañar ilegítimamente el derecho de las personas a su propia imagen, y la correlativa frecuencia con que se produzcan intromisiones en esos mismos derechos, no son factores que por sí mismos puedan legitimar tales intromisiones. Aceptado, pues, que una caricatura puede consistir en un fotomontaje o composición fotográfica, queda por ver, primero, si lo publicado en el presente caso es incardinable en el concepto de caricatura; y segundo, si de serlo quedaría legitimada la caricatura por el uso social, pues nadie discute, sino que lo afirma la propia sentencia recurrida, el carácter de personaje público de la demandante como “persona muy conocida en el ámbito de la llamada prensa rosa o revistas del corazón” (párrafo séptimo del fundamento jurídico quinto)>>”. Ibidem, página 342.

En relación al concepto no restrictivo de lo que debe entenderse por caricatura, José Ramón de Verda y Beamonte opina que es una “representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística” e incluye aquí a las marionetas y cita que en la jurisprudencia francesa se reconoce incorporada además de los fotomontajes a las marionetas que se usan con fines satíricos en los programas de televisión²⁴⁶. También considera que se incluye en esta categoría las imitaciones de personajes públicos con fines humorísticos siempre que no cause confusión, que el público este claro que se trata de una representación con fines de libertad de expresión o artística.

Lo importante para que aplique la excepción es que la caricatura no puede perder su rol en el ejercicio de la libertad de expresión que busca la crítica, la expresión de una opinión, por ello debe existir un interés público por informar y no debe dicha caricatura por la libertad de expresión violar otros derechos como el honor²⁴⁷ ni tampoco puede ser usada para fines comerciales, publicitarios ni mucho menos aplica para hacer satírica, humorismo o crítica social de personas privadas.

3.3. Imagen accesoria como herramienta gráfica

Esta excepción se refiere a cuando se publica información sobre un suceso o acontecimiento público y se utiliza como herramienta gráfica una fotografía o un

²⁴⁶ Véase DE BERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 107.

²⁴⁷ “En este mismo sentido, el TS ha subrayado que: “por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho genero no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla, o dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del TC al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o comic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado animus iocandi se utiliza “utiliza como instrumento de escarnio” (STC 176/1995 [RTC 1995, 176])>>”. PASCUAL MEDRANO, Amelia. Op. Cit., página 150.

vídeo en la que aparece la imagen de una persona que no es la noticia, pero sale como accesoria porque se encontraba en el lugar.

Igual que en las excepciones anteriores el Derecho a la propia imagen cede por razón del derecho a la libertad de información y ocurre porque se toman fotos o vídeos de un hecho donde aparecen personas anónimas que casualmente se encontraban en ese momento allí, ya sea porque estaban o pasaban por una actividad institucional pública, un concierto, un encuentro deportivo, un incendio o un accidente, quedando captada y publicada la imagen como accesoria.

De modo que lo que se permite es que no solo se informe a través de la palabra, ya sea en un medio escrito o audiovisual, sino que también se pueda acompañar de una imagen, pero de manera secundaria, puesto que si bien la misma sirve para explicar también sin ella la noticia puede ser transmitida perfectamente, es decir, la imagen de esa persona que no es pública ni notoria, no puede ser el objeto de la información que se plasma.

De acuerdo a José Ramón De Verda y Beamonte existen tres criterios para determinar el carácter accesorio de la imagen. El primero es el tamaño de la imagen con respecto a cómo aparece publicada o reproducida²⁴⁸ que no puede ser la imagen principal; el segundo criterio es el plano desde el cual se capta la imagen publicada o reproducida que no debe ser la protagonista del reportaje

²⁴⁸ “La STS 20 noviembre 2008 (RJ 2008, 6057) estimó también que no era accesorio la imagen de una persona, publicada en un reportaje periodístico, la cual había sido captada mientras estaba siendo atendida en su casa, por los servicios de urgencia, al haber sufrido un infarto de miocardio. El Tribunal Supremo afirma que <<en el presente caso no se trata de una imagen accesoria de una información gráfica, sino que la imagen que, como principal, acompaña a un reportaje escrito>>; y precisa que <<La imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal>>”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 119.

debe mantener su carácter de accesorio respecto a la noticia²⁴⁹ y el tercero se refiere a que debe ser fugaz la aparición de la imagen²⁵⁰ no repetitiva.

Según Margarita Castilla Barea señala que a pesar que la norma establece dos requisitos expresos para que pueda usarse la imagen legalmente, que es que la información gráfica sea de un suceso o acaecimiento público y que la imagen de la persona aparezca como meramente accesorio, los procesos judiciales se han centrado en la accesoriedad o no, donde no existe un criterio único de interpretación pues del análisis realizado ha separado la jurisprudencia en tres sentidos diversos que lleva a resultados dispares.

El primer criterio que lo denomina la interpretación ortodoxa, que a su criterio es la posición más ajustada y en la que coincide también Esperanza Gómez Corona, la cual ya hemos plasmado para explicar la excepción, consiste en que la imagen de la persona tiene que ser “un elemento accesorio, secundario o incidental dentro

²⁴⁹ “La STS 23 de mayo 2003 (RJ 2003, 3593) estimó existir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, al emitirse en un programa de televisión un vídeo, en el que se grabó la intervención de los bomberos para rescatar a un automovilista accidentado, que había quedado tendido en la calzada y aprisionado por su vehículo en una lenta agonía, que acabaría con su vida, tres días después. ...

El Supremo justifica esta decisión porque << Se trata de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo aparece la parte inferior de una pierna de una persona que se encuentra de pie; en estos planos no parece que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevaba a cabo para liberarle de entre los restos de su automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquiere total protagonismo en la noticia filmada>>; y añade: <<Que tales fotogramas eran parte importante del reportaje, no obstante su corta duración, se pone de manifiesto por el hecho de su repetición en dos momentos distintos, lo que evidencia la importancia que a la situación del accidentado dio el autor del reportaje. No se trata, por tanto, de la reproducción de imagen de una persona de carácter accesorio a una noticia principal, sino objeto principal de la noticia, junto con la actuación de quienes prestaban su auxilio al accidentado en aquellos momentos>>”. Ídem.

²⁵⁰ “La STS 15 de julio 2005 (RJ 2005, 9239) consideró legítimo que en un programa de televisión, destinado a hacer reflexionar a los telespectadores sobre los riesgos de la circulación y a realizar una llamada a la prudencia de los conductores, se incluyera una imagen, en la que se podía observar nítidamente el cuerpo inerte de una persona fallecida en un accidente de un camión... En la resolución del caso se tuvo en cuenta la circunstancia de que el rostro del fallecido sólo había aparecido de modo fugaz y que no había sido visto con nitidez. El Supremo dice, así, que <<las imágenes en cuestión no sólo son fugaces, sino que representan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse>>. Ibidem, página 120.

del contexto de fonograma que la reproduce y prescindiendo de la importancia de dicho fotograma pueda a su vez tener en relación con el resto del reportaje o noticia en que se inserta o respecto del cuerpo de texto escrito a que pueda adosarse o acompañar”²⁵¹. En este criterio la imagen no puede ser el elemento principal²⁵² y el operador de justicia lo que debe valorar en el fonograma²⁵³ es si dicha imagen es o no accesorio.

El segundo criterio de interpretación por las sentencias españolas y que también tiene se aplica en múltiples sentencias como la primera, consiste en que lo accesorio es el fonograma con respecto a la información, en consecuencia, no se valora si la imagen de la persona es accesorio o no²⁵⁴. Dice la autora que esta posición es frágil, pero que la fórmula del numeral del artículo 8 de la Ley Orgánica no especifica si la accesoriedad es de la imagen de la persona con respecto a la información gráfica (primer criterio) o si la información gráfica que contiene la imagen de una persona sirve de accesorio a la palabra escrita.

²⁵¹ Castilla Barea, Margarita. Op. Cit., página 353.

²⁵² “En ese sentido, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado que <<imagen accesorio es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal>>”. Cfr. SSTs de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6932) y STS de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009, 2788), F. Segundo”. Citado en: Ibidem, página 354.

²⁵³ Margarita Castilla Barea utiliza la palabra fotograma para ampliar el contexto de información gráfica para referirse a cualquier medio a través del cual se capte la imagen, ya sean cámaras fotográficas, videos, cine, celulares u otros.

²⁵⁴ “Así ocurre en la STC 72/2007, de 16 de abril (RTC 2007, 72)... Esta decisión es recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional que confirma los postulados del Tribunal Supremo, estableciendo en relación con la accesoriedad – que ahora nos ocupa- lo siguiente: << ...resulta asimismo incuestionable que la información que se transmite por el periódico es veraz y tiene evidente trascendencia pública. Además, **la fotografía en cuestión** (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) **tiene carácter accesorio respecto de la información publicada** y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber, como igualmente se explica en la Sentencia impugnada, por lo que tampoco resulta irrazonable concluir que concurre el supuesto el supuesto previsto en el primer inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo>>. (F. 5. La negrita es nuestra)”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 363.

Y la tercera interpretación, que es la menos certera con relación al texto de la excepción señalada en la norma española, se refiere a que en el fotograma aparece una persona cuya imagen es accesoria de otra que también aparece en el mismo plano, esto para justificar la publicación de fotos de personajes públicos o famosos y así no se invoque la ilegalidad del Derecho a la propia imagen por parte de la persona privada que aparece como accesoria con relación a la persona que si es pública o famosa²⁵⁵. Con este criterio el operador amplía el sentido de la norma, desprotegiendo a la persona privada y envía un mensaje que si te relacionas con personaje público o famoso tu derecho también cede, es decir, corres la misma suerte de dicho personaje no importa si se está invadiendo la privacidad.

Con el segundo y tercer criterio se permite la apertura de más supuestos en los que puede ceder el Derecho a la propia imagen, por lo que de implementarse una disposición similar en Panamá deberá especificarse a que se refiere esa accesoriedad y que al igual que a la posición de ambas autoras, nos inclinamos hacia la primera postura siendo cada caso objeto de valoración por parte del operador de justicia y como en los otros casos esta excepción no permite su uso para fines comerciales, publicitarios ni similares.

²⁵⁵ “La difusión de **la presencia de una persona que aparecía con el personaje político afectado tenía carácter accesorio** y resultaba necesaria para transmitir **la información acerca de la relación existente del ministro con otra persona, y no podía pasar inadvertido a ésta el interés que para los medios de comunicación constituía la publicación del encuentro vacacional de ambos** en Lanzarote, desde la óptica del conocimiento público de su relación con el ministro, **y los riesgos de difusión mediante su reflejo en imágenes que tal reunión comportaba.**>> (F. Décimo. La negrita es nuestra)”. SSTs de 16 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 660). Citado en: Ibidem, página 369.

D. El Uso de la Imagen sin el consentimiento del titular y las Vías de Protección

La protección del Derecho a la propia imagen permite que en casos concretos en los que las disposiciones legales así lo expresan, que la imagen de una persona si se pueda usar sin el consentimiento del titular, pero que como señalamos en el punto anterior tiene que ser con fines noticiosos, de interés público o cultural en el caso de la normativa panameña. No obstante, la regla general es que la imagen de una persona sólo puede ser utilizada cuando así ésta lo autorice por medio de la facultad del consentimiento, de lo contrario no puede ser reproducida aunque se haya captado en un lugar público.

De forma que si una imagen es reproducida públicamente sin la autorización del titular ni se encuentra contemplada dentro de las excepciones establecidas en la norma, nos encontramos ante un uso ilegal de la misma. El uso no consentido de la imagen conlleva a la violación del Derecho a la propia imagen, la cual se encuentra protegida en el artículo 577 del Código de la Familia.

Así, la norma distingue entre uso permitido por la ley o por consentimiento del titular y el uso no consentido, mientras que en el caso de España se distingue entre intromisiones legítimas o ilegítimas, incluyendo en las primeras las expresamente autorizadas por ley o por el consentimiento expreso del titular mientras que la segundas se encuentran enumeradas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La legislación española describe varias modalidades de intromisiones ilegítimas que la propia jurisprudencia ha señalado que no constituyen *numerus clausus*²⁵⁶ y de las cuales solo dos de ellas corresponden al Derecho a la propia imagen, por lo que según cada caso concreto el juez valorara si es o no una lesión ha dicho derecho. En el caso de los dos supuestos enumerados en dicha norma que corresponden al derecho a la imagen de una persona, en España la intromisión ilegítima ocurriría si:

“5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una de persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.”²⁵⁷

Como hemos comentado previamente, el texto de la legislación española es mucho más amplio porque desde la acción de capturar la imagen es considerada ilegal, adicional a que incorpora otros elementos vinculados a la imagen como lo son el nombre y la voz como elementos que también son protegidos por la norma. De esta forma, este derecho que es protegido en el texto constitucional español y desarrollado por ley, establece la tutela del derecho de la persona lesionada por la vía del amparo constitucional o por las vías ordinarias en caso de ocurrir alguna intromisión ilegítima por la vía penal en caso de estar tipificado o por la vía civil por medio de la ley orgánica que así lo ha regulado.

²⁵⁶ Se refiere a la STS núm. 799/2004 de 19 de julio, FJ 4º (RJ 2004, 4869) al señalar que “Por otra parte hay que hacer constar que los supuestos de intromisión ilegítima del artículo 7º de la LO 1/1982 no constituyen <<numerus clausus>> en cuanto que caben otras hipótesis que, aunque no previstas, guarden una cierta homogeneidad con aquellas”. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. Op. Cit., página 94.

²⁵⁷ Numerales 5 y 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho de Honor, a la intimidad personal y la propia imagen de España.

Sin embargo, por los avances tecnológicos que simplifican la captación o grabación de la imagen de las personas, así como su fácil publicación por las redes sociales y su almacenamiento, hace que no solamente la protección se dé a través de las instancias judiciales ya mencionadas, sino que también aparezca en el escenario la administración pública como garantista de estos derechos.

1. Vías de Protección por el uso no consentido de la imagen

En Panamá nos encontramos que la protección del Derecho a la propia imagen se encuentra incorporada de manera expresa como un derecho familiar personalísimo en el Código de la Familia, no contamos con la tutela de manera taxativa en nuestra carta magna ni una ley que lo desarrolle de manera específica, por lo que en caso de reclamaciones podrá ventilarse en los juzgados especializados de familia, en los especializados de comercio para casos de derecho de autor y derechos conexos, en el Tribunal Electoral en el caso de temas electorales o recurrir en la vía ordinaria para solicitar la responsabilidad civil o penal, según sea el caso.

A pesar de encontrarnos con la ausencia del reconocimiento en el texto constitucional, en caso de ocurrir vulneraciones a este derecho de acuerdo a cada caso concreto se puede solicitar la protección, ya sea la vía penal, civil o administrativa.

1.1. Protección administrativa del Derecho a la Propia Imagen

La nueva forma de comunicarnos a través de internet, especialmente a través de las redes sociales, permite la publicación y difusión de imágenes de manera rápida y fácil con ayuda de la tecnología que cada día es más asequible para captarlas,

por lo que se requiere que a la par de las acostumbradas vías de protección se fortalezca con la intervención de la administración pública, desde un rol preventivo²⁵⁸ que a su vez permita que se puedan resolver conflictos de menor cuantía de forma más rápida sin tener que acudir a las vías tradicionales.

El desarrollo de normas para la actuación por la vía administrativa para proteger al Derecho a la propia imagen ha sido escaso por lo que no la vamos a encontrar regulaciones destinadas específicamente al Derecho a la propia imagen sino a través de otros cuerpos legales. Así encontramos que con respecto a la protección de los menores de edad en el Código de Familia aprobado en 1994 se disponen faltas en el caso que se utilice fotografías, películas pornográficas o para prostitución, propaganda o publicidad no apropiada para su edad porque es considerado maltrato, así como la prohibición de utilizarlos para películas, mensajes comerciales de cine, televisión, radio y en publicaciones de cualquier índole que atente contra la dignidad y moral del menor.

En la actualidad, la vía de protección administrativa de la imagen de una persona la encontramos en el derecho de protección de datos personales, que ha tenido un gran desarrollo en los últimos años y su reconocimiento ha llegado a convertirlo en un derecho fundamental, tal es el caso de Panamá que lo ha incorporado desde el año 2004 en el artículo 42 de nuestra Carta Magna. Dicha norma constitucional

²⁵⁸ “Aparte de los instrumentos de carácter represivo, es necesaria también una intervención preventiva que incluya medidas de suministro de información a los ciudadanos, de regulación de las cuestiones más problemáticas o la existencia de vías de resolución de conflicto poco onerosos y que permitan solucionar de forma rápida y eficaz las vulneraciones de este derecho”. REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. La Tutela Administrativa del Derecho a la Propia Imagen, en particular en las redes sociales”. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 366.

contempla que la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, solo puede ser recolectada mediante el consentimiento del titular o por autoridad competente con fundamento en la ley.

Recientemente fue aprobada la Ley 81 de 26 de marzo de 2019 denominada “Sobre Protección de Datos Personales” que define como dato personal “cualquier información concerniente a personas naturales, que las identifica o las hace identificables”, con lo que la imagen de una persona que sea identificable que se encuentre en una base de datos constituye un dato personal. Adicional reconoce la existencia del dato sensible²⁵⁹ como aquellos de la esfera íntima, enunciándose por ejemplo el origen racial o étnico, la religión, opiniones políticas, datos de salud o preferencia sexual, entre otros, por lo que una imagen de una persona podría ser un dato sensible.

Frente al tratamiento de datos²⁶⁰ personales que se almacenen en bases de datos públicas o privadas, la norma reconoce derechos a los titulares. Para cualquier tratamiento de datos personales se requiere el consentimiento²⁶¹ previo de la

²⁵⁹ “Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, los términos siguientes se entenderán así:

1. ...

11. Dato sensible: Aquel que se refiera a la esfera íntima de su titular, o cuya utilización indebida puedan dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico; creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical; opiniones políticas; datos relativos a la salud; a la vida, preferencia u orientación sexual, datos genéticos o datos biométricos, entre otros, sujetos a regulación, dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona natural”.

²⁶⁰ “Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, los términos siguientes se entenderán así:

1. ...

20. Tratamiento de datos. Cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permita recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, asociar, disociar, comunicar, ceder, intercambiar, transferir, transmitir o cancelar datos, o utilizarlos en cualquier otra forma”.

²⁶¹ ““Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, los términos siguientes se entenderán así:

1. ...

persona, a menos que sea parte de una obligación legal o contractual o porque está autorizado por ley. Al titular se le debe informar el objeto del uso de sus datos personales, dejarlo documentado y en el caso que los datos personales sean considerados sensibles de salud, el consentimiento debe ser además irrefutable y expreso. En cualesquiera de los casos, dicho consentimiento puede ser objeto de revocación sin efecto retroactivo.

Si bien la regla general es manifestar la aceptación previa para el uso de los datos personales, la norma enumera ocho excepciones entre las que se destacan las que sean autorizadas por ley, las recolectadas por la administración pública, las de urgencia médica o sanitaria, las de carácter financiero, bancario o comercial, las que ya son fuente de dominio público, entre otras²⁶².

4. Consentimiento. Manifestación de la voluntad del titular de los datos, mediante la cual se efectúa el tratamiento de estos”.

²⁶² “Artículo 8. No se requiere autorización para el tratamiento de datos personales en los casos siguientes:

1. Los que provengan o que se recolecten de fuentes de dominio público o accesible en medios públicos.
2. Los que se recolecten dentro del ejercicio de las funciones propias de la Administración Pública en el ámbito de sus competencias.
3. Cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que cuenten con el consentimiento previo.
4. Los que se contengan en listas relativas a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes, como la pertenencia de la persona natural a una organización, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento.
5. Los que son necesarios dentro de una relación comercial establecida, ya sea para la atención directa, comercialización o venta de los bienes o servicios pactados.
6. El tratamiento de datos personales que realicen organizaciones privadas, para el uso exclusivo de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.
7. Los casos de urgencia médica o sanitaria.
8. Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos.
9. El tratamiento que sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un menor de edad o una persona con discapacidad.”

Adicional a la manifestación de voluntad, a los titulares se le reconocen los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición²⁶³ de los datos personales, los cuales son irrenunciables, salvo los casos dispuestos por ley, y no pueden ser objeto de limitación por acto o convenio entre partes, en cuyo caso se declarará nulo el acto de limitación. También se reconoce el bloqueo de datos cuando no procede la cancelación, el cual funciona como una restricción temporal para el acceso a terceros o para evitar su uso en otros fines que no hayan sido los expresamente autorizados, esto debido a que no puede ser establecido la exactitud de los datos o porque su vigencia es dudosa, para lo cual la autoridad competente deberá determinar la inexactitud.

La solicitud de información, modificación, bloqueo o la eliminación de los datos personales es de carácter gratuito y se establecen términos, como es el caso de la solicitud de información que debe ser entregada en un plazo no mayor de diez

²⁶³ “Artículo 15. Se reconocen como derechos irrenunciables básicos los derechos que tienen los titulares de datos personales, sin perjuicio de cualquier otro derecho reconocido en esta Ley:

1. Derecho de acceso: permite al titular obtener sus datos personales que se encuentren almacenados o sujetos a tratamiento en bases de datos de instituciones públicas o privadas, además de conocer el origen y la finalidad para los cuales han sido recabados.

2. Derecho de rectificación: permite al titular solicitar la corrección de sus datos personales que sean incorrectos, irrelevantes, incompletos, desfasados, inexactos, falsos o impertinentes.

3. Derecho de cancelación: permite al titular solicitar la eliminación de sus datos personales incorrectos, irrelevantes, incompletos, desfasados, inexactos, falsos o impertinentes.

4. Derecho de oposición: permite al titular, por motivos fundados y legítimos relacionados a una situación en particular, negarse a proporcionar sus datos personales o a que sean objeto de determinados tratamientos, así como a revocar su consentimiento

5. Derecho de portabilidad: derecho a obtener una copia de los datos personales de manera estructurada, en un formato genérico y de uso común, que permita ser operado por distintos sistemas y/o transmitirlos a otro responsable, cuando:

a. El titular haya entregado sus datos directamente al responsable.

b. Sea un volumen relevante de datos, tratados de forma automatizada.

c. El titular haya dado su consentimiento para el tratamiento o se requiera para la ejecución o el cumplimiento de un contrato.

En todo momento, el titular de los datos personales podrá ejercer estos derechos, los cuales son irrenunciables, salvo las excepciones establecidas en leyes especiales”.

días hábiles y en el caso de modificaciones el término es de cinco días hábiles. De no darse respuesta a la solicitud del titular del dato, éste puede recurrir ante la autoridad nombrada para la fiscalización y supervisión que es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI). De esta forma la ANTAI tiene la competencia para conocer de las quejas o denuncias relacionadas con controversias que surjan por razón del ejercicio de los derechos reconocidos a los titulares. En consecuencia, la ANTAI puede solicitar la información y efectuar verificaciones con el propósito de realizar las investigaciones administrativas relacionadas.

Esta ley le otorga a la ANTAI la potestad de sancionar a todo responsable del tratamiento de los datos personales, así como también al custodio de la base de datos, que por razón de la investigación de las quejas o denuncias que se le presenten, y se les compruebe que han infringido los derechos del titular de los datos personales. El procedimiento, los montos de las sanciones, las infracciones y la imposición de las sanciones se encuentran regulados en el Capítulo V “Responsabilidad por las Infracciones y en el Capítulo VI “Infracciones y Sanciones”. Todo esto sin perjuicio de la indemnización por el daño patrimonial y/o moral que se cause por el tratamiento indebido de los datos que lleva al lesionado a la vía civil.

Esta nueva ley entró en vigencia dos años después de su promulgación en el año 2021 y fue reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021, por lo que no puede reflexionarse sobre cómo han sido los pronunciamientos relacionados con procesos administrativos vinculados con la

imagen de una persona. Sin embargo, para este trabajo es importante hacer mención al único pronunciamiento realizado a la fecha y que incluye la imagen de una persona. Se trata de la Opinión de Oficio No. 02-2022 de 27 de mayo de 2022 publicada en la Gaceta Oficial No. 29551 de 6 de junio de 2022 por la cual se pronuncia sobre la ilicitud de la captación de imágenes de cualquier documento de identidad personal, a través de cualquier medio, sin el consentimiento previo de su titular, específicamente la captación de la imagen de cédulas de identificación como forma de identificar e inclusive como condición o requisito indispensable para el acceso a inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal, instituciones, empresas privadas y domicilios personales o laborales en general. En dicha opinión de oficio de la ANTAI, luego de varias consideraciones señala que la captación de cualquier documento de identidad personal requiere el consentimiento previo del titular, que en caso de ser menores de edad o personas con discapacidad se requiere el consentimiento del acudiente, tutor o quien ejerza la guarda y crianza o tutela. Que en el caso que el titular consienta en la captación de su cédula, debe entregársele toda la información contenida en el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No.285 de 2021 como lo es el responsable, la finalidad, el destinatario de los datos captados, plazo de conservación de los datos y la forma en que puede ejercer sus derechos. En caso de no autorizar la captación, debe contarse con un medio alternativo para la toma de los datos personales como el libro de registro manual o computarizado para que provea los datos, lo que no debe ser motivo para negar el ingreso. Cierra la opinión señalando que es de carácter vinculante y de aplicación general a partir de su promulgación.

Si bien es importante la anterior opinión porque incluye la imagen de una persona, es necesario hacer referencia al rol que ha desempeñado en España la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que conoce de las reclamaciones en caso de vulneraciones de los titulares de datos personales, queriendo destacar las facultades que tiene para dictar instrucciones (normas) sobre la materia, así como la de emitir opiniones donde ha considerado, a través de informes que absuelven consultas, que la imagen constituye un dato personal cuando la persona es identificable²⁶⁴.

Esta agencia emitió la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de video vigilancia a través de sistemas de cámara o videocámaras cuyo contenido es importante para el tema de la protección de las imágenes de personas físicas o identificables que se obtienen a través de estos sistemas. En la misma se señala en su artículo 1 que su objeto comprende “la grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas”²⁶⁵. El instructivo remite a las reglas del consentimiento del artículo 6²⁶⁶ de la Ley Orgánica de protección

²⁶⁴ “La consulta plantea diversas dudas respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), a la actuación de unos particulares que comparten, utilizando para ello sus páginas web, fotos de sus hijos realizando actividades extraescolares...”

En consecuencia, las imágenes a las que se refiere la consulta tendrán la consideración de datos de carácter personal en caso que las mismas permitan la identificación de las personas que en ellas aparecen, no encontrándose amparadas por la LOPD en caso contrario...”. Informe 0615/2018 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos. Recuperado de <https://docplayer.es/10122480-Gabinete-juridico-informe-0615-2008.html>.

²⁶⁵ Véase el artículo de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648>

²⁶⁶ “Artículo 6. Consentimiento del afectado.

de datos española, lo que resulta confuso según opina Inmaculada Revuelta Pérez²⁶⁷ porque posteriormente señala que deberán tener a disposición del público información relativa a la información exigida por el artículo 5²⁶⁸ de la Ley Orgánica y colocar un distintivo en lugar visible señalando que es una zona video vigilada²⁶⁹, tanto en espacios abiertos como cerrados, por lo que no se requiere solicitar el consentimiento previo de las personas para ser filmadas por estos sistemas. Sin embargo, si las imágenes que son filmadas por los sistemas de video vigilancia se transmiten en tiempo real por internet tiene que obtenerse

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado...”. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750.

²⁶⁷ “La regulación del consentimiento en la Instrucción 1/2006 resulta confusa. La lectura del artículo 2 lleva a entender que existen dos posibilidades alternativas. De una parte, la obtención del consentimiento de todos y cada uno de los que transitan por los lugares afectados por las cámaras. De otra parte, limitarse a cumplir los requisitos que la legislación sectorial establece para que el tratamiento sea legítimo”. REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. Op. Cit., página 377.

²⁶⁸ “Artículo 5. Derecho de información en la recogida de datos.

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750.

²⁶⁹ Además de decir que es una zona de videovigilancia, dicho distintivo debe informar el responsable y dirección, donde puede ejercitar los derechos de protección de datos y dónde obtener más información, con los nuevos ajustes acordes al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea de 2016.

previamente el consentimiento²⁷⁰, así como las grabaciones que se realicen con fines comerciales.

Adicional al derecho a ser informado, el instructivo remite a la Ley Orgánica para el tema de los derechos de las personas con respecto a su imagen, resaltando el derecho de acceso mediante escrito, que en caso ser negada la solicitud puede reclamar la tutela ante el Director de la Agencia (AEPD), y también se enfatiza en la cancelación que se refiere al plazo de un mes para conservar las imágenes en estos sistemas, pues otros derechos a los que se refiere la ley no resulta posible su ejercicio o aplicación en el caso específico de la videovigilancia. Esta instrucción excluye las imágenes del ámbito personal y doméstico²⁷¹, así como las obtenidas por los sistemas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por las disposiciones que regulan la materia.

La Agencia (AEPD) publicó una nueva versión más completa en el mes de mayo de 2018 denominada “Guía sobre el Uso de Videocámaras para Seguridad y Otras Finalidades”²⁷² producto de la nueva reglamentación de la ley de protección de

²⁷⁰ “La AEDP exige el consentimiento previo para la captación de imágenes mediante cámaras de videovigilancia privada en caso de difusión de las mismas por Internet. Según la AEPD: <<La captación de imágenes de las personas que se encuentran en el establecimiento comercial, constituyen datos de carácter personal, y su difusión a través de web, accesible para cualquier usuario de Internet, se encuentra sometida al consentimiento de sus titulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD. No consta que Comutel SA, tuviese el consentimiento, de los clientes o terceros que entraran en el establecimiento, para que sus imágenes fuesen difundidas en redes de comunicación telemática. Tampoco se ha producido ninguna excepción del consentimiento exigido, según las excepciones previstas en el transcrito artículo 6.2 de la LOPD. En conclusión, la actuación de Comutel SA, consistente en la captación de imágenes del interior del establecimiento y su transmisión a la web, requiere el consentimiento de los afectados, que no consta que Comutel SA, salvo de sus trabajadores, haya recabado, por lo que incumplido el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD>>”. REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. Op. Cit., página 378.

²⁷¹ Se refiere aquella imagen realizada por una persona en el ámbito privado o familiar.

²⁷² Véase la guía en <https://www.aepd.es/media/guias/guia-videovigilancia.pdf>.

datos que se ajusta a las normas generales para la Unión Europea²⁷³. En dicha guía recoge en un solo documento varias publicaciones previas que en una primera parte agrupa todo lo concerniente al uso de las videocámaras con fines de seguridad²⁷⁴ y en la segunda parte, incluye las filmaciones que se usan con otras finalidades e incluye las tecnologías emergentes como los drones²⁷⁵, situaciones para las cuales aplica las disposiciones de protección de datos en caso de la imagen de una persona.

En la parte final de la guía se hace una lista más completa de los supuestos donde no aplica las normas de protección de datos como lo son el ámbito personal y doméstico, las que realizan los medios de comunicación, el uso de cámaras simuladas y las que se usen con fines de promoción turística.

1.2. Protección penal del Derecho a la Propia Imagen

En este punto es importante referirse a la protección que se le da a la imagen del menor a través del delito de la explotación sexual comercial y otras conductas que en el artículo 184 de nuestro Código Penal se refiere a la producción, comercio, publicidad, publicación, difusión y distribución de material pornográfico con

²⁷³ Real Decreto – ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. Recuperado el 14 de septiembre de 2018, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10751>.

²⁷⁴ Infraestructuras críticas (Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la Protección de las Infraestructuras Críticas), espectáculos deportivos (Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte), entidades financieras, joyerías, platerías, galerías de arte y tiendas de antigüedad, grabaciones por detectives privados, comunidades de propietarios, viviendas unifamiliares, plazas de garajes, servidumbre de paso, videoporteros, mirillas digitales, entornos escolares, zonas de baño.

²⁷⁵ En la parte de tratamiento de imágenes con fines diferentes a la seguridad se incluyen las de control de tráfico y acceso a zonas restringidas, centros educativos por eventos, sanidad y centros de asistencia, investigación científica, grabaciones de órganos colegiados de las administraciones públicas, asambleas de propietarios, asociaciones o sociedades mercantiles, e incluye las tecnologías emergentes (cámaras on board, drones).

menores de edad por internet o por cualquier medio de comunicación o información, que al referirse a la imagen del menor o menores señala que esta puede ser real o imágenes virtuales producto de la fabricación tecnológica. Así como también se tipifica la posesión de pornografía de menores de edad para su propio uso en el artículo 185, que puede ser la imagen real o simulada del menor, donde basta sólo con tener una imagen para que se configure el delito.

Previamente en la autonomía del Derecho a la propia imagen mencionábamos que al momento de lesionarse este derecho se podía estar dando al mismo tiempo una afectación a otros derechos como el derecho al honor y/o al derecho a la intimidad, ya sea porque se ofende el buen nombre o si dicha imagen representa la vida privada de la persona. Pudiendo ocurrir una lesión de la imagen y el honor; imagen e intimidad o imagen, honor e intimidad.

En el Código Penal no encontramos ningún artículo que proteja de manera específica el bien jurídico de la imagen de una persona. A diferencia del Derecho a la propia imagen, el Derecho al honor y el Derecho a la intimidad si se encuentran protegidos en el Libro Segundo del Código Penal, por lo que si se utiliza la imagen de una persona que a su vez vulnere el derecho al honor o a la privacidad, puede recurrirse por medio de la vía penal.

El delito contra el honor de la persona natural se encuentra en los artículos 193 a 199 del Código Penal, el cual establece como agravante si se comete a través de un medio de comunicación social oral o escrito o utilizando un sistema informático, de forma tal que si se utiliza la imagen de una persona que a su vez le ofende su

dignidad, honra o decoro puede dicha persona vulnerada denunciar el delito de injuria.

Asimismo, puede denunciarse la violación al derecho a la intimidad cuando se haya utilizado la imagen de la persona que a su vez lesiona su privacidad, lo que se encuentra tipificado en los artículos 164 a 168 en el capítulo denominado de los delitos contra la inviolabilidad del secreto y el derecho a la intimidad. En ese sentido, si una persona posee imágenes de otra y las publica con fines publicitarios sin su autorización, esta vulneración estaría protegida por el artículo 166 que establece que aunque una persona posea legítimamente correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal que no están destinados a la publicidad y los haga público sin ser debidamente autorizado y de ello resulta un perjuicio se considera delito.

En ambos delitos se permite el archivo del delito, siempre y cuando la víctima consienta en la retracción pública en el caso del honor o medie el perdón en el caso de la intimidad. Por otro lado, estos delitos tienen algunas excepciones, tal es el caso de la divulgación de documentos que se posean legítimamente y sean indispensable para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes aun cuando no se cuente con la debida autorización, así como en caso que se cuente con la autorización de la autoridad judicial para realizar para realizar las interceptaciones. Mientras que no se constituye un delito contra el honor las discusiones, críticas y opiniones sobre actos u omisiones oficiales de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones, así como la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional.

En el ámbito penal tenemos que para que el uso no consentido de una imagen sea objeto de protección tiene que ser el medio por el cual se vulneran otros derechos como lo son la intimidad y el honor de una persona. En España tampoco se encuentra tipificado como un delito y su protección en el Código Penal la encontramos también en otros derechos, especialmente desde el artículo 197²⁷⁶ que menciona taxativamente la imagen y que protege el derecho a la intimidad. Inicialmente con la propuesta de la Ley Orgánica 1/1982 se proponía tipificarlo, pero por decisión legislativa no se incluye como un delito y se deja que la tutela la realice la legislación civil²⁷⁷.

1.3. Protección civil del Derecho a la Propia Imagen

En el caso de la legislación panameña y a lo previsto en el artículo 577 del Código de la Familia, si es publicada la imagen sin el consentimiento del titular, la persona afectada puede acudir ante la jurisdicción especial de familia a solicitar la protección de la imagen, señalándose en el artículo 578 que la persona que lo realice pudiendo causar perjuicios u ocasionar graves molestias puede ser

²⁷⁶ “En concreto el art. 197.1 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, al que <<para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación>>”. COLÁS TURÉGANO, Asunción. El Derecho a la Propia Imagen como objeto de protección por el Derecho Penal (Análisis del Bien Jurídico y las conductas previstas en el art. 197.1 CP). Dentro de la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No. 9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Aranzadi, 2011, página 301.

²⁷⁷ “Por ello fue bienvenida en la doctrina a la decisión legislativa de no incluir un delito particular para la tutela del derecho a la propia imagen, intento que se plasmó en el art. 193 del proyecto de CP/1994, especialmente criticado en el Informe al mismo elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (cuyo ponente fue el profesor Vives Antón) al considerar que el precepto en cuestión recogía un tipo abierto e indeterminado, contrario a los principios de intervención mínima y taxatividad, que en la práctica iba a plantear importantes problemas de delimitación con la tutela que al derecho a la propia se dispensa en la legislación civil, lo que lo hacía políticamente criminalmente desaconsejable”. COLÁS TURÉGANO, Asunción. Op. Cit., página 303.

sancionado siempre que no sea injurioso o calumnioso. Asimismo, se dispone que tal sanción no excluye la responsabilidad civil que pueda recaer sobre quien realizó las divulgaciones, no teniendo la jurisdicción especial de familia competencia para de este tipo de demandas.

En el caso que una persona considere vulnerado su derecho por la publicación de su imagen y quiera solicitar la indemnización por daños y perjuicios, tendría que acudir a la vía civil. Es competencia de los tribunales civiles ordinarios conocer las demandas por responsabilidad civil donde se solicita una indemnización por daño y perjuicio moral (1644 A Código Civil).

En Panamá no contamos con una legislación especial o normas en el Código Civil que protejan que regulen la protección civil del Derecho a la propia imagen, por lo que se aplicarían las reglas de responsabilidad civil extracontractual por las publicaciones realizadas sin consentimiento del titular.

Capítulo III

La Tutela del Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil

A. Efectos Jurídicos por la Vulneración del Derecho a la Propia Imagen

En la actualidad ante el uso no consentido de la propia imagen, la persona que considere que su derecho ha sido vulnerado puede tener acceso a la tutela del mismo a través de la vía administrativa, penal y civil, pero dependerá de cada caso en concreto la vía que puede utilizarse en vista que no contamos con una ley marco o disposiciones en nuestro Código Civil que regulen de manera específica la protección civil del Derecho a la propia imagen.

Aquella persona que no solo quiere solicitar la protección de su imagen al amparo de lo previsto en el 577 del Código de la Familia, sino que también quiere reclamar otras medidas, ante la ausencia de disposiciones que le otorguen una protección especial al Derecho a la propia imagen como lo hace por ejemplo la legislación española, solo le queda el camino de la vía ordinaria para reclamar la responsabilidad civil donde se aplican las reglas generales de nuestro Código Civil.

La existencia de una normativa para la protección civil permitiría establecer medidas de tutela ante la vulneración que no únicamente contemplen la acción indemnizatoria sino también regular todos los posibles aspectos para la garantía de ese derecho personalísimo. Es que al revisar la experiencia que han tenido otros países, encontramos por ejemplo que para el nacimiento de la responsabilidad civil por el uso no consentido de la imagen de una persona para

la presunción del daño basta con sólo demostrar su uso no autorizado, como detallaremos a continuación.

1. Acciones por la Vulneración en el Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil

Siempre se piensa que exigir la responsabilidad civil es la opción más adecuada ante la vulneración de un derecho y por ello, la acción indemnizatoria es la más ejercitada en la práctica; no obstante, la protección civil del Derecho a la propia imagen va más allá pudiendo abarcar otras medidas.

Ante la vulneración del Derecho a la propia imagen existen varias medidas que pueden ser reguladas como las tendientes a prevenir, evitar o detener la lesión de dicho derecho y aquellas acciones que busquen la reparación del daño.

1.1. Medidas Generales

El artículo 577 del Código de la Familia reconoce el derecho exclusivo sobre la propia imagen de cualquier persona, pero no establece mecanismos de protección ante la reproducción pública de la imagen sin el consentimiento del titular y ni siquiera es mencionada como una de las competencias que tienen los juzgados de familia para atender la vulneración de este derecho, por lo que para estos casos habría que invocar el numeral 8 del artículo 752 del Código de la Familia que les permite conocer “de los negocios de familia que no estén atribuidos expresamente por la ley a otra autoridad”.

Seguidamente, en el último párrafo del artículo 578, que trata sobre el ámbito del derecho a la intimidad más que al Derecho a la propia imagen, se establece que la sanción que pueda recaer sobre quien sin permiso divulgue hechos de la vida

privada, personal o familiar de una persona, que sin ser calumniosos o injuriosos puedan causarle perjuicios u ocasionarles graves molestias a ésta, dicha sanción no excluye la responsabilidad civil que pueda recaer sobre el infractor, de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Por consiguiente, quien pretenda el resarcimiento queda fuera de la competencia de los juzgados de familia y será remitido el caso a los juzgados civiles ordinarios, posición que ya han adoptado nuestros operadores de justicia la cual revisaremos más adelante con la jurisprudencia nacional.

Contrario a lo que ocurre en Panamá, en la legislación española existe una regulación para la protección civil del Derecho a la propia imagen que desarrolla la tutela judicial frente al uso no autorizado de una imagen, donde de manera general la protege con la adopción de cualquier medida necesaria para poner fin al uso indebido y adicional enumera medidas que abordan desde la prevención, evitar el daño hasta el resarcimiento del mismo. Esas medidas señaladas en el numeral 2 del artículo 9²⁷⁸ de la Ley Orgánica 1/82 son: a) restablecer el pleno disfrute de sus derechos al perjudicado; b) prevenir intromisiones inminentes o ulteriores; c) indemnización de daños y perjuicios; d) el perjudicado puede apropiarse del lucro obtenido por el uso no consentido de sus derechos; todas ellas se extenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

²⁷⁸ El artículo 9 fue modificado en el año 2010 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España, al incluir en sus disposiciones finales modificación a dicho artículo.

Entre las primeras medidas encontramos que se busca el cese inmediato del uso no consentido de la imagen, prevenir o impedir intromisiones inminentes o ulteriores lo que implica el uso de medidas cautelares²⁷⁹, mientras que las otras buscan resarcir a la persona que haya resultada vulnerada por el uso de su imagen sin autorización. En el resarcimiento se menciona las que se realizan de forma específica como la declaración de la intromisión sufrida y la reposición del estado anterior a la vulneración, donde el operador de justicia puede ordenar medidas como la publicación parcial o total de la sentencia condenatoria a costa del causante del daño cuya difusión pública debe ser similar a la realizada cuando se vulneró el derecho. Cuando se opte por esta última medida, nos inclinamos porque el juez pueda consultar primero con la persona agraviada sobre dicha publicación, aunque la demandante lo haya solicitado dentro del proceso, puesto que al publicar la totalidad de la sentencia se puede estar afectando la vida privada o familiar y en consecuencia, acentuar la afectación de dicha persona lo que no es el propósito de estas medidas.

Se establecen de esta forma una serie de medidas que servirán para satisfacer la pretensión de la persona cuyo derecho resulte lesionado, pero le corresponde a la persona afectada definir en su demanda qué medida quiere que se le aplique al causante del daño. Lo importante de esta experiencia es que existen otras vías

²⁷⁹ María Luisa Atienza Navarro menciona como medidas cautelares “el cierre o secuestro y la retención o embargo de los medios de comunicación, que pueden adoptarse excepcionalmente”. (ATIENZA NAVARRO, María Luisa. Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el Derecho a la propia imagen. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías, 2011, página 142). Mientras que Ana Azurmendi Adarraga dice que “los autores coinciden en afirmar que el legislador está pensando en el secuestro de las publicaciones y grabaciones que conlleven una lesión de alguno de los derechos de la personalidad”. (AZURMENDI ADARRAGA, Ana. Op. Cit., página 227).

que pueden proteger este derecho subjetivo de todo ciudadano que permiten que antes que culmine el proceso se apliquen medidas²⁸⁰ para que no siga ocurriendo por más tiempo la lesión, de modo que se previene, impide o detiene el daño por el uso no autorizado de la imagen, siendo la indemnización la última medida cuando no se haya logrado reparar íntegramente el daño o deba responder por los daños y perjuicios²⁸¹.

1.2. La Responsabilidad Civil y la presunción del daño

En caso que resulte vulnerado el Derecho a la propia imagen y la persona lesionada desee que el daño ocasionado sea indemnizado por daños y perjuicios tendrá que hacerlo a través del artículo 1644 y 1644a del Código Civil que regula la responsabilidad civil extracontractual en Panamá. Bajo estas reglas la persona lesionada tiene que probar en el proceso la existencia del daño, por culpa o negligencia, que el mismo fue producto de una conducta ilícita realizada por el demandado; por tanto, la persona vulnerada tiene la carga de la prueba, aunque

²⁸⁰ “En ese sentido se ha pronunciado el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, número 181/2005, de 27 de enero (AC 2005\316) que afirma que <<la petición de medidas previas se entenderá urgente cuando en el momento en que se solicitan, la intromisión ilegítima no haya finalizado, y se busque de este modo impedir que se agrave el daño causado, y que la tutela judicial sea efectiva. De la misma forma adopta una medida cautelar previa de cesación de actos de un proceso de protección del honor el Auto de la AP de Madrid, sección 20, número 112/2007, de 2 de abril (AC 2007\961) diciendo que <<la petición de medidas previas se entenderá urgente cuando en el momento en que se solicitan, la intromisión ilegítima no haya finalizado, y se busque de este modo impedir que se agrave el daño causado, y que, la tutela judicial sea efectiva>>”. PÉREZ DAUDÍ, Vicente. La protección civil de los derechos fundamentales, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, España, 2011, página 129.

²⁸¹ Esta es la posición de María Luisa Atienza Navarro “La indemnización sólo procederá cuando la tutela inhibitoria no haya sido suficiente para atajar y evitar el daño, cuando este último no se haya reparado íntegramente mediante el resarcimiento específico (a través, por ejemplo, de la reposición del estado anterior, la publicación de la sentencia o el ejercicio de los derechos de réplica o rectificación), y cuando se den los requisitos para afirmar que debe responderse civilmente de esos daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. ATIENZA NAVARRO, María Luisa. Op. Cit., página 142.

dicho daño sea moral y su cuantificación puede ser determinada en base a las pruebas que se aporte.

En España antes que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen fuesen reconocidos a nivel constitucional, los derechos de la personalidad eran garantizados por la aplicación del artículo 1.902²⁸² del Código Civil español que trata la responsabilidad civil extracontractual que es similar a nuestro artículo 1644. Ello ocurre producto de una sentencia del Tribunal Supremo Español de 6 de diciembre de 1912 en la que por primera vez se reconoce que procede la indemnización por un daño moral, al reconocer la reparación de daños morales por la difamación (derecho al honor) solución que abre la puerta para que la jurisprudencia reconozca el ejercicio de esta acción a cualquier persona vulnerada en sus bienes de la personalidad. Si bien, la regla general es que debe presentarse la prueba del daño con esta jurisprudencia se acude a los principios generales y sienta el precedente para avanzar hacia el reconocimiento de los daños morales en estos derechos de la personalidad.

Posteriormente, cuando este derecho personalísimo es elevado en España a rango constitucional y se expide la Ley Orgánica 1 de 1982 de protección civil de algunos derechos personalísimos, entre esos el Derecho a la propia imagen, se incluyen reglas para la responsabilidad civil en caso de vulneración de estos derechos de la personalidad donde el daño se presume y lo que tiene que

²⁸² “Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

demostrar la persona vulnerada es la existencia del uso no consentido de su imagen.

Esta presunción se encuentra recogida en el numeral tres del artículo 9 de dicha ley que establece la indemnización la cual se extiende al daño moral, al expresar que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral...”. De esta forma, se aparta dicha norma del régimen general de responsabilidad civil contemplado en Código Civil y establece reglas especiales para la indemnización y probar el daño en el caso específico de estos derechos de la personalidad.

La redacción de dicho artículo ha ocasionado la interrogante sobre si la presunción aplica para ambos tipos de daños (patrimonial y moral) aunado al hecho que la exposición de motivo de dicha ley no hace una distinción, simplemente dice que se presume que estos existen al quedar acreditado con la vulneración²⁸³, pero en la práctica solo es admitida tal presunción para el daño moral y así lo ha reconocido la jurisprudencia española²⁸⁴. El motivo por el cual se legisla de esta

²⁸³ “En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos”. Exposición de Motivos de la LO 1/1982 de España. Recuperado el 7 de agosto de 2015, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

²⁸⁴ “En ese sentido es bien ilustrativa la STS (Civil) 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10274), que consideró que varios reportajes publicados en una conocida revista constituían una intromisión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de una famosa modelo española. En el primero de dichos reportajes se publicaban unas fotografías de estudio sin el consentimiento de la demandante; y en el segundo, había una suplantación de su imagen por la de otra persona, atribuyéndose a la modelo conductas (en particular, baños en la playa en top less) que ella no había realizado. Los demandados, condenados en primera y segunda instancia, alegaron en casación, entre otros motivos, la vulneración del art. 9.3 LO 1/1982 en cuanto al quantum indemnizatorio. En particular, en el tema que ahora nos ocupa, señalaron que la sentencia de la instancia les condenaba a indemnizar unos daños patrimoniales que la actora no había acreditado. El Tribunal Supremo les dio la razón en ese punto y explicó claramente que los daños patrimoniales, para su indemnización, han de ser probados: <<no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelos>>. El hecho de que la actora no realizara

forma obedece a la dificultad que existe para probar un daño moral y su cuantificación, mientras que los daños patrimoniales si deben seguir las normas generales del Código Civil para probar el perjuicio material.

Otra de las interrogantes es si esa presunción del daño moral es *iuris tantum* o *iuris et de iure*, María Luisa Atienza Navarro expone que hay quienes²⁸⁵ apuntan a que acreditada la lesión no admite prueba en contrario, mientras que otros argumentan que la ley no prohíbe la prueba en contrario, concluyendo que en su opinión que es *iuris tantum* porque resulta inconcebible que no pueda hacerse y que una persona quede respondiendo por un daño inexistente. Igual opina Salvador Contreras Navidad que señala que se está ante una presunción *iuris tantum* pues cuando la lesión sea únicamente por un daño material “por más que se presuma, debe probarse su cuantía”; mientras que María E. Rovira Sueiro dice que esa presunción no exonera la prueba sino más bien se da una inversión en la carga de la prueba²⁸⁶. No obstante, estas posiciones no concuerdan con la jurisprudencia española que en pocas ocasiones se ha pronunciado al respecto y cuando lo ha expresado, ha afirmado que la presunción es *iuris et de iure*²⁸⁷.

un pormenorizado detalle de los contratos truncados por los reportajes, así por los reportajes, así como el no haber cifrado siquiera los perjuicios materiales en razón del volumen de negocios pasados y del que previsiblemente hubiera tenido, de no mediar la publicación, era indicativo, explica el Tribunal Supremo, de que no se había probado perjuicio material alguno”. ATIENZA NAVARRO, María Luisa. Op. Cit., página 141.

²⁸⁵ Véase ATIENZA NAVARRO, María Luisa. Op. Cit., página 157.

²⁸⁶ “Como señala Gómez Orbaneja <<las presunciones no son normas de prueba sino de carga de la prueba>>, de lo que se deduce que no excluyen la prueba de lo contrario²¹³, que es una auténtica prueba principal²¹⁴”. ROVIRA SUEIRO, María E. Op. Cit., página 194.

²⁸⁷ “En cuanto a la jurisprudencia hay que destacar que muy pocas sentencias se han pronunciado expresamente acerca del carácter de la presunción. Las que lo han hecho afirman que el art. 9.3 contiene una presunción *iuris et de iure* y que <<supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*>> (STS 11 de marzo 2009 [RJ 2009, 1639])”. ATIEZA NAVARRO, María Luisa. Op. Cit., página 147.

En cuanto a la indemnización respecto al daño moral, ésta realmente no es una reparación en cuanto a que este tipo de daños no es posible recomponerlo sino más bien es una especie de compensación para quien resulte lesionado. Sobre la cuantía de esa compensación lo que dispone el numeral 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82 son una serie de criterios para determinar el valor el daño al decir que “se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

El primer elemento es tener en cuenta los antecedentes del caso y el segundo requisito significa que en estos casos no se toma en cuenta la gravedad de la conducta si no la lesión sufrida por la persona evaluando el medio de comunicación utilizado para valorar cifras como cantidad de ejemplares vendidos, circulación, índice de audiencia (rating), cobertura, cantidad de visitas en la página web, el tiempo que estuvo colgada la información, entre otros.

No obstante, con Internet más el uso de las redes sociales medir el alcance real de esa difusión o audiencia podría ser casi imposible, por razón que estos medios se han constituido en mega empresas de tecnología y de ellas hablaremos más adelante en cuanto a su responsabilidad en este ámbito.

1.3. Apropiación del lucro obtenido por el uso no consentido

Cuando se expide la Ley Orgánica 1/1982 en España, el texto establecía en el numeral 3 del artículo 9 que uno de los criterios a valorar para la indemnización era el beneficio que hubiese obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma, lo que se tradujo una serie de críticas debido a que el mismo no era

un elemento a estimar para efectos de la responsabilidad civil y porque existían otras vías como el enriquecimiento sin causa²⁸⁸.

En el año 2010 se dan unas reformas al artículo 9 y este tema es eliminado como un criterio para indemnizar del numeral 3 y lo que se hace es incluirlo en el numeral 2 como una de las medidas que puede solicitar el lesionado al momento de demandar. De esta forma, quien sea lesionado en su Derecho a la propia imagen al momento de demandar puede incluir entre sus peticiones el lucro obtenido por el demandado con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Con esta petición, siempre que se pruebe, el lesionado se apropia de la totalidad de ese beneficio económico obtenido por quien utilizada sin su consentimiento su imagen, pues puede ocurrir que la lesión al derecho no solo pueda producir un daño patrimonial y moral sino también existe una ganancia o provecho que ha beneficiado al demandado. Esta situación puede ser más evidente en los casos de personas que son famosas que son propensas a estar expuestas en los medios de comunicación y en las redes sociales, pero el contenido de esta medida puede ser aplicado perfectamente en nuestra legislación y lo podremos analizar en una sentencia que fue negada por operadores de justicia de la rama civil que de haber existido dicha medida hubiese sido solicitada por la parte demandante pudiendo el juez fallar sin menoscabar derechos de la personalidad como ocurrió en dicho fallo.

²⁸⁸ “Igartua Arregui enjuicia, asimismo, de forma negativa el contenido de la Ley del 82 en este punto por entender que <<se trata de una pauta ajena en nuestro sistema de responsabilidad civil>>, ya que <<la acción de daños debe dirigirse a repararlos y no a recuperar el beneficio del infractor>>, y añade que <<para ello existen otras vías como por ejemplo la acción de enriquecimiento injusto>>. ROVIRA SUEIRO, María E. Op. Cit., página 198.

1. 4. El Ejercicio de la Acción

Para entablar la acción que tiene como propósito proteger el Derecho a la propia imagen en Panamá, la norma solo se refiere al titular que haya sufrido la divulgación de su imagen sin su consentimiento, señalando que puede acudir a los jueces de familia o de menores a solicitar la protección de su derecho sin detrimento de reclamar la responsabilidad civil por daños y perjuicios sufridos por la vía ordinaria, teniendo en cuenta que las normas aplicables serán las de responsabilidad extracontractual de acuerdo a lo previsto en el Código Civil.

En cambio, como mencionábamos en el apartado sobre los titulares del Derecho a la propia imagen en otras legislaciones como en la española, luego del fallecimiento del titular puede iniciarse la acción o continuar la acción previamente entablada por el titular antes de su muerte, así como recibir la indemnización sus causahabientes. En caso de no existir tal designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos los anteriores, le corresponde al Ministerio Fiscal y todos pueden ejercer las acciones durante un plazo de 80 años contados desde el fallecimiento del afectado, con el propósito de proteger la memoria del fallecido. Observamos que el ejercicio de las acciones de protección civil tanto por el titular del derecho o sus causahabientes o a quienes señale la norma es la regla para la tutela judicial ante las vulneraciones a la imagen como derecho de la personalidad, pues son quienes detentan el derecho subjetivo para interponer la demanda o darle continuidad. Esto lo acotamos porque hasta este momento todo lo arriba

esbozado se refiere al ejercicio de la acción del Derecho a la propia imagen como un bien de la personalidad que es intransmisible, pero que ocurre cuando nos encontramos ante una relación contractual donde existe un interés patrimonial por el uso de la imagen de una persona con fines comerciales o publicitarios, donde las normas de protección civil citadas protegen a la imagen como un bien de la personalidad.

En el caso de falta de cumplimiento de un contrato entre las partes donde se otorgó la autorización para el uso de la imagen, allí no existe dificultad pues les serán aplicables las reglas generales del Código Civil y así se ha pronunciado en fallos los tribunales españoles²⁸⁹ donde se reconoce que esto sale de la esfera de la protección de derecho fundamental y queda como un asunto del ámbito de los contratos. El tema es cuando entra al escenario un tercero que también cuenta con la autorización del titular o un tercero que no cuenta con la autorización. Y es que las normas del Derecho a la propia imagen como derecho fundamental o de protección civil no regulan las veces que puede otorgarse el consentimiento ni tampoco norma sobre la explotación patrimonial a pesar que tiene un valor económico en el mercado, pues lo que se pretende es proteger al titular regulando

²⁸⁹ “Un cómodo expediente para solucionar el caso, sin entrar en dicho problema, es entender que la intromisión invocada no afectaba al derecho de la imagen en su aspecto constitucional, sino en su dimensión civil, llevándolo al terreno del contrato, para aplicar el principio general de responsabilidad por culpa. El Tribunal dice, así, que se <<produce en este supuesto una cuestión relativa a la vertiente de explotación comercial de la imagen, que como el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de Sala han considerado en sentencias que ya se han citado, carece de dimensión constitucional y se concentra en el ámbito del contrato. Y en este punto nos encontramos claramente ante un contrato celebrado sin intervención de la recurrente que le ocasiona unos perjuicios, no puramente constitucionales, sino económicos.” DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Op. Cit., página 61.

la facultad de consentimiento que excluye automáticamente que sea considerado ilegal su uso al ser otorgado por el titular.

Esto es interesante porque la legislación española no reconoce el derecho patrimonial de la imagen por ser un derecho de la personalidad (inalienable, intransmisibile, irrenunciable, inembargables, imprescriptibles, extrapatrimoniales), pero si incluye dentro de su legislación fiscal que se tienen que pagar tributos por las rentas provenientes del uso y explotación de la imagen. Como ejemplo se puede encontrar los encabezados de noticias en los medios de comunicación que narran que varios futbolistas famosos²⁹⁰ han sido acusados por evadir impuestos al crear sociedades en el extranjero para ocultar al fisco las rentas generadas en España por el derecho a su imagen²⁹¹.

Sin embargo, el hecho que no se encuentre regulado no significa que esté prohibido realizar un contrato ni tampoco está prohibido recibir dinero por su explotación comercial, lo que si es que este derecho no se transmite como si fuera un bien mueble o inmueble o una propiedad intelectual, simplemente al otorgar su autorización lo que se constituye es un contrato de obligación.

He aquí donde todo esto no ajusta con lo que ocurre en el mercado, pues la persona legitimada para actuar de acuerdo a las normas de protección civil de este derecho de la personalidad es el titular del derecho, no así la persona o entidad jurídica a quién se autorizó la explotación porque el Derecho a la imagen es intransmisibile, a menos que el titular otorgue poder de representación. Por lo

²⁹⁰ Ronaldo, Messi, Marcelo, Mourinho, Di María, Modric, Carvalho, Piqué, Mascherano, Alexis y Falcao.

²⁹¹ EFE. Futbolistas en el banquillo... de los acusados, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 12 de agosto de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/deportes/futbol/futbolistas-banquillo-acusados/24134081>.

que si existen varias autorizaciones para utilizar la imagen, habría que analizar cada caso en particular en cuanto a qué en principio todas serían válidas porque el titular así lo hizo.

El planteamiento del caso en cuanto a la persona legitimada para demandar, sería que si incumple algún contrato el titular del Derecho a la propia imagen puede ser demandado por la contraparte que se ha visto afectada por la no ejecución del contrato según lo acordado. Distinto es en ocasión de la persona o entidad a quien se le otorgo el consentimiento por parte del titular, pues no puede ir en contra de un tercero quien también está usando la imagen de manera legal o no porque no tiene la legitimidad para actuar en nombre del titular, situación que es reconocida de manera reiterada por la jurisprudencia española, aunque existe algunas sentencias donde se ha reconocido²⁹².

Diferencia que contrasta con el *right of publicity* en el derecho anglosajón donde si puede otorgarse el consentimiento como una licencia de exclusividad, permitiendo no sólo la explotación comercial sino también actuar e inclusive transmitir los derechos adquiridos, por lo que este es un tema a valorar al

²⁹² Uno de los pocos casos en los que se ha aceptado de forma argumentada la legitimación activa de un titular derivativo para interponer las acciones de la LO 1/1982 puede encontrarse en la SAP Madrid 20-XI-2001 (asociación de exfutbolista del Real Madrid). Ante la demanda de una asociación de exfutbolistas – fundada en la LO 1/1982- por la comercialización de cintas de vídeo que reproducían la imagen de aquellos disputando partidos oficiales, una de las sociedades demandas adujo <<que en ningún supuesto estaría legitimada la actora porque el derecho a la imagen es un derecho personal, y por tanto no sería transmisible>> (FJ 5). Para superar esta razonable objeción, la AP recurrió a una discutible argumentación, según la cual, el derecho fundamental a la propia imagen <<es un derecho de la persona con contenido patrimonial, y por tanto distinto en su configuración y protección al derecho a la intimidad y al honor [...]>>, <<se admite la cesión del mismo para su explotación>>, de manera que <<(e) l futbolista tiene una imagen cuyo derecho puede ceder bien para su explotación, bien para su defensa>> (ibid). El reconcomiendo de la legitimación activa de una persona distinta a aquella cuya imagen es reproducida se supedita, como se observa, a la admisión de la transmisión (cesión) del derecho”. VENDRELL CERVANTES, Carles. Op. Cit., página 441.

momento de legislar sobre este derecho como lo expresáramos en el Capítulo dos de la presente investigación.

Para el ejercicio de la acción en Panamá, el Código de la Familia no habla de tiempos, así que se estaría sujeto a las reglas del Código Civil en el caso de un proceso por daños y perjuicios²⁹³. En cambio, en España, para el ejercicio de todas las acciones de protección civil del Derecho a la propia imagen la norma establece un periodo de cuatro años, pero se utiliza una figura distinta debido a que este plazo es regulado como una caducidad.

A diferencia de la tradicional prescripción que es la utilizada por regla general por el Código Civil, en la figura de la caducidad no aplica la interrupción al momento de interponer la acción y el sustento para preferir la institución de la caducidad es que el plazo otorgado para interponerla es mayor al señalado en las reglas del código. En cuanto al cómputo del plazo, el mismo comienza desde que la persona lesionada pueda ejercitarlas, es decir, desde el momento en que la persona haya tenido conocimiento de la lesión.

2. La Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información en Internet y el Derecho a la Propia Imagen

Los gigantes tecnológicos, es decir, las empresas tecnológicas con gran poder en el mercado están relacionadas con los sitios webs, las redes sociales y el comercio electrónico. El 70% de la navegación por Internet se realiza por Google, Amazon

²⁹³ El artículo 1706 dispone que la acción civil para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas por culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1644 del Código Civil de la República de Panamá prescriben en el término de un año, contado a partir que lo supo el agraviado.

domina las compras por internet y el sitio web más visto de videos es YouTube²⁹⁴. Los medios de comunicación masivos tales como prensa, radio y televisión también usan el Internet con sus páginas web más sus redes sociales, pero lo bueno es que son empresas fácilmente reconocibles y por tanto, son responsables de sus contenidos.

El tema está con aquellos proveedores de servicio de Internet que no son responsables por encontrarse en una zona a la que le llaman “neutralidad tecnológica” porque su actividad es técnica, ya que ellos sólo permiten el acceso o proporcionan la infraestructura o transmiten la información versus aquellos medios tradicionales que si tienen conocimiento y controlan su contenido, teniendo como antecedente las primeras reclamaciones interpuestas contra proveedores de servicios de internet donde se dan dos decisiones donde una los libera y otra los declara responsable²⁹⁵, por lo que ante esa inseguridad se reacciona legislativamente con la intención de proteger la libertad de expresión²⁹⁶.

²⁹⁴ “Además, el motor de búsqueda de Google (subsidiaria de Alphabet) es el sitio web más visitado a nivel mundial y su servicio de correo electrónico (Gmail) y de mapas (Google Maps, Google Street View y Google Earth) tienen una posición dominante en el mercado, así como el sitio web de videos YouTube, también propiedad de Alphabet”. EFE. EEUU investigará si Google, Twitter, Facebook y otras firmas son monopolios, 2019, La Estrella de Panamá. Recuperado el recuperado el día 23 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/internacional/america/eeuu-investigara-google-twitter-facebook-otras-firmas-monopolios/24131190>.

²⁹⁵ “Entre la inicial jurisprudencia de EE.UU. dos decisiones se han convertido en referencia obligada. En el asunto *Cubby v. Compuserve*⁶⁶ no se consideró responsable, por las afirmaciones difamatorias de otros relativas a las actividades de terceros, a un proveedor de servicios en uno de cuyos foros de discusión habían aparecido esas afirmaciones, con base en que el proveedor de servicio actuaba como un mero distribuidor de información. Por su parte, en el asunto *Stratton v. Prodigy*⁶⁷ el proveedor de servicios demandado fue considerado responsable por comentarios difamatorios de terceros aparecidos en un foro de discusión que ofrecía, con base en que decía ejercer un control efectivo sobre los contenidos publicados y había implantado ciertos mecanismos de control.” DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derecho Privado de Internet, Segunda Edición, Civitas Ediciones, S.L., España, 2001, página 531.

²⁹⁶ “En EE. UU., frente a la tendencia jurisprudencial apuntada en el asunto *Stratton Oakmont v. Prodigy* se optó por una amplia exclusión legal de la responsabilidad de los proveedores de servicios, incorporada en el artículo 230(c)(1) de la Telecommunications Act de 1996⁶⁹, con el propósito de salvaguardar la libertad de

En Panamá no se regula de manera amplia los servicios que proveen estas empresas de la sociedad de la información, pero si se encuentran mencionadas en la Ley 51 de 22 de julio de 2008²⁹⁷ “que define y regula los documentos electrónicos y las firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico”. En dicha legislación se define lo que debemos entender por prestador de servicios de intermediación, al definir en el numeral 29 de su artículo 2 que es toda persona natural o jurídica que: facilita el servicio de acceso a Internet, transmite datos por redes de telecomunicaciones, realiza copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, aloja en sus propios servidores datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, y por último provee de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

La Ley 51 de 2008 le establece obligaciones a estos prestadores de servicios de intermediación en su artículo 87 al señalar que los operadores de redes y proveedores de acceso se le establece la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de comunicación o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación cuando una autoridad

expresión y la posición de los proveedores de servicios de Internet, favoreciendo la autorregulación. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Op. Cit., página 532.

²⁹⁷ Modificada por la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012 que otorga al Registro Público de Panamá atribuciones de autoridad registradora y certificadora raíz de firma electrónica para la República de Panamá, modifica la Ley 51 de 2008 y adopta otras disposiciones, Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 27160 de 9 de noviembre de 2012.

competente, por razón de la materia, hubiera ordenado que se interrumpa la prestación de un servicio comercial por Internet o la eliminación de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en el territorio nacional. Al mismo tiempo esta misma normativa limita la responsabilidad de los mismos en sus artículos 87 al 91, es decir, los exonera de responsabilidad en los siguientes casos:

- No será responsable por la información transmitida el operador de redes de comunicación o el proveedor de acceso a una red de comunicación que transmita datos facilitados por el destinatario del servicio, siempre que estos no hayan originado la transmisión, modificado o seleccionado los datos o a los destinatarios de dichos datos.
- No será responsable por el contenido de los datos ni por su reproducción temporal el prestador de un servicio comercial a través de Internet que transmita por una red de comunicación datos facilitados por un destinatario del servicio y almacene estos datos en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que lo soliciten, siempre que no modifique la información, permite el acceso solo a los destinatarios que cumplan con las condiciones impuestas por el destinatario cuya información se transmite. Respetar las normas, retirar la información que haya almacenado o hacer imposible el acceso a ella en cuanto tenga conocimiento efectivo que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba, que se ha imposibilitado el

acceso a ella o que un tribunal o autoridad administrativa competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

- No será responsable por la información almacenada a petición del destinatario el prestador de un servicio comercial a través de Internet que alberga datos proporcionados por el destinatario de este servicio cuando no tenga conocimiento efectivo que la actividad o la información almacenada es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización. Sin embargo, esta limitante no procede cuando una autoridad competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su eliminación de una red de comunicación o que se imposibilite el acceso a estos, o se hubiere declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución y el prestador de servicios *actué con diligencia* para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, que nos parece que aquí hubo un error de redacción y debió decir que “no actué con diligencia”.
- No será responsable por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios el prestador de servicios comerciales a través de internet que facilite enlaces a otros contenidos o incluya en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos si no tiene conocimiento efectivo que la actividad o la información a la que remite o recomienda es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Sin embargo, esta limitante de responsabilidad no aplica cuando una autoridad competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su eliminación de una red de comunicación o que se imposibilite su acceso, o se hubiera declarado la

existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución y el prestador de servicios actúe con negligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Adicional a estas obligaciones y limitaciones, los artículos 92 al 94 les deja como una alternativa a los regulados por la Ley 51 de 2008, donde se entiende incluido los proveedores de servicios, que elaboren y apliquen códigos de conducta de manera voluntaria para temas como los procedimientos de detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de comercio a través de Internet, teniendo especial consideración la protección de los menores y la dignidad humana, entre otros.

También se establece una regla general en el artículo 3 de la Ley 51 de 2008 que las actividades reguladas se someterán a ciertos principios²⁹⁸, que se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas que tengan como finalidad la protección de la salud, de la seguridad pública, de datos personales, entre otros, lo que es importante porque en estos tres temas existe información personal que puede contener la imagen de una persona en esas bases de datos como bien mencionáramos en los capítulos anteriores por lo que se entiende que en caso de

²⁹⁸ Los principios de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia funcional.

un perjuicio se estará sujeto a las normas que sean aplicables en función del bien protegido²⁹⁹.

En ese sentido, la norma no le establece reglas de responsabilidad civil específicas para los prestadores de intermediación por sus contenidos o actividades ilícitas, pero si deja claro que si una autoridad competente ordena que se retire o impida el acceso a copias temporales, declara ilícito datos que deben ser eliminados o que estos no se pueda tener acceso o declarado la existencia de una lesión por el alojamiento o almacenamientos de datos o por facilitar enlaces o instrumentos de búsquedas si son responsables. Lo que es importante ante un proceso de tutela del Derecho a la propia imagen, donde un operador de justicia puede ordenar que cese esas copias temporales, alojamiento, almacenamiento, enlaces o instrumentos de búsquedas que vulneran al titular de dicho derecho.

En España encontramos una normativa para este tipo de proveedores de servicios³⁰⁰, donde al igual que en Panamá existe una exoneración de responsabilidad para estas empresas siempre que no tengan conocimiento de la ilicitud, pero la importancia radica en la interpretación sobre lo que se entiende por ese conocimiento efectivo, pues de esto existen pronunciamientos por parte de los tribunales españoles. En esas decisiones judiciales puede hallarse una

²⁹⁹ Un ejemplo de esto, es el caso de YouTube que fue denunciado por un ante la Comisión Federal del Comercio (FTC) de los Estados Unidos de América porque recopilaba información personal de menores de 13 años, incluyendo ubicación, número de teléfono y los rastreaba sin su consentimiento, motivo por el cual fue multado por no haber tomado medidas con el objeto de preservar la privacidad de los menores. EFE. EEUU y Google acuerdan multa millonaria por privacidad de menores en You Tube, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 19 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/vida-cultura/tecnologia/eeuu-google-acuerdan-multa-millonaria-privacidad-menores-youtube/24130649>.

³⁰⁰ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.

posición restrictiva que resalta que debe existir previamente la declaración de ilicitud por parte de autoridad competente³⁰¹, como también se ubica otra postura más amplia donde puede existir otros medios de conocimiento, ya que la propia norma, el artículo 16 (servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) y 17 (enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda), establece que se entiende por el conocimiento efectivo que es cuando el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse³⁰².

³⁰¹ En ese sentido, se ha pronunciado recientemente la sentencia de la SAP Madrid (sección 9ª) 19 febrero 2010 (JUR 2010, 133011): <<[...] Con relación a que se entiende que ha existido ese conocimiento efectivo de la ilicitud de la información por parte del prestador del servicio, el propio legislador en aras de ese principio recogido en la Directiva Comunitaria que parte de que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a conocimiento efectivo, que sólo existirá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo que ha de entenderse que hasta ese momento, es decir que el prestador del servicio, en este caso GOOGLE, haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución, en el ordenamiento jurídico español una resolución judicial, que haya ordenado la retirada de tales datos, o bien se haya declarado la existencia de la lesión, en el presente caso se hubiera dictado la correspondiente resolución judicial declarando que tales datos suponen una intromisión ilegítima en el honor del ahora apelante, pues hasta ese momento no puede entenderse que el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y por lo tanto tenga que actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente [...] >>”. GRIMALT SERVERA, Pedro. Capítulo VII La Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011, página 186.

³⁰² “Pues bien, el Tribunal Supremo, en su STS 9 diciembre 2009 (RJ 2010, 131), ha asumido la interpretación amplia de conocimiento efectivo: <<[...] No es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios – una interpretación del apartado 1 del art. 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además, de que el propio art. 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva- al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”-, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias

En cambio, en Panamá al momento de redactar la norma solo se contempló el sentido restrictivo, por lo que debe existir previamente la declaración por autoridad competente de la ilicitud de los datos o de la existencia de la lesión, la cual debe ser de conocimiento del proveedor del servicio.

No obstante, la Ley 51 de 2008 contempla la acción de suspensión por actos contrarios a la ley que lesionen intereses individuales, colectivos o difusos como un procedimiento administrativo ante la Dirección General de Comercio Electrónico mediante el cual se busca una resolución que condene al demandado a suspender el acto contrario a la ley y a prohibir su reiteración. Dicha acción también podrá ejercerse para prohibir la realización de un acto cuando se haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

Entre las personas legitimadas para ejercer la acción se incluyen a las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho o un interés legítimo, la solicitud se rechazará o aceptará mediante resolución motivada que emitirá instrucciones para que se suspenda el acto que se considera contrario a la ley y sus reglamentos. Pero esta acción sólo es para los temas que sean competencia de esa Dirección, lo que quiere decir que no cubrirá las solicitudes de todos los casos que estén relacionados con los prestadores de servicios de intermediación como lo son las grandes empresas tecnológicas (google, youtube, entre otros) sólo los que regula la ley como lo son los prestadores de servicios de almacenamiento tecnológico y

lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate [...]»". GRIMALT SERVERA, Pedro. Op. Cit., página 188.

los prestadores de servicios comerciales a través de Internet. Contrario a lo que ocurre en España donde esta figura se llama la acción de cesación, de donde se ha copiado la experiencia, pero allá se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar la conducta contraria a la ley y su reiteración futura, lo que ocurre en la esfera judicial y no en la administrativa.

En consecuencia, para la protección de la imagen de una persona se tiene que recurrir a las vías previamente señaladas en el Código de la Familia y en el caso de una acción civil la persona vulnerada tendría que remitirse a las reglas generales de responsabilidad civil para que ese proveedor de servicio, que no estaría exento por no cumplir con las obligaciones y limitaciones señaladas en la Ley 51 de 2008, responda por los daños y perjuicios.

Por otro lado, ante este escenario de grandes empresas tecnológicas donde la tutela de la imagen de una persona puede verse afectada no sólo por el uso no consentido sino también porque Internet tiene el escenario propicio para que resulte difícil determinar la identidad del autor o autores responsables directos de la vulneración de dicho derecho, es el motivo por el cual nuestra legislación tiene que ir más allá de únicamente contemplar como alternativa la declaración de la ilegalidad por parte de un operador de justicia para que se impida el acceso a las mismas, sino también se debe legislar para que existan otros medios donde el propio titular pueda poner en conocimiento a esas empresas de la afectación de su derecho, pues para el uso de la imagen se requiere el consentimiento y si el titular afirma que no lo ha otorgado o que ha revocado la autorización debe de inmediato ser retirado o suprimido su acceso siempre que sea legítima dicha

solicitud, pues a través de la acción de responsabilidad civil si no es identificable el responsable no va lograr la reparación del daño.

Ese tipo de opciones adicionales no es imposible porque hoy día existen plataformas que están trabajando manera de eliminar contenidos³⁰³ y un ejemplo de ello, aunque no tiene que ver directamente con el derecho a la propia imagen, es la propuesta de un proyecto de ley en Francia que obligará a las plataformas de internet y a los buscadores a retirar en un plazo de veinticuatro horas los contenidos de odio (mensajes, videos o imágenes) so pena de multa aunque su sede no se encuentre en dicho país³⁰⁴.

Por lo que contemplar otros medios de comunicación directa a los prestadores de servicios de intermediación de Internet sobre la vulneración del derecho a la imagen por parte de su titular es viable, pero sin perder de vista que pueden existir casos de especial pronunciamiento como lo es la aparición en Internet de un personaje público por razón de sus funciones como servidor público donde hay que ponderar el derecho de información.

³⁰³ “Tanto Twitter como otras redes sociales han estado probando diferentes maneras de eliminar contenidos ofensivos y de odio mientras las plataformas permanecen abiertas”. EFE. Twitter combate los discursos de odios basados en la religión, TVN-2, 2019. Recuperado el 10 de julio de 2019, desde https://www.tvn-2.com/mundo/Twitter-combate-discursos-basados-religion_0_5346965318.html?utm_source=TVN+Newsletter&utm_campaign=d24139324a-EMAIL_CAMPAIGN_2019_07_10_10_01&utm_medium=email&utm_term=06f6b5b7dfb-d24139324a-269791713.

³⁰⁴ “Deberán retirarse los mensajes, videos o imágenes que constituyan una provocación para la comisión de acciones terroristas, que hagan apología de estos actos, supongan un atentado contra la dignidad de las personas o una incitación al odio, a la violencia o a la discriminación. Se incluyen las injurias contra una persona o un grupo de personas en razón de su origen, de su supuesta pertenencia a una raza, a una religión, a una etnia, a una nación. También por su sexo o por su orientación sexual y por sus discapacidades, así como los mensajes de acoso, proxenetismo o la pornografía infantil.” EFE. Francia obligará por ley a retirar de internet contenidos de odio en 24 horas, Telemetro, 2019. Recuperado el día 3 de julio de 2019, desde http://www.telemetro.com/actualidad/tecnologia/Francia-obligara-retirar-internet-contenidos_0_1260174377.html.

Si bien es cierto el acceso a Internet debe seguir siendo abierto porque todos tenemos derecho a poder usar esta herramienta con la que se han logrado grandes avances, no es menos cierto que no pueda tener limitantes mediante normas que garanticen la protección ante posibles vulneraciones, sobre todo porque lo que más se está usando son las redes sociales que por ser gratuitas y accesibles principalmente por el celular se prestan para la captación, publicación y difusión de imágenes lesionando diversos derechos.

3. La Responsabilidad de las Redes Sociales y el Derecho a la Propia Imagen

Las redes sociales iniciaron a finales de los años noventa, pero quien logra expandirse y seguir controlando el negocio es la empresa Facebook acompañado de Twitter e Instagram, quienes tienen presencia en nuestras vidas diarias como medio de contacto y de relaciones sociales con otras personas. Su existencia preocupa en cuanto a que como estas herramientas son tan amigables les cedemos información personal, entre esas fotografías o videos con imágenes propias o íntimas³⁰⁵, sin tomar previsiones de posibles daños pues la mayoría no se toma el trabajo de leer las políticas de privacidad de estas plataformas sociales de Internet máxime cuando son gratuitas.

En esa línea, las redes sociales también van a requerir limitantes como parte de la sociedad de la información de Internet, sobre todo porque su uso será cada vez

³⁰⁵ “Según el informe de Kaspersky sobre “el verdadero valor de la privacidad digital”, el 93% de los latinoamericanos ya cede sus datos personales a estas empresas como moneda de cambio para expresar sus ideas, comunicarse con amigos o familiares o ponerse al día de las últimas noticias, ideas y tendencias.” CASTILLERO, Verónica. Más del 40% de los latinoamericanos dejan las redes sociales por privacidad, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el día 8 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/vida-cultura/curiosidades/40-latinoamericanos-dejan-redes-sociales-privacidad/24128896>.

mayor producto de la adquisición de los teléfonos inteligentes (celulares) que permiten la conexión a Internet en cualquier momento y lugar, en consecuencia facilitan el acceso inmediato a las redes sociales, así lo indican las cifras que exponen que el 80% del uso del Internet será por medio de estos dispositivos y el 86% de los jóvenes accede a las redes desde sus teléfonos móviles³⁰⁶.

Si bien las redes sociales son buenas por permitirnos mantener y aumentar las relaciones sociales, así como compartir información, participar de debates, generar contenidos, entre otros, también existe la otra cara de la moneda que es que su uso coloca en situación de vulnerabilidad derechos como la propia imagen, la intimidad, el honor, datos personales que inclusive pueden llevar a ilícitos como es el caso de la suplantación de identidad, difusión no consentida de fotografías para hacer daño como también por casos como acoso escolar (cyberbullying) o el autodenominado reportero ciudadano que muchas veces rebasa los límites del derecho a informar y Panamá no escapa de ello³⁰⁷.

Toda esta problemática plantea la necesidad de establecer normas por ese uso no consentido de imágenes porque si bien es cierto que estas grandes empresas

³⁰⁶ “En la misma línea, la web MultiAtlas augura que los dispositivos móviles inteligentes supondrán el 80% del uso global del internet. Esta misma página afirma que el 50% del tiempo que los usuarios dedican a los medios digitales es mediante aplicaciones móviles... La mayoría de esa cifra son las generaciones Y (millennials) o Z (centennials), son las generaciones que más tiempo utilizan diariamente el Smartphone... De acuerdo al Informe anual sobre Millennials y Generacion Z elaborado por Smartme Analytics, el 86% de estos jóvenes accede a las redes sociales desde sus teléfonos móviles.” PÉREZ, Marta. EFE, El celular, la ‘tercera mano’ de los nativos digitales, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 10 de marzo de 2019, desde de <http://laestrella.com.pa/economia/celular-tercera-mano-nativos-digitales/24110813>.

³⁰⁷ GONZÁLEZ, Nimay. Aprehenden a sospecho de fotografiar mujeres en La Chorrera y publicar las fotos en redes sociales, Telemetro, 2019. Recuperado el 22 de agosto de 2019, desde http://www.telemetro.com/nacionales/Aprehenden-presuntamente-dedicada-fotografiar-Chorrera_0_1275172787.html.

BATISTA, Linda. Dictan sobreseimiento a hombre que divulgó foto falsa para burlarse de la Procuradora, Telemetro, 2019. Recuperado el 30 de septiembre de 2019, desde http://www.telemetro.com/nacionales/Dictan-sobresimiento-burlarse-Procuradora-Porcell_0_1286871611.html.

se han escudado en la autorregulación por el volumen de la información entre otras razones porque son los usuarios quienes colocan sus fotos, videos y datos personales, también es cierto que con toda esa información se puede establecer el perfil de una persona por sus gustos, preferencias políticas, religiosas, entre otros, que pueden servir tanto para hacer el bien como para lucrar, vulnerar derechos como la propia imagen o hacer daño y dichas empresas trasladan el riesgo al usuario sin asumir ellos medidas de control.

Sobre el particular Salvador Contreras Navidad señala que no pueden existir espacios inmunes frente a los derechos fundamentales y que se hace necesario introducir reformas legislativas que le establezcan a los prestadores de servicios la obligación de establecer medidas para “identificar a los usuarios que acceden a los servicios que prestan, (firma electrónica, DNI electrónico...) y otras más específicas dirigidas a localizar, seleccionar y, en su caso, rechazar hechos, datos, contenidos o imágenes claramente ilícitas así como para identificar a quienes los difunden y sobre todo para conservar durante el tiempo que sea necesario los datos de los equipos desde donde lo hacen”³⁰⁸, e inclusive dice que quizás sólo sea necesario adoptar el régimen de responsabilidad establecido para los medios de comunicación tradicionales.

No existe regulación específica para las redes sociales, pero si hay que aplicar alguna sería las relativas a la protección de datos, que como mencionáramos en los dos capítulos anteriores, si se encuentra inserta en el artículo 42 de nuestra

³⁰⁸ CONTRERAS, Salvador Navidad. Op.Cit., Página 142.

Carta Magna y que fue recientemente desarrollado por la Ley 81 de 2019 sobre protección de datos personales que establece los principios, derechos, obligaciones y procedimientos en la materia, incluyendo como responsable del tratamiento de datos tanto a las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. Con esta ley la imagen de una persona puede ser parte de la información personal que se encuentre en una base de datos o registro siempre que permita su identificación, pues contempla como dato personal toda información de una persona natural que la identifique o la hace identificable.

Con la Ley 81 de 2019 sobre protección de datos personales se reconoce que tiene que existir el consentimiento previo por parte del titular y puede ser objeto de revocación, como también puede hacer uso de los derechos de modificación, bloqueo o la eliminación de datos personales, que en caso de no obtener una respuesta tiene la opción de recurrir ante la entidad competente, que en este caso es la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI) quien tiene a su vez la potestad para sancionar, sin perjuicio de la indemnización por el daño patrimonial y/o moral que se cause por el tratamiento indebido de los datos que lleva al lesionado a la vía civil.

Hay que precisar que esta ley logra su aprobación luego de la puesta en marcha de la nueva reglamentación de protección de datos de la Unión Europea que fue aprobado en el año 2016 e inició su implementación en el año 2018, la cual es de obligatorio cumplimiento para toda la Unión Europea y que afecta a todas las empresas que traten datos de ciudadanos europeos; por tanto, se incluyen aquellas empresas que se encuentran fuera de esta zona como lo son Google o

Facebook. Por ello, todas las empresas de redes sociales en Internet van regirse por esta norma marco para toda la zona³⁰⁹ que unifica todo lo relacionado al uso y tratamiento de datos personales, por lo que tienen que solicitarle al usuario el consentimiento, el cual deberá ser inequívoco, claro y distinguible de otros asuntos. En caso de conflictos sobre la aplicación, la reglamentación tiene prioridad sobre las leyes nacionales y un tema importante son las sanciones por incumplimiento que pueden ascender hasta los 20 millones de euros o hasta el 4% del volumen de ventas mundial del ejercicio fiscal anterior³¹⁰.

Es importante destacar que justo antes que entrara en vigencia la nueva reglamentación europea, la protección de los datos en Internet cobra mayor notoriedad producto del mal manejo de datos personales por parte de una empresa que se sirvió de datos de la red social facebook con una aplicación que recopiló información de personas sin su consentimiento, tema que sale a la luz con el escándalo de la empresa Cambrigde Analytica en marzo de 2018. De allí en adelante, facebook ha tenido que tomar medidas de forma que en el último tiempo ha tenido que dedicarse a investigar las aplicaciones, suspendiendo o

³⁰⁹ Recientemente Google gano un caso en la Unión Europea donde se deja sentado que no está obligada a extender a sus buscadores de todo el mundo el derecho al olvido reconocido para los estados miembros de la Unión Europea, pero si como administrador debe establecer mecanismos para disuadir la búsqueda de esa información fuera de la zona. AP Servicios. Corte UE falla a favor de Google en un caso sobre privacidad, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 27 de septiembre de 2019, desde <https://www.laestrella.com.pa/cafe-estrella/tecnologia/190924/ue-caso-corte-falla-favor>.

³¹⁰ Ya son varias las empresas que han recibido multas por violar el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, entre esos casos emblemáticos se encuentra la red social Knuddels de Alemania por 20,000 euros que afectó los datos de aproximadamente 330 mil usuarios a los que les robaron nombres, contraseñas, direcciones; otro caso lo ha sido la multa por 204,110.000 euros a la aerolínea británica British Airways por el robo de datos de medio millón de sus clientes entre esos nombres, número de tarjetas de crédito con sus códigos y direcciones de correo electrónico y en España, la multa por 48,000 euros a VODAFONE por faltas de medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar el nivel de seguridad adecuado.

prohibiendo según sea el caso³¹¹, las que violen las regulaciones de datos personales, privacidad, ente otros.

No obstante, las normas de protección de datos sigue quedando rezagada porque en el caso del reglamento europeo fue elaborada hace más de 10 años y hoy día existen más avances tecnológicos como lo son los datos biométricos que lo estamos experimentando con el auge del reconocimiento facial, pues tanto en Europa (espacio Schengen), China, Rusia y Estados Unidos se está usando dentro de sus base de datos el reconocimiento facial y recientemente en el Estado de San Francisco de Estados Unidos se ha impulsado una normativa para limitar el uso indiscriminado de datos biométricos, entre ellos los sistemas de reconocimiento facial³¹². En esa línea, la red social facebook ya anunció que el reconocimiento facial automático dejaría de ser utilizado y lo presenta como una opción el etiquetado de las fotografías³¹³ por parte del usuario.

Como vemos, la intervención administrativa es necesaria para beneficiar a los consumidores o usuarios de las redes sociales, la regulación legal y un control administrativo y/o judicial se hace necesario para garantizar el acceso y uso correcto de estos servicios en Internet, por lo que las empresas tienen que cumplir con normativas que conduzcan a medidas de seguridad que garanticen los datos

³¹¹ EFE. Facebook suspende decenas de miles de aplicaciones tras Cambridge Analytica, La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 21 de septiembre de 2019, desde <https://www.laestrella.com.pa/cafe-estrella/tecnologia/190921/miles-decenas-facebook-suspende-cambridge>.

³¹² PECO, Ramón. Privacidad: San Francisco desarrolla una ley histórica para prohibir el reconocimiento facial, La Vanguardia, 2019. Recuperado el 26 de abril de 2019, desde <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190426/461874270642/reconocimiento-facial-prohibido-estados-unidos-san-franciscoespana-union-europea.html>.

³¹³ AP. Facebook: reconocimiento facial reemplaza opción de etiqueta, Telemetro, 2019. Recuperado el 3 de septiembre de 2019, desde http://www.telemetro.com/actualidad/tecnologia/Facebook-reconocimiento-facial-reemplaza-etiqueta_0_12_78772783.html.

personales de sus usuarios o clientes, con la finalidad de tutelar el derecho a la propia imagen o la privacidad del ciudadano, sin perder de vista la atención especial de incluir normas que contemplen herramientas efectivas para que el menor acceda con seguridad pues ellos no entienden que proteger su intimidad es más importante que compartir información por Internet.

Por tanto, tienen que existir a nivel nacional normativas que tutelen el Derecho a la propia imagen tendientes disminuir los efectos negativos del mal uso de las redes sociales, es decir, que si bien las empresas proveedoras de estos servicios en Internet tienen que ser responsables en actuar diligentemente para que no sean vulnerados derechos de sus titulares también deben responder civilmente aquellas personas usuarias de las redes sociales que lesionen los derechos de la personalidad de otras.

Aunado al hecho que ante la usencia internacional de normas marco, las reglas aplicadas por la Unión Europea para proteger los datos de sus ciudadanos son un ejemplo de la regulación de este sector que se hace necesaria a fin que existan mejores controles para que tanto las autoridades como los operadores de justicia puedan impedir o sancionar dichas vulneraciones sean o no empresas nacionales. Claro sin dejar de lado la importancia de la educación y de la concienciación a los usuarios de Internet que lo que se está compartiendo es información sensible.

B. Adecuación de la Protección Jurídica de la Propia Imagen en el Derecho Civil Panameño

1. Antecedentes en nuestro Derecho Civil y Ámbito de Protección del Derecho a la Propia Imagen

A nivel constitucional como hemos expresado previamente, no contamos con una norma expresa protectora del Derecho a la propia imagen como si lo hacen otros países como España, Perú, Portugal, Brasil, Ecuador y República Dominicana al incorporarlo como un derecho fundamental.

Situación similar ocurre con nuestro Código Civil vigente desde el año 1917 y sus modificaciones, que no contempla normas relativas a la protección del Derecho a la propia imagen como si lo tiene incorporado Perú o Argentina en sus códigos o por una legislación de protección especial en el caso de España y México.

No obstante, si han existido precedentes en cuanto a propuestas para regularlo por la vía civil. Ese es el caso del Proyecto de Código Civil de 1970, preparado por el Dr. Narciso Garay (Q.E.P.D.), que incluía en su texto la protección del Derecho a la propia imagen en el Título de Las Personas, Capítulo II De las Personas Naturales, Sección II De los derechos de la personalidad natural, al establecer lo siguiente:

“Artículo 16: Cuando la imagen de una persona o de sus padres, su cónyuge o sus hijos menores ha sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la ley autoriza la exposición o publicación, el Juez, a petición de esa persona puede disponer que cese del abuso, sin perjuicio del derecho que ella tenga a pedir por separado el resarcimiento de daños morales y materiales causados”.

Observamos que en dicha propuesta se establecían medidas para impedir o terminar con el uso no legal de la imagen de una persona y la indemnización para reparar el daño, pero esta propuesta no es materializada en el Código Civil si no mediante el Código de la Familia al incorporar en el artículo 577 el derecho

exclusivo a la propia imagen cuya reproducción está limitada al otorgamiento del consentimiento por el titular.

Esta incorporación en el Código de la Familia es atinada por razón del interés superior del menor frente a todos los avances tecnológicos que nos ofrece la sociedad de la información, pero también nos parece que viene influenciada en alguna medida de la legislación española de protección civil del Derecho a la propia imagen que data del año 1982 que a su vez influye en las normas españolas relativas a la protección de los menores e inclusive dichas normas se redactan con una mayor protección ante las posibles vulneraciones de los medios de comunicación tradicionales e internet al Derecho a la intimidad, la protección de datos y a la imagen.

Dentro de este marco normativo existente, como hemos mencionado anteriormente, ante la vulneración del Derecho a la propia imagen quien resulte lesionado solo puede recurrir para solicitar la protección de su derecho como parte de su vida privada ante los jueces de familia o menores y si se persigue la reclamación de daños ante la jurisdicción ordinaria civil.

No obstante, ante la ausencia de una legislación concreta que proteja el Derecho a la propia imagen y antes de revisar la escasa jurisprudencia nacional sobre el tema, nos parece apropiado traer nuevamente el valor de la dignidad humana como cimiento de los derechos de la personalidad dentro de los que se incluye a la propia imagen, lo que a su vez nos conecta a los Principios Generales del Derecho.

Sobre el particular José Enrique Bustos Pueche entiende que el “Derecho Civil ofrece una doble vía para proteger los bienes de la personalidad”³¹⁴. La primera es la que hemos venido desarrollando a lo largo de la presente investigación que es el ejercicio del derecho subjetivo otorgado por el ordenamiento jurídico al titular del derecho para protegerse y actuar ante las posibles vulneraciones. La otra vía de protección es la de los principios generales del Derecho por ser la dignidad humana un valor que informa al ordenamiento jurídico.

La tesis de este autor español sostiene que “El principio general de respeto a la dignidad humana, consagrado en el artº 10.1 de la Constitución, significa, entre otras cosas y por lo que hace al tema que nos ocupa, que la protección y amparo de los bienes de la personalidad se eleva a principio general del Derecho, englobado en aquél, de suerte que ni el legislador puede promulgar normas que lesionen los bienes de la personalidad, ni el juez aplicar las que pudieran estar en contradicción con aquél (eficacia vinculante de los principios generales del Derecho). Y esto es así, en mi opinión, porque los bienes vida, integridad, honor... necesariamente quedan comprendidos en el bien dignidad, luego si se protege el bien dignidad, se protegen los otros bienes comprendidos en ella”³¹⁵.

Si bien la postura de Bustos Pueche que él mismo califica como una tutela abstracta o difusa, a través de la cual se pretende que la protección de los bienes de la personalidad alcance a todas las personas aunque todavía no pueda ser titular de derechos subjetivos, la misma es de interés para aquellos ordenamientos

³¹⁴ BUSTOS PUECHE, José Enrique. Op. Cit., página 29.

³¹⁵ Ibidem, página 68.

como el nuestro que no cuentan con un régimen de protección para el Derecho a la propia imagen ni en la Constitución ni en el Código Civil, pues los Principios Generales del Derecho pueden servir de sustento a los operadores de justicia para arribar a soluciones justas ante la insuficiencia de normas protectoras.

Y es que en nuestra carta magna no contamos con un artículo que señale que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social como lo hace España, pero el preámbulo de nuestra constitución nos dice que “con el fin supremo de ... exaltar la dignidad humana, ... decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”, de forma que la dignidad humana es reconocida con un rango o categoría superior y al realizar esa declaración sirve para reconocer esa protección que requiere el titular ante la lesión de su propia imagen, más aún cuando el pleno de la Corte Suprema de Justicia ha considerado en sus fallos que el preámbulo posee valor normativo³¹⁶.

2. Sistema Jurídico Panameño y Extranjero: Revisión de Jurisprudencia

Nos corresponde ahora hacer una revisión de la jurisprudencia nacional para comprobar si con nuestro actual ordenamiento jurídico que cuenta una escasa regulación garantista de la tutela del derecho a la propia imagen como ocurre en otros países, el sistema de justicia ha podido resolver los casos de vulneración de la propia imagen o si nos encontramos ante un estado de indefensión por la falta

³¹⁶ “Aunado a esta consideración, también es importante destacar que el preámbulo de la Carta Magna, que posee un valor normativo, y más aún para cuando se ejerce la labor de interpretación constitucional, establece con claridad que este cuerpo normativo se decreta, entre otros aspectos, “Con el fin supremo de fortalecer la Nación...”. Es decir, que este es uno de los principios en que debe inspirarse la actuación.” Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Exp No. 21-14/26-14 Acción de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra la Resolución No. 4 de 15 de enero de 2013. Gaceta Oficial de la República de Panamá No. 28667 de 4 de diciembre de 2018.

de una mayor protección de esta figura y a su vez, revisar jurisprudencia extranjera que nos permita observar las soluciones que han encontrado ante casos similares.

2.1. Jurisprudencia Nacional

Un primer punto a destacar para el análisis de casos en nuestro ordenamiento jurídico es la publicación de las sentencias por parte del Órgano Judicial panameño, que en su mayoría sólo se publican sentencias de las tres salas de la Corte Suprema de Justicia, más es escaso encontrar la publicación de fallos y sentencias de otros tribunales.

Ello dificulta la recopilación de jurisprudencia del tema objeto de estudio porque por un lado el Derecho a la propia imagen no se encuentra regulado como derecho fundamental para que se presenten o se conozcan una mayor cantidad de procesos sobre este bien de la personalidad y por otro lado, es un derecho cuya protección es reciente si lo comparamos con otros derechos de la personalidad como la vida, el honor, entre otros.

Al ser quizás un tema novedoso, no por nuevo sino porque con el Internet más el uso de las redes sociales es con quien ha cobrado mayor relevancia aunado al insuficiente conocimiento de la figura, se pueden encontrar expedientes que inician como propia imagen, pero en realidad son relativos al Derecho al honor o Derecho a la intimidad porque lo publicado no es la imagen de una persona. No obstante, presentaremos casos sobre el uso no autorizado de la imagen, otros sobre el conflicto de competencia y una sentencia que habla sobre el daño moral en los derechos de la personalidad.

2.1.1. Captación y Difusión de la Imagen de una persona en el ámbito de la privacidad

El Derecho a la intimidad tutela la reserva de la vida personal o familiar del conocimiento de otras personas y muchas veces se puede captar, reproducir o publicar la imagen de una persona que representa su vida privada, por lo que estaríamos ante la vulneración de ambos derechos si esto se realiza sin su consentimiento.

En la Sentencia del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá fechada de 14 de agosto de 2006 trata de un proceso ordinario de UC vs JCM y otros, donde si bien lo protegido por lo expresado en el contenido de la sentencia es el derecho a la vida privada dentro del caso se menciona que esta invasión a la intimidad se da por medio de filmaciones que se hicieron sin consentimiento del titular del Derecho a la propia imagen y que los mismos fueron difundidos por distintos medios de comunicación.

En el extracto de la sentencia publicada, el Tribunal Superior luego del análisis de revisar el contenido de la contestación de la demanda y apelación interpuesta por el proceso J.C.M. se realizan las siguientes consideraciones:

- Primero determina que se ha violado el derecho a la intimidad por parte del demandado:

“Explicado el derecho a la intimidad, tenemos que es un hecho comprobado en el proceso que el LIC. JCM contrató los servicios de la agencia de detectives M y M o M y M y M Investigaciones Privadas, S.A. para que realizaran seguimientos y filmaciones los días 16 y 17 de agosto y 21 y 22 de septiembre de 2000, hecho que fue aceptado

por ambas partes, por lo que debe tenerse por probado conforme el artículo 784 del Código Judicial.

Reconocido este hecho, debemos también dar por cierto que el LIC. M. destinó esta contratación no sólo al seguimiento y ubicación del domicilio de su esposa y menor hija, como ha expresado en su libelo de contestación de demanda y de sustentación a la apelación, sino que dirigió su interés en que siguiera y filmara “para confirmar una información que tenía de que el Licenciado UMC Juez Cuarto de Circuito Civil, residía de manera habitual en el Apartamento de la señora YAS”, tal como fue declarado por el recurrente en declaración jurada rendida ante la Fiscalía Séptima de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, visible a foja 241 del expediente, prueba documental del pleno valor probatorio conforme lo establecen los artículo 795 y 857 numeral 3 del Código Judicial.

De igual forma, constituye un hecho cierto que el demandado M. utilizó los informes realizados por la agencia de detectives M y M o M y M Investigaciones Privadas, S.A. para fines personales en distintos procesos, algunos de los cuales no tenía participación alguna el demandante C; prueba de esto son las copias remitidas mediante oficio No. 975 de 07 de mayo de 2002 del Juzgado Primero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá (fs. 310), a saber: la solicitud de revocatoria de guarda y crianza pedida por el demandado MORALES visible a fojas 323-327 y la declaración de indagatoria a fojas 335-340”³¹⁷.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12 establece que nadie puede ser “objeto de injerencias arbitrarias en su vida

³¹⁷ Código de la Familia de la República de Panamá, Novena Edición 2013, Sistemas Jurídicos, S.A., página 123.

privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, el cual es reiterado en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En Panamá se reconocen las normas de derecho internacional antes mencionadas, pero el derecho a la intimidad no se encuentra reconocido de manera taxativa en la Constitución Nacional como lo hacen otros países. No obstante, lo encontramos protegido en el artículo 26 que dispone que “el domicilio o residencia son inviolables” y el Código de la Familia en su artículo 575 que señala que “El Estado garantiza el respeto a la intimidad”.

La consideración que realiza el Tribunal es que se ha probado en el proceso que se ha vulnerado la intimidad del demandado por el seguimiento al domicilio y la captación de imágenes por medio de filmaciones, los cuales utilizó no solo para los procesos que guardaban relación entre el demandado y su esposa e hija menor de edad, sino también en otros procesos que no guardaban relación con el demandante.

Por la mención de la menor de edad, aunque el Tribunal en sus consideraciones se enfoca directamente en la privacidad del demandante por ser quien inicia el contradictorio, es importante indicar que el Artículo 576 del Código de la Familia establece que cada uno de los miembros de la familia tiene derecho a que se “respete su intimidad y su privacidad”, si bien la menor de edad mencionada es su hija no se puede perder de vista que todo menor tiene una serie de derechos, entre esos su dignidad personal y a ser protegido contra injerencias arbitrarias a su vida privada y también a su imagen, por tanto se requiere cumplir en ambos casos, tanto para el

demandante como para la menor, con el requisito del consentimiento que examinaremos con el tema de las filmaciones.

- Segundo se dieron filmaciones de la imagen del demandante que fueron captadas, reproducidas y publicadas en varios medios de comunicación:

“También constituye un hecho cierto que los seguimientos y filmaciones solicitados por el demandado MV fueron transmitidos y publicados en distintos medios de comunicación. (fs.262-266 y videos adjuntos).

Además, este Tribunal Superior es conocedor que la información recabada por el apelante fue aportada a estos estrados en comunicación recibida del 16 de enero de 2001 (fs. 267).

Estos hechos llevan al convencimiento de esta Corporación que el demandado M ha transgredido el ámbito de intimidad que le reconoce nuestra legislación a toda persona, lo que constituye el hecho o acto ilícito toda vez, que el Lic. M. no tenía por qué hacer de su interés, filmar y seguir al Lic. C. cuando su vinculación en relación personal era con la Lic. YA y su hija menor y menos tenía que hacer pública la información que obtuvo a través de este seguimiento.

Estamos de acuerdo con el recurrente respecto a que le asiste todo el derecho como padre de preocuparse y velar por la seguridad y condiciones de su hija menor; sin embargo, este derecho no le permitía al apelante invadir y difundir la privacidad a la que toda persona tiene derecho, en este caso Licenciado C., con quien no tenía vínculo alguno.”³¹⁸

Entre las primeras consideraciones el Tribunal señala que se ha vulnerado el derecho a la intimidad y en las subsiguientes reflexiones dice que esa invasión

³¹⁸ Código de la Familia de la República de Panamá. Op. Cit., página 123.

la hace a través de filmaciones que fueron transmitidas y publicadas por diferentes medios de comunicación. De esto podemos colegir, que esa lesión a la privacidad se hace con imágenes que son captadas, reproducidas y difundidas sin el consentimiento del demandante.

Sobre dicho consentimiento se norma también en el Código de la Familia en su artículo 576 que señala en su segundo párrafo que “Ninguna persona podrá ser perturbada o molestada en su hogar, y ningún hecho propio de la vida privada o familiar de una persona podrá ser tratado públicamente sin el consentimiento de ésta”. Esto va complementado con el consentimiento que debe otorgar toda persona para que su imagen sea reproducida públicamente, aunque la hubiesen captado en un lugar público como lo señala el artículo 577 del Código de la Familia que dispone sobre el derecho exclusivo que tiene toda persona sobre su imagen.

Por esta razón, en el presente caso encontramos presente la vulneración de dos derechos a la vez, la intimidad y la propia imagen. Hay que puntualizar que en Panamá la norma sólo habla de reproducción pública, no como ocurre en España que incluye como un ilícito los usos de la imagen desde la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona sin el consentimiento del titular o el caso de Argentina también.

Para que el tema de la vida privada del demandante pudiese ser expuesto públicamente, es decir, transmitidos y publicados en los medios de comunicación requería de su consentimiento, adicional a la autorización de filmarlo porque dicho vídeo contiene la imagen del demandante y la difusión

de ese vídeo no está dentro de los usos permitidos por la ley, como lo son las imágenes que pueden ser difundidas con fines noticiosos, interés público o cultural, más bien es una clara violación al respeto de la dignidad de toda persona.

Para que no hubiese esa violación al Derecho a la intimidad y al Derecho a la propia imagen, entre las pruebas que tenía que aportar el demandado era la autorización otorgada por el demandante, pero como hemos mencionado previamente no tenemos regulado la forma de dar dicha autorización para estos casos, por lo que nos remitimos al artículo 1109 del Código Civil donde sólo con el mero consentimiento es suficiente pues no existe una norma que establezca que dicho consentimiento debe ser por escrito.

Por otro lado, aunque el caso no profundiza en la violación al derecho de la menor de edad por no ser la madre la demandante, quisiéramos mencionar que como titular de esos mismos bienes de la personalidad también resulta lesionada y en el caso del Derecho a la propia imagen se requería su consentimiento, que al no ser mayor de edad quienes ostentan la patria potestad deben dar dicha autorización para que su imagen pueda ser difundida por un medio de comunicación.

Y se puntualiza en el tema de la menor porque el Tribunal al referirse al acto ilícito de lesionar el Derecho a la privacidad del demandante por el demandado dice que éste último no tenía por qué hacer de su interés seguirlo y filmarlo cuando la vinculación de relación personal era con la esposa y su hija menor, de lo que surge entonces la pregunta si es que el caso en análisis

fuese entre los padres de la menor entonces podría considerarse que no sería una violación a su derecho, planteándose de inmediato un conflicto entre dos derechos: el derecho de la personalidad – intimidad e imagen- y el derecho deber de velar por sus hijos.

Definitivamente, que esta ponderación dependerá del examen que realicen los operadores de justicia y coincidimos con la opinión de la jurista española Margarita Castilla Barea, que no en todos los casos se puede justificar que el padre que no tenga la custodia de sus hijos pueda hacer vigilancia de la casa de quien tiene a los hijos haciendo grabaciones y vídeos para usarlos como medios de prueba en un futuro proceso por irregularidades en el cuidado de los menores, cuando lo correcto hubiese sido acudir al Ministerio Público a denunciarlo.

La opinión de Castilla Barea se da por la existencia de una sentencia española³¹⁹ donde se justifica la vigilancia por medio de servicio de detective privado que realiza un padre a la entrada de la casa de madre que tiene la custodia de sus hijos, al considerar que no se vulnera el Derecho a la intimidad

³¹⁹ La STS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004, 5262): “<<Es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1º del Código Civil [LEG 1889, 27], deber que no cesa por la atribución de la guardia y custodia al otro padre en proceso matrimonial; por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guardia y custodia han sido confiados, medidas como son las aquí controvertidas, **encuentran plena justificación** ya que, en otro caso, el padre o madre separado de sus hijos se vería imposibilitado de cumplir con ese deber impuesto por la patria potestad de la que no ha sido privado e incluso, **caso de tener que acudir a los tribunales** para impetrar las medidas necesarias para el correcto cuidado de los menores, **se vería impedido de utilizar medios de defensa legalmente admitidos**.”

En aplicación de lo expuesto, atendidos el lugar¹⁸⁷ en que fue captada la imagen de la actora y la finalidad perseguida por quien ordenó esa captación ha de entenderse que no se ha infringido por la sentencia recurrida el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, en conexión con los demás preceptos que se citan en el motivo que se desestima>>. (F. Segundo. La negrita es nuestra)”. CASTILLA BAREA, Margarita. Op. Cit., página 111.

ni a la propia imagen que demandaba la madre porque ello impediría el deber del padre de velar por sus hijos.

- Tercero estima que al invadir y difundir la privacidad del demandante lo hace con actitud culposa:

*“Y es que, la actitud de recurrente, conocedor del derecho, al contratar el servicio de detectives privados para seguir y filmar al LIC. C., además de recabar de manera clandestina la información y filmaciones utilizad [sic] para fines personales, a sabiendas de las prohibiciones legales, en violación de la ley con las consecuencias jurídicas que conllevaban sus actos, no solo pone de manifiesto su intención de invadir la privacidad del demandante en proceso, sino que demuestra que en su actuar no medió esa diligencia o “cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios” (artículo 34-C del Código Civil), acreditándose con ello la existencia de la actitud culposa por parte del demandado, JCM.”*³²⁰

El artículo 578 del Código de la Familia protege a las personas que se divulguen hechos relativos a su vida privada, personal o familiar que, sin ser calumniosos o injuriosos puedan causarles perjuicios u ocasionarle graves molestias a ésta, lo que es reconocido por el Tribunal al señalar que constituyo un acto ilícito filmar al demandante y adicional a esto, reconoce que existe actitud culposa por parte del demandado.

En el extracto publicado de la presente jurisprudencia no se menciona si el demandado reclama la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por

³²⁰ Código de la Familia de la República de Panamá. Op. Cit., página 123.

parte del infractor, pero al señalarse que existe culpa en este caso el demandado podía claramente ser objeto de una condena para reparar por la divulgación de hechos de la intimidad del demandante que incluían su imagen, ya que puede invocarse la responsabilidad civil extracontractual tipificada en el artículo 1644 y 1644-A del Código Civil que corresponde a aquellas obligaciones nacen producto de la culpa o negligencia.

2.1.2. Competencia del resarcimiento por daños y perjuicios por uso indebido de la imagen

La Sala de lo Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre procesos interpuestos por indemnización de daños y perjuicios por el uso no consentido de la propia imagen, de acuerdo al artículo 577 del Código de la Familia, presentados ante los juzgados seccionales de familia fijando la competencia en los juzgados ordinarios del ramo civil y otro, en los juzgados ordinarios fijando la competencia en la jurisdicción especial de comercio por ser un tema de derecho de autor, los que revisaremos en los siguientes tres casos.

2.1.2.1. Conflicto de competencia entre un Juzgado Seccional de Familia y un Juzgado de Jurisdicción Especial Comercial fijando competencia en Juzgado de Circuito Civil

El primer pronunciamiento realizado el 12 de junio de 2001 por el Magistrado Ponente Rogelio Fábrega Zarak, de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia³²¹, sobre el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Tercero

³²¹ Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 8 de julio de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá y el Juzgado Noveno del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, en el proceso ordinario interpuesto por O. Moreno y J. T. Méndez contra Cable and Wireless Panamá, S.A., en el que se realizan las siguientes consideraciones:

- Se reclama indemnización de daños y perjuicios por el uso de imágenes sin el consentimiento

“Luego de un estudio de los argumentos vertidos por ambos juzgadores en sus escritos, la Sala procede a resolver el conflicto surgido entre ellos, para lo cual es necesario referirse a la demanda presentada por los señores ... Moreno y ... Méndez. En ella la Sala aprecia que la pretensión de los actores está encaminada a procurarse, de parte de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. el pago de B/.250,000.00 cada uno, por “el perjuicio moral, psicológico, de honra, honor, dignidad y patrimonial”, en virtud que dicha empresa utilizó en una propaganda sus imágenes físicas sin que ellos lo autorizaran.

El último párrafo del artículo 578 del Código de Familia establece que la sanción que pueden imponer los jueces de familia o menores a quien divulgue hechos no calumniosos o injuriosos de la vida privada, personal o familiar de una persona, susceptibles de causar perjuicios o graves molestias, no excluye la responsabilidad civil de indemnizar daños y perjuicios, que pueda recaer sobre el infractor.

La indemnización pecuniaria del daño y perjuicio moral que alega la parte actora, está contemplada en el artículo 1644 A del Código Civil, el cual fue citado por la juzgadora del tribunal de familia.”³²²

³²² Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Rogelio Fábrega Zarak, 12 de junio de 2001. Conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Tercero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá y el Juzgado Noveno del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Toda persona por el simple hecho de ser humano tiene el bien personalísimo que es su imagen y los demandantes declaran que han resultado lesionados en su Derecho a la propia imagen porque fue utilizada en propaganda comercial por parte de la empresa demandada sin su consentimiento.

Al resultar vulnerado el derecho de los titulares pueden hacer uso de su derecho subjetivo de demandar y en este caso la medida solicitada es la responsabilidad civil, exigen la indemnización por daños y perjuicios. Del pronunciamiento que realiza la Sala Civil no se hace mención si los demandantes solicitaron alguna otra medida de protección, se concreta a revisar los autos emitidos por los dos juzgados que coinciden que los demandantes lo que pretenden es la indemnización en concepto de daño moral.

Como mencionamos anteriormente, existen otras medidas para proteger el Derecho a la propia imagen, pero en nuestra legislación no se encuentran desarrolladas, sino que nuestro Código de la Familia tal como menciona la Sala en el artículo 578 guía hacia la responsabilidad civil. Si bien dicha norma permite demandar por la vía de los jueces de familia o jueces de menores la sanción es de quince días multa, que desde la perspectiva de los demandantes esa sanción puede resultarles que no es lo suficientemente reparadora cuando su imagen ha sido utilizada para fines comerciales como

lo hace la empresa demandada. De forma que, ante la ausencia de otras medidas, los demandantes se inclinan por exigir la indemnización por daños por el uso no consentido de su imagen.

- Se utiliza la imagen de los demandantes en vídeos para propaganda promocional de la empresa demandada

“Tal como lo observa la Sala, esta petición de indemnización proviene del hecho que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. utilizó la imagen física de los demandantes, reproducida en video y audio, para propaganda promocional de la citada empresa, sin solicitar autorización a los demandantes para ello.

Esta pretensión en nada se relaciona con derechos de autor o derechos conexos, ni está enmarcada en ninguna de las causas enumeradas en el artículo 141 de la Ley 29 de 1996, donde se establecen los negocios para los cuales son competentes los juzgados de libre competencia y asuntos del consumidor.

Tampoco es procedente considerar que como el artículo 577 del Código de la Familia reconoce el derecho exclusivo de toda persona sobre su propia imagen, esto le atribuya competencia a los juzgados de familia sobre la presente causa, porque el artículo 752 del Código de la Familia no confiere a dicha jurisdicción especial, la competencia para conocer de demandas por responsabilidad civil en las que se pide la indemnización por daño moral como la presente y aunque su numeral 8 señala que serán competentes para conocer de los procesos de familia que no estén atribuidos por ley expresamente a otra autoridad, esta situación no se presenta en el caso que nos ocupa.”³²³

³²³ Ídem.

Para que una empresa o cualesquiera utilice la imagen de una persona se requiere que el titular otorgue su consentimiento, sin dicha autorización es ilegal su uso y eso es lo que reconoce el artículo 577 del Código de Familia. La empresa demandada no cuenta con dicha autorización por tanto ha vulnerado un derecho de la personalidad como es la imagen y no puede sustentar que su propaganda promocional que tiene fines comerciales cae dentro de los usos permitidos por la norma como lo es publicar imágenes de personas con noticiosos, de interés público o cultural aun cuando hubiese sido grabada la imagen en un lugar público porque requiere permiso de su titular. Si bien los demandantes señalan que ha sido vulnerados en su Derecho a la propia imagen, la petición de indemnización por daños y perjuicios la sustentan tanto en la ley sobre Derechos de autor y derechos conexos como también en el Código de la Familia, que si contásemos con una regulación de protección civil no habría lugar a confusión al momento de reclamar su derecho, pues utilizarían directamente la vía de los juzgados civiles.

Como bien distinguimos el Derecho a la propia imagen de otras figuras jurídicas en la primera parte del presente documento, la imagen de una persona puede ser protegida como una obra artística siempre que exista una obra protegida o en el caso de las interpretaciones o ejecuciones que realicen artistas, intérpretes o ejecutantes, quienes autorizan la fijación, reproducción, distribución y la comunicación al público, como también en el caso de obras plásticas para un retrato o busto de una persona.

En el presente caso, entre las consideraciones expuestas por la Sala, los demandantes no presentan evidencias dentro del proceso que sus imágenes fueron grabadas cuando se encontraban realizando interpretaciones o ejecuciones que se encuentra protegidas por el Derecho de autor y derechos conexos. Por ello, no pueden invocar las normas relativas al derecho de autor y derechos conexos, si bien los demandantes son titulares de su imagen, no son artistas ni interpretes ni ejecutantes tutelados por ese derecho.

Quienes grabaron sin su consentimiento si pueden ser considerados autores de esa obra (la filmación) de la empresa, pero lo hicieron sin el consentimiento de los titulares por tanto no podían reproducirla públicamente, pero quienes demandan tienen que demostrar que tiene la titularidad de ese derecho garantizado por las disposiciones autorales y de derechos conexos.

Por otro lado, por el simple hecho de ser los demandantes seres humanos tienen protegido su Derecho a la propia imagen, teniendo la facultad de consentir o no en que reproduzcan su imagen de acuerdo al artículo 577 del Código de la Familia y de acuerdo al artículo 578 de ese mismo texto, podían solicitar la sanción establecida de días multas a los jueces seccionales de familia, pero como esa norma también les reconoce el derecho a exigir la responsabilidad civil eso es lo que se pretende en la demanda interpuesta, por ello lo que corresponde aplicar son las reglas generales establecidas en el Código Civil para esta materia.

- Se determina que la competencia del proceso donde se reclama indemnización por el uso no consentido de la imagen de los demandantes es de la jurisdicción ordinaria civil

“Por tal motivo, la Sala concluye que el presente negocio es competencia de la jurisdicción ordinaria civil, de conformidad con los artículos 159 y 651 del Código Judicial de Panamá, Ramo Civil, en Turno.

*En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, FIJA LA COMPETENCIA del proceso ordinario de mayor cuantía, de indemnización de daños y perjuicios morales, interpuestos por los señores ORINSON MORENO y JOSÉ TAMAYO MÉNDEZ contra la empresa CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., en el Juzgado de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, de Turno”.*³²⁴

Arriba la Sala a esta conclusión por los fundamentos utilizados por los demandantes en su pretensión y tomando como referencia los autos previamente emitidos por el juzgado especial de comercio y el juzgado seccional de familia. El primero, el Juez Noveno de Circuito, Ramo Civil, del Primer Distrito Judicial de Panamá, sustenta que si bien tiene competencia para conocer controversias relacionadas con la propiedad intelectual, incluido el Derecho de autor, los demandados no son titulares de derechos protegidos y regulados por esa ley, que como solicitan la protección del Derecho a la propia imagen comprendido en los artículos 575 y 577 del Código de la

³²⁴ Ídem.

Familia expide el Auto No. 1577 de 29 de diciembre de 2000 mediante el cual se abstuvo de conocer el proceso y designó al Juzgado Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá, en turno, para que conociera el mismo.

Mientras que el segundo, el Juzgado Tercero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá, que también se abstiene de conocer el proceso por no tener competencia, dictó el Auto No. 278 de 5 de marzo de 2001 en el que declaró la existencia de un conflicto de competencia y ordenó remitir el expediente a la Sala Primera de la Corte Suprema sustentando que lo demandado es la indemnización de una suma de dinero por daños morales derecho que es regulado por el artículo 1944 A del Código Civil y por tanto, es un proceso civil ordinario de mayor cuantía.

De forma que ante la vulneración del Derecho a la propia imagen de una persona que no se encuentre protegida por otra norma como la de Derecho de autor y lo que se pretende con la acción es la indemnización de daños y perjuicios, resulta que la vía correcta en estos momentos para reclamar es instaurar un proceso civil ordinario de acuerdo a esta posición de la Sala Civil.

2.1.2.2. Conflicto de competencia entre Juzgado de Circuito Civil y Jurisdicción Especial de Comercio

El segundo pronunciamiento sobre competencias en casos de propia imagen es realizado el 5 de marzo de 2007 por el Magistrado Alberto Cigarruista Cortez de

la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá³²⁵ al conocer del conflicto de competencia entre el Juzgado Cuarto de Circuito Civil y el Juzgado Octavo de Circuito Civil (jurisdicción especial de comercio), por el proceso ordinario incoado por Daniel y Hazel contra Distribuidora Lewis, S.A., en el que se realizan las siguientes consideraciones:

- Se reclaman daños y perjuicios por el uso de imágenes sin el consentimiento de sus titulares para publicidad

“Narran los señores DANIEL ... y HAZEL ... que son una pareja de baile que se dedican a las actividades de bailes folklóricos.

Comentan que durante una presentación folklórica fueron retratados sin su autorización, y que dicho retrato fue publicado el 17 de noviembre de 1995 en el diario “La Crítica Libre Nacional” en donde aparecían promoviendo, para la empresa Gran Morrison, un evento folklórico por reinauguración

Agregan los demandantes que su retrato, desde el mes de noviembre de 1995 hasta la fecha, ha sido publicado en múltiples ocasiones en distintos medios de comunicación de manera arbitraria y sin la debida autorización.

En este sentido, sostiene la parte actora que la utilización de su imagen destacando los trajes típicos y folklóricos de nuestro País, por la empresa Distribuidora Lewis, S.A. no sólo ha sido publicada, sino que ha servido para la publicidad de postales, llaveros, entre otros artículos, tanto a nivel nacional como internacional.

A juicio de los demandantes, lo sucedido infringe el artículo 577 del Código de la Familia que protege el derecho a la imagen. Por lo tanto, solicitan que se condene a la parte demandada a pagar los daños y

³²⁵ Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá, <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

*perjuicios que se les ha ocasionado al atentar contra su derecho a la imagen, reclamación que fijan en la suma de B/.40,000.00, que corresponde a los 11 años en que ha sido utilizada su imagen a razón de B/.150.00 mensuales, monto dividido en partes iguales para cada demandante.*³²⁶

En este caso los demandantes son fotografiados sin su autorización por parte de la empresa demandada. Si bien una persona puede tomar fotografías y se convierte el autor de dicha obra, para poder publicarla requiere la autorización de sus titulares como indica el artículo 577 del Código de Familia. En Panamá, la captación de la imagen no está regulada como en otros países, que si lo estuviese entonces tanto el captar la imagen como publicarla posteriormente serían dos actos ilegales.

Si bien la fotografía utilizada en la publicación y en la publicidad a nivel nacional e internacional por la empresa demandada muestra a los demandados vestidos de trajes típicos durante una presentación folklórica, que pudiera ser alegada como un uso legítimo por ser de interés cultural porque se destacan nuestras manifestaciones artísticas nacionales que requieren difusión cultural y es lo que podría esgrimir la empresa demandada no es lo que ocurrió. Lo cierto es que dichas imágenes no se utilizan para dar relevancia a la cultura, sino que han sido usadas por un largo periodo de

³²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Alberto Cigarruista Cortez, 5 de marzo de 2007. Conflicto de Competencia suscitado entre el Juzgado Cuarto de Circuito Civil y el Juzgado Octavo de Circuito Civil, ambos del Primer Circuito Judicial De panamá, Expediente: 283-06. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 3 de marzo de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

tiempo con fines publicitarios y comerciales, tanto en medios de comunicación como para artículos que usualmente se venden como suvenires.

Cuando una imagen de una persona utiliza con fines noticiosos, de interés público o cultural hay que probar que es imprescindible su uso, quedando excluido todo fin publicitario o promocional, no debe existir un fin económico, como lo existe en el presente caso. Por eso es importante que el operador de justicia al momento de revisar un caso de este tipo siempre tenga presente que debe prevalecer la dignidad de la persona al momento de la valoración con el propósito de proteger al titular del derecho.

- Se utiliza la imagen de actores de bailes folklóricos por parte de la empresa demandada

“El baile, y más aún el baile folklórico, es considerado un arte ya que constituye una forma de “manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”. (definición de arte, www.rae.es)

Según cuenta la demanda, los daños y perjuicios causados a la parte demandante por haber utilizado sin autorización su imagen fueron precisamente mientras los actores realizaban este arte.

Considera esta Corporación de Justicia que el agravio que les ha causado a los actores la utilización de su imagen sin su autorización tiene su vinculación con lo normado en el numeral 3 del artículo 141 de la Ley 29 de 1996 modificada y adicionada por el Decreto Ley No. 7 de 15 de febrero de 2006 y el Decreto Ley No. 9 de 20 de febrero

de 2006, que adscribe a los Juzgados de Comercio las controversias relacionadas con el derecho de autor y derechos conexos.”³²⁷

La fotografía utilizada en la publicación en medios de comunicación y en la publicidad de ciertos artículos vendidos a nivel nacional e internacional por la empresa demandada muestran a los demandados vestidos de trajes típicos durante la realización de una presentación folklórica. Los demandantes no eran dos personas anónimas vestidas con vestimenta típicas en un lugar público sino que son personas que se dedican a realizar presentaciones artísticas.

Todas las personas a las que se les toma una fotografía para su publicación requieren de su previo consentimiento por ser el titular del Derecho a la propia imagen, pero en este caso tenían que también tomar en consideración que por ser artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho moral y patrimonial para fijación, distribución y comunicación al público. Por ello, la Sala al momento de hacer sus consideraciones realiza estas distinciones y señala que el uso de la imagen sin su autorización tiene vinculación con el derecho de autor y derechos conexos.

- Se diferencia entre el Derecho a la imagen como derecho de la personalidad y la imagen como derecho conexo de un artista, intérprete y ejecutante

“Si bien se reclama la tutela e indemnización causada a la imagen de la parte actora con fundamento en el artículo 577 del Código de la

³²⁷ Ídem.

Familia, lo cierto es que dicha imagen fue captada mientras los demandantes realizaban el arte al que se dedicaban, es decir a las actividades de bailes folklóricos.

Incluso la redacción utilizada por los actores al promover su demanda demuestra que su pretensión va destinada a que le reconozcan pagos o regalías por tal arte (ver primer párrafo a foja 3), terminología que se adecua a lo normado en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. También la fórmula matemática que realiza la parte demandante para calcular la indemnización que le corresponde da visos que lo pretendido es una estimación de las ganancias que pudo percibir la demandada al utilizar sus imágenes, lo que revela que lo solicitado es el reconocimiento del derecho exclusivo que poseen a explotar su arte y en beneficiarse del mismo, reclamación cónsona con lo que dispone el artículo 36 de la Ley 15 de 08 de agosto de 1994 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Es cierto que el derecho a la imagen está incluido dentro de los derechos de la personalidad, que inveteradamente han sido motivo de análisis por los Juzgados civiles ordinarios; sin embargo, el caso que nos ocupa guarda relación con las actividades artísticas que son protegidas por la mencionada Ley 15 de 1994.

En el presente caso, y según se comenta en la demanda, la imagen se captó cuando los demandantes se dedicaban profesionalmente a realizar actividades de bailes folklóricos, y este hecho es el que enmarca este negocio dentro de lo que tutela la Ley 15 de 1994. Así esta ley No.15 en su artículo 87 contempla que “Los artistas, intérpretes y ejecutantes, o sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo para autorizar o no autorizar la fijación, reproducción o comunicación pública, por cualquier medio o procedimiento, de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, no podrán oponerse a la comunicación cuando ésta se efectúe a partir de una fijación

realizada con su previo consentimiento, publicada con fines comerciales”.

Lo anterior demuestra que la reproducción por cualquier medio de las interpretaciones o ejecuciones que realicen artistas, intérpretes y ejecutantes, que es lo realizado por los demandantes, está inmerso dentro del radio de acción que tutela la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Con esto aclaramos que si bien es cierto que la “obra” es el objeto del Derecho de Autor, no se puede dejar de lado que el baile folklórico que realizaban los demandantes – al momento de ser fotografiados- corresponde a una obra artística que también es protegida por la citada Ley 15 de 1994.

Siendo esto así, la controversia suscitada es menester que sea ventilada en la jurisdicción especial de Comercio a efectos de determinar si lo pretendido por la parte actora se ajusta o no a derecho.

Antes de concluir la Sala desea ser prístino sobre el conflicto de competencia que nos ocupa, siendo preciso aclarar que situación diferente hubiese sido si el retrato captado fuese de una pareja normal que participa en un evento bailable cotidiano, cuestión que sí tendría que ventilarse en los Tribunales Civiles ordinarios al tratarse exclusivamente del reclamo del derecho a la imagen, uno de los componentes que conforman el derecho a la personalidad; sin embargo, al estar los demandantes en la realización de su arte al momento de ser fotografiados, y por la forma en que fue presentada la demanda, resulta evidente que la finalidad es tutelar y reclamar el derecho que emana de ser el titular de dicha obra artística.”³²⁸

³²⁸ Ídem.

El pronunciamiento de la Sala es importante, como hemos indicado anteriormente, porque hace la distinción entre la imagen como bien de la personalidad y la imagen tutelada como derecho de autor. Esta diferenciación se da porque los demandantes utilizan como fundamento el artículo 577 del Código de la Familia que protege el Derecho a la propia imagen y al realizar el análisis la Sala dice que si bien la propia imagen se encuentra regulada por ser un derecho de la personalidad, en este caso el derecho vulnerado no es ese porque los demandantes no son unos ciudadanos que de manera habitual o por casualidad estaban participando de una actividad bailable si no que se afirma que los demandantes se dedican a las actividades de bailes folklóricos y estaban realizando un presentación cuando la imagen fue captada.

Por otro lado, los demandantes al realizar su reclamo no lo hacen sustentado en la regla general para la indemnización de daños y perjuicios por el uso ilegal de su imagen señalada en el Código Civil, sino que lo enfocan en pagos o regalías que les corresponden en el marco de la explotación de su derecho patrimonial que se encuentra sustentando en las normas de Derecho de autor y derechos conexos. Sumado al hecho que la fotografía es captada mientras realizaban su presentación de baile folklórico; por tanto, tienen que otorgar su consentimiento para que sea reproducido o comunicado públicamente.

Así se marca una diferencia entre una demanda que se realiza en el marco de las normas que tutelan una actividad protegida por el derecho de autor y de un reclamo que nace del uso no consentido del Derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad.

Si hay que anotar que al momento de la presentación de la demanda la norma que se encontraba vigente era la Ley 29 de 1996 y que en el presente trabajo hemos utilizado la que fue aprobada en su reemplazo que es la Ley 64 de 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de autor y derechos conexos, pero que para el tema de los derechos tutelados sigue teniendo las mismas finalidades.

- Se determina que la competencia del proceso donde se reclama por el uso no consentido de la imagen de los bailarines folklóricos es de la jurisdicción especial de comercio

“Por lo tanto, a juicio de esta Colegiatura el tribunal competente para conocer el presente proceso es el Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá.

En mérito de lo expuesto, la SALA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FIJA LA COMPETENCIA del Proceso Ordinario incoado por DANIEL VILLARREAL y HAZEL Mc DONALD contra DISTRIBUIDORA LEWIS, S.A. en el Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá”.³²⁹

Previo a realizar sus consideraciones, la Sala revisa lo señalado por el Juzgado Cuarto de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, que considera que no es competente para conocer de la demanda porque el uso no autorizado del Derecho a la imagen reclamado se encuentra amparado en las normas de derecho de autor y derechos conexos y por medio del Auto No. 1255/249-06 de 7 de septiembre de 2006 se inhibe de conocerla porque le

³²⁹ Ídem.

corresponde a los Juzgados de Libre Competencia (jurisdicción especial de comercio).

Mientras que el Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá (jurisdicción especial de comercio), señala que no corresponde lo solicitado al Derecho de Autor y Derechos Conexos porque no protege la toma aislada de fotografías en un espectáculo y el uso no autorizado, motivo por el cual mediante Auto No.1037 de 26 de octubre de 2006 rehúsa conocer del proceso.

Es por esa razón que la Sala al revisar lo pretendido por los demandantes arriba a la conclusión que el uso no autorizado de la imagen guarda relación con Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y que por ley dichas controversias son adscritas a los Juzgados de Comercio. Es preciso apuntar que la Ley No. 29 de 1996, que hoy día es la Ley No. 45 de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia, crea en su artículo 124 los juzgados Octavo, Noveno y Décimo del Primer Circuito Judicial que tienen conocimiento exclusivo y privativamente, entre otros, sobre las controversias relativas a Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Hay que subrayar que la Sala también resalta que si las imágenes no hubiesen sido captadas en el contexto de unos artistas en su presentación folklórica, hubiese remitido el caso a los tribunales civiles ordinarios por ser un reclamo sobre Derecho a la propia imagen, que fue lo que ocurrió en el conflicto de competencia del año 2001 que revisamos en el punto anterior.

2.1.3. Reclamación de daños y perjuicios por uso comercial de la imagen de menor de edad sin su consentimiento

Encontrar sentencias expedidas por parte de los juzgados ordinarios civiles relativas a la reclamación por el uso no consentido de la propia imagen ha sido una tarea difícil. En el presente caso logramos tener acceso a la Sentencia No. 24 del Juzgado Undécimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá fechada de 12 de abril de 2011, por la cual la madre de la menor de edad H.Y.P.R. demanda a la empresa MERCADOTRON por el uso no autorizado de su imagen en una campaña publicitaria de la lotería.

- El uso no consentido de la imagen de una menor de edad en publicidad por parte de la empresa demandada

Sostiene la demandante que “A finales del año 2007 e inicios del 2008, la sociedad demandada sin autorización de la actora, retrató y divulgó como imagen de la campaña publicitaria de la Lotería Nacional de Beneficencia a nivel nacional el busto y rostro de la menor [...].

En razón de la descrita campaña publicitaria, cuya base según expone el demandante, fue la imagen de la menor [...], obtenida y utilizada sin la debida autorización de su madre, a través de la cual la empresa lucró ilícitamente y a costa de sacrificar el derecho a la intimidad que debe ser garantizada a todas las personas o transeúntes de nuestro país.

...

Dentro del término que la Ley consagra para ello la sociedad demandada... contestó la demanda negando la totalidad de los hechos de la demanda y en su defensa señaló que quien realmente giró la orden de proceder para la utilización de las imágenes y

*fotografías en los billetes de lotería fue la misma Lotería Nacional de Beneficencia en el marco del contrato 2006(9)66 y suscrito con la demandada.*³³⁰

Todas las personas tienen derecho exclusivo a su propia imagen y ello es reconocido en el artículo 577 del Código de la Familia. Este derecho no discrimina si es mayor o menor de edad porque descansa en el principio de la dignidad humana, pero los menores de edad siempre tendrán reglas diferenciadas por razón de su situación de vulnerabilidad.

Para la publicación de la imagen de una persona se requiere el permiso del titular, que no es más que hacer uso de la facultad del consentimiento por parte del titular para autorizar o no su uso por un tercero. El artículo 577 del Código de la Familia no establece la metodología para el ejercicio correcto de esta facultad, si se materializa con una simple expresión oral o si se requiere el formalismo de ser otorgado por escrito.

Previamente señalamos que ante la ausencia de una regulación explícita sobre este tema tenemos que acudir a las reglas generales establecidas por nuestro Código Civil para el consentimiento en el artículo 1113 y el artículo 1109 que señala que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, por tanto, no es necesario que la autorización por parte del titular sea por escrito bastaría con que la misma sea verbal. En el caso de los menores de edad, si bien es cierto son titulares de derecho, requieren estar

³³⁰ Sentencia No.24 del Juzgado Undécimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, 12 de abril de 2011. Órgano Judicial de la República de Panamá.

siempre representados por su falta de capacidad en virtud del artículo 1114 del Código Civil que señala que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados. En consecuencia, todo menor no emancipado depende de sus representantes legales para autorizar la publicación de su imagen y quienes ejercen la patria potestad tienen que velar por la protección de dicho bien de la personalidad.

En el presente caso se capta la imagen de la menor en una actividad escolar en la que no estaba presente su representante legal, quien es su madre y posteriormente publican dicha imagen no sólo en los billetes de lotería sino en una campaña publicitaria que incluía medios impresos de circulación nacional, vallas publicitarias, entre otros. Por tanto, la empresa demandada tenía que previamente solicitar el consentimiento expreso de la madre de la menor de edad para realizar todas esas publicaciones, a menos que estuviera emancipada que no es el caso, y al no hacer tal petición vulnera el derecho de la menor de edad.

La empresa demandada por su parte no presenta como parte de la evidencia la autorización otorgada por parte de la madre de la menor, más bien su defensa se justifica en qué la utilización de dicha imagen se debe a la orden de proceder dada por la Lotería Nacional de Beneficencia con base a un contrato celebrado entre las dos partes. En la sentencia no se hace alusión al contenido del contrato que sustentaba la demandada en la contestación de la demanda ni se explica si existía alguna cláusula sobre quien tenía la obligación de proporcionar las imágenes para la impresión de los billetes de

lotería y su publicidad. Tampoco se menciona quien capto la imagen fotográfica, sólo se deja claro que se dio una orden de proceder por parte de la institución pública a la empresa demandada.

Si bien las partes celebraron un contrato para la impresión de billetes como su publicidad, eso no significa que no deben cumplir ambas partes con las normas, pues ni el Estado ni los particulares pueden violar derechos de las personas a menos que así la ley lo reconozca. En este caso, aunque se haya emitido la autorización el uso la imagen de una persona por una institución pública, la empresa no tiene derecho a utilizarla sin su debida autorización, punto crítico y central de la demanda que debió ser objeto de análisis por parte del Tribunal pues resultó lesionada su dignidad como ser humano, lo vulnerado es un derecho personalísimo que le pertenece a una menor de edad.

- Se reclama indemnización por daños y perjuicios causados por el uso de imágenes sin el consentimiento en publicidad de lotería

Se sustenta en la demanda que “Como consecuencia de dicha campaña la menor ha sufrido menoscabo en su integridad psicológica y en sus relaciones con otros menores de edad, la demandante [...] no ha recibido a la fecha pago, remuneración, indemnización, ni retribución alguna por parte de la demandada por el uso de la imagen de su hija [...] en la campaña publicitaria que a nivel nacional realizó la empresa demanda en los medios escritos, en vallas publicitarias distribuidas y colocadas en toda la geografía nacional, en otros medios impresos como revistas y diarios de circulación nacional.” ...

Mientras que en la contestación de la demanda se sustenta que “*La presentación de la Lotería Nacional de Beneficencia y sus colaboradores en el momento indicado por la parte actora realizado, fue un acto de beneficencia en beneficio del comedor de la escuela a la que asiste la niña [...], por lo que no existe el lucro que pretende hacer valer la demandante.*

A juicio de la defensa de la sociedad demandada la Lotería Nacional de Beneficencia actúo de manera filantrópica por lo que mal puede su representado asumir un pago que requiera tratando de tergiversar las actividades propias del ejercicio de la profesión de la demandada lo cual es tratarse de aprovechar de al [sic] situación y de la buena fe de su representada que se caracteriza por una labor de interés social, que no admite este tipo de demandas por el carácter social de sus actividades benéficas.” ³³¹

En los vistos de la sentencia, se señala que la demandante, la madre de la menor, solicita que la empresa sea condenada al pago de la suma de cien mil balboas en concepto de daños y perjuicios ocasionados a la menor por el uso no autorizado de su imagen en campañas publicitarias a nivel nacional y por parte de la demandante no se negó su uso ni se presentó evidencias de la autorización para realizar la publicación, sino que su uso fue producto de la orden que fue girada por una institución pública.

Si bien captan la foto dentro las instalaciones de una escuela o un comedor en el marco de una actividad que es coordinada con una institución pública (Lotería Nacional de Beneficencia), podría considerarse que es un lugar

³³¹ Ídem.

abierto al público con una actividad organizada en conjunto con instituciones públicas y, en consecuencia, hay libertad para tomar fotos, videos, entre otros, pero es exactamente lo contrario. Por encontrarse en un espacio abierto al público las personas no pierden su derecho a la intimidad ni su derecho a la propia imagen y en el caso de menores de edad hay que respetar el interés superior del menor, aunado a que el artículo 577 del Código de la Familia señala que se requiere autorización para el uso de la imagen aunque sea en un lugar público. La excepción sería que publicasen imágenes de la actividad de beneficencia con fines noticiosos, pero se usaron las fotos de la menor para fines publicitarios.

Se tiene que tener claro que si una persona otorga consentimiento para que le tomen una foto, eso no implica que de forma automática se haya concedido el permiso para publicarla o difundirla, así como también la empresa demandada debía verificar previo a la publicación si existía autorización para el uso de la imagen como publicidad más tratándose de la foto de una menor de edad.

Las empresas dedicadas a realizar publicidad tienen el deber de investigar y asesorarse sobre las normas que deben cumplir para publicar imágenes de una persona, sobre todo cuando existe la práctica de solicitar la firma de un formulario o formato de autorización denominado "*foto release*" donde se autoriza el uso y el titular de la imagen se compromete a no demandar por el uso de la fotografía, entre otros. Por tanto, la empresa tenía que solicitarle a

la institución pública que le acreditase la existencia del consentimiento otorgado por la madre de la menor.

Cierto es que la institución pública realiza las ventas de billetes para financiar programas de desarrollo social, pero su actividad no pierde su esencia que es la de ser un juego de azar que se vende al público para ganar dinero y en el caso de Panamá los ingresos de la lotería representan millones³³². El uso legal de una imagen permitido por la norma sólo es en casos de fines noticiosos, interés público o cultural, en el presente caso no se sustenta en ninguno de esos fines pues el uso de la imagen lo emplearon para publicidad que promovía la venta de dicho juego de azar, y por otro lado, la empresa demandada se ganó un contrato para realizar la impresión con su publicidad, por lo que se hace con fines económicos.

El mismo Código de la Familia en el artículo 578 remite al lesionado a dos alternativas, la primera a solicitar la sanción de 15 días-multas vía los juzgados de familia o de menores y la segunda, es la indemnización de los daños y perjuicios, motivo por el que cualquiera quien sea el o la demandante al evaluar sus opciones y verificar el tiempo para la prescripción acciona por la vía ordinaria. Situación que podría ser distinta si la persona lesionada

³³² “Datos de la página web de la Contraloría General de la República de Panamá, revelan que hasta septiembre de este año se produjo \$568,745 en la venta bruta de los sorteos de la Lotería Nacional de Beneficencia. Según el informe de la Contraloría, titulado ‘Apuestas de los operadores de juegos de suerte y azar y venta de lotería’, las ventas este año fueron mayores si se compara con los últimos cuatro años. En el 2018 se percibió \$544,539 millones y \$525,695 millones en el 2017”. ZEBALLOS, Emilia. Ventas de lotería al mes generan más de \$50 millones, El Siglo, 2019. Recuperado el día 12 de noviembre de 2019, desde <http://elsiglo.com.pa/panama/ventas-loteria-generan-50-millones/24144291>.

contara con un mayor término del tiempo para el ejercicio de la acción que no fuera únicamente un año como la regla general.

También podría ser diferente el tomar la ruta de la responsabilidad y si existieran otras medidas, por ejemplo la que establece la disposición española que se refiere a que el perjudicado puede apropiarse de lucro obtenido por el uso no consentido de sus derechos, pues además de ocurrir o no un daño patrimonial y/o moral pueden existir ganancias de las que se ha aprovechado el demandado por el uso de la imagen y esta última hubiese sido quizás la medida que hubiese seleccionado la demandante si estuviera entre las alternativas que otorga la legislación panameña para la protección de los derechos de la personalidad como lo es el Derecho a la imagen.

- Se estima que no se ha acreditado el daño por el uso no consentido de la imagen

“Encuentra el tribunal que lo pretendido por la demandada se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad Civil extracontractual, puesto que se trata de aquellas obligaciones que nacen producto de la culpa o negligencia, mismas que son tipificadas por el artículo 1644 del Código Civil.

En ese sentido, para que proceda la indemnización, es necesario que la afectada pruebe en juicio, la existencia del hecho dañoso (culposos), que el mismo fue producto de una conducta ilícita, el nexo entre el daño y el hecho dañoso y su relación con el demandado.

...

No consta dentro del expediente el daño que se reclama, es decir, la actora, quien alega haber sufrido un daño producto de una relación extracontractual, no ha acreditado los presupuestos básicos de la

existencia del mismo por cuanto no existe prueba alguna de la cual se desprenda que en efecto la integridad psicológica de la menor [...] ha sido menoscabada y que ésta se ha visto afectada en su relación con otros menores.

En ese sentido, el artículo 784 del Código Judicial, es claro al disponer en su primer párrafo que “incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de las normas que le son favorables” y como quiera que en el caso de marras no se ha acreditado la existencia del daño causado corresponde declarar no probada la pretensión y en ese sentido se pronuncia.

*En mérito de lo antes expuesto, el suscrito, **JUEZ UNDÉCIMO DE LO CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley, declara NO PROBADA la pretensión incoada por la actora dentro del proceso ordinario de mayor cuantía propuesto por [...] contra **MERCADOTRON...**”³³³*

El Tribunal de la causa analiza el caso como si fuera un daño ocasionado a un bien mueble o inmueble, no lo trata como un bien de la personalidad. El Derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que encuentra su fundamento en el principio de la dignidad humana y así lo reconoce el artículo 577 del Código de la Familia cuando dice que la difusión de la imagen de una persona debe realizarse con base al respeto a la dignidad humana.

En los casos sobre Derecho a la propia imagen una de las primeras preguntas a realizarse es si podía utilizarse la imagen de la menor de edad, sin el

³³³ Sentencia No.24 del Juzgado Undécimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, 12 de abril de 2011. Órgano Judicial de la República de Panamá.

consentimiento de sus padres, para realizar la publicidad de billetes de lotería y la respuesta hubiese sido no se puede porque la ley dice que sólo se puede usar con la autorización del titular, en este caso el representante legal. Otra pregunta a plantearse era si es relevante usar la imagen de la menor dentro de las reglas de la legalidad que señala el artículo 577, es decir, usar la imagen para fines noticiosos, de interés público o cultural, cuya respuesta hubiese sido que la publicación no se ajustaba a ninguna de las excepciones; por tanto, no podía publicarse, además que la demandante no justificó su uso en ninguno de los usos permitidos. Con ambas respuestas el Tribunal de la causa hubiese arribado a la conclusión que si había ocurrido el acto ilícito, pues se utilizó la imagen sin autorización y para fines publicitarios.

Ahora bien, al no existir la autorización ni un contrato entre las partes para el uso de la imagen, la demandante opta por solicitar la medida de la indemnización de daños y perjuicios que es sustentada en el artículo 1644, 1644-A y siguientes del Código Civil que se refiere a la responsabilidad extracontractual que comprende tanto el daño patrimonial como el daño moral. Es aquí donde se aplica la regla general de los requisitos que se deben dar para que exista en un caso concreto la responsabilidad civil que no es más que acreditar el hecho dañoso producto de una conducta ilícita, el nexo entre el daño y el hecho dañoso.

En virtud de estas reglas generales de nuestro Código Civil es que el juez de primera instancia sustenta que la madre de la menor tenía que probar en el proceso la existencia del daño, por culpa o negligencia, que el mismo fue

producto de una conducta ilícita realizada por el demandado, por lo que la demandante que ha resultado vulnerada tiene la carga de la prueba, aunque dicho daño sea moral. No obstante, la demandante si logró acreditar la conducta ilícita por parte de la empresa demandada al no contar con la autorización para publicar, aunque el Tribunal no lo reconoce en su decisión, pero la demandante no aportó pruebas sobre el daño ocasionado que fuera señalado en la demanda como la afectación de la integridad psicológica de la menor y que ésta se ha visto afectada en su relación con otros menores de edad. Por ello, el Tribunal arriba a la conclusión que no se probó la pretensión. Otro examen obligado para el caso sobre el uso de la imagen era indagar si se trataba de una persona que es un personaje de proyección pública o famosa y resulta que no, por lo que no tiene un valor comercial fijado previamente para cuantificar como ha afectado patrimonialmente la utilización de su foto en la publicidad de la lotería, como podría ocurrir con un artista, cantante o un jugador. La demandante se sustenta en la moral porque se lesiona un derecho personalísimo que no tiene un valor incorporado al patrimonio y por eso, pretendía que fuera reparada dicha vulneración, pero para ello dice el operador que debe probarse el daño en el proceso lo que no se hizo; sin embargo, esa postura sobre la prueba del daño moral que debe ser aportada para derechos personalísimos resulta diferente en otra jurisprudencia que mencionaremos más adelante.

No obstante, que hubiese pasado si tuviésemos por ejemplo la redacción de la legislación española donde el daño moral se presume y lo que tiene que

demostrar el demandante es la existencia del uso no consentido de su imagen. La conclusión del Tribunal quizás hubiese sido distinta y esta es la razón por la cual Panamá tiene que transitar hacia una regla similar porque probar el daño moral y su cuantificación es difícil, mucho más cuando se trata de un bien de la personalidad como es la propia imagen.

El presente caso hubiese encajado en la medida listada en la legislación española que se refiere a que el perjudicado puede apropiarse de lucro obtenido por el uso no consentido de sus derechos, pues debe existir ganancias de las que se ha aprovechado el demandado por el uso de la imagen. La demandante no tenía que demostrar ni daño material ni moral, simplemente que la empresa demandada había obtenido beneficios económicos de utilizar su imagen desde la impresión de los billetes y toda la publicidad para esa venta de lotería.

Por otro lado, qué hubiese ocurrido si el Tribunal de la causa hubiese acudido a los Principios Generales de Derecho que sustenta el derecho de la personalidad como lo es la dignidad humana para resolver este caso y en base a dicho principio, como dice José Enrique Bustos Pueche, la protección del Derecho a la propia imagen como bien de la personalidad se eleva en Principio General del Derecho no pudiendo aplicárseles normas que estén en contradicción con aquél.

En Panamá, si bien no lo tenemos consagrado como en España, si tenemos presente la dignidad humana tanto en el preámbulo como en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución que expresa que “Los derechos y

garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”, aunado a los convenios internacionales que hemos suscrito.

La dignidad humana ha resultado ser el eje central de los derechos humanos y derechos fundamentales, que puede ser lesionado moralmente por la mala utilización de los medios de comunicación masivos alcanzando especialmente a grupos vulnerables como lo son los menores. El sistema de justicia debe valorar en su justa dimensión el respeto a los derechos de la personalidad que son derechos humanos, razonar a favor de la persona como ser humano y no convertirse en un temeroso operador de justicia que se reduce al puro positivismo.

Claro está que la demandante lo que exige es el resarcimiento de un daño moral amparado en las reglas generales de la responsabilidad civil y no lleva dentro de su sustentación al Tribunal de la causa a hilvanar sobre el derecho a la dignidad, los Principios Generales del Derecho, el Derecho a la intimidad y el Derecho a la propia imagen.

Qué hubiese sucedido si la madre de la menor hubiese autorizado el uso de la imagen para el billete de lotería más no autorizó para que se usara en la campaña publicitaria, pues hubiese podido igualmente demandar a la empresa por uso no consentido de la imagen para la publicidad por la vía civil. Ocurre que dicha autorización específica no es extensiva a otras publicaciones, no implica una carta abierta para qué un tercero utilice su

imagen a su libre arbitrio ni tampoco implica dicha autorización que ha renunciado a su Derecho a la propia imagen. Lo que si es que habría que valorar si se firmó o no un documento para el uso de la imagen, si fue gratuito u oneroso, el alcance de esa autorización, entre otros, pues si no fue pactado mediante un contrato entramos nuevamente a los vacíos en nuestra legislación civil.

- Se reconoce en segunda instancia que al utilizar la imagen de la menor de edad se acredita la ocurrencia del acto culposo

El Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá conoce del proceso ordinario y mediante sentencia que resuelve la apelación de fecha 11 de septiembre de 2014, se realiza análisis del caso en la que la demandante afirma en su apelación que:

“Censura las suposiciones emitidas por el A quo en la decisión apelada, ya que incurrió en error al aplicar a la causa una norma distinta a la que debió ser aplicada. En ese sentido, advierte la omisión de lo establecido en el artículo 577 del Código de la Familia, que expresamente garantiza a toda persona, la adecuada protección de su imagen y prevé que todo ser humano, tiene derecho exclusivo sobre la misma.

Señala que la conducta ilícita de la demandada no recae necesariamente en el daño moral o psicológico que se le haya causado a la menor, sino en la falta de autorización para la utilización de su imagen”.

Sobre este argumento el Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá reconoce el acto culposo de usar la imagen sin el consentimiento:

“Corresponde entonces, determinar si la parte actora acreditó los elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual reclamada, a saber, un acto u omisión culposa o ilícita, un daño y un nexo causal entre los dos primeros.

El primer elemento vendría a configurarse por la utilización de la imagen de la menor hija de la demandante en una campaña publicitaria sin su autorización, pues, tal como advierte la parte recurrente, el artículo 577 del Código de la Familia establece el derecho exclusivo de toda persona sobre su propia imagen, la que no podrá ser reproducida públicamente sin el consentimiento de su titular.

A juicio de esta Superioridad debe estimarse acreditada la ocurrencia del acto culposos, toda vez que al contestar la demanda, la demandada aceptó la utilización de la imagen de la menor, aunque argumentó en su defensa que lo hizo bajo el marco del contrato suscrito con la Lotería Nacional de Beneficencia”.

No obstante, el Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá a pesar que reconoce el acto culposos dice que no se demostró la ocurrencia del daño moral reclamado:

“Siendo así, corresponde determinar si la parte demandante logró acreditar la existencia del daño moral reclamado, identificado en el libelo de la demanda como “menoscabo a su integridad psicológica y en sus relaciones con otros menores”.

Tal como conceptuó el Juez A quo, la parte actora no aportó al proceso prueba alguna tendiente a acreditar el daño moral reclamado. De hecho, la misma sólo aportó al proceso pruebas documentales, con la presentación de la demanda, y adujo una prueba de informe a la Lotería Nacional de Beneficencia.

Al no demostrar la ocurrencia del daño reclamado, deviene sin propósito el análisis del tercer elemento de la responsabilidad extracontractual, relativo al nexo causal entre el acto culposo y el daño.

Por lo expuesto, esta Superioridad estima conforme a derecho confirmar la sentencia venida en apelación y a ello procede”.

La demandante al sustentar su apelación señala que la conducta ilícita recae en la falta de consentimiento porque existen normas que protegen el Derecho a la propia imagen, situación que sí reconoce el Tribunal de alzada a diferencia de lo ocurrido en primera instancia. No obstante, a pesar de los argumentos realizados sobre la vulneración del derecho que tuvo “el único y expreso fin de ganar un provecho económico, en su actividad mercantil de publicidad”, no son suficientes al sustentar la demanda en la responsabilidad civil extracontractual porque las reglas del artículo 1644 del Código Civil nos llevan a que hay que probar el daño y un operador de justicia estrictamente positivista va hacer lo que ha ocurrido tanto en primera y segunda instancia, verificar si cumple o no con los elementos o requisitos para configurar la responsabilidad civil para entonces fallar que no le asiste el derecho.

El daño moral ocasionado a bienes de la personalidad como el Derecho a la propia imagen no cuenta con reglas especiales tal cual lo tiene España, donde la existencia del perjuicio se presume siempre que se demuestre el uso no consentido, pero en el siguiente punto revisaremos una sentencia que en cierta medida reconoce que la sola protección reconoce el dolor o sufrimiento

moral en los derechos de la personalidad bajo la aplicación del 1644-A del Código Civil.

Sin embargo, en el presente caso acreditar o no un daño no sería necesario si se contara con la medida de apropiarse del lucro obtenido por la persona que ha obtenido beneficios económicos por usar una imagen de una persona sin su permiso, el resultado hubiese sido a favor de la demandante porque la empresa obtuvo provecho de vulnerar el Derecho a la propia imagen de su titular. Y en la apelación esa fue la intención de la demandante, demostrar que la empresa generó ingresos a costas de vulnerar su derecho, pero no se cuenta en Panamá con esa medida que permitiría que discurriera más fácilmente el examen que realiza un operador de justicia.

2.1.4. El daño moral y los derechos de la personalidad

La sentencia anterior nos demuestra lo difícil que es probar el daño con los derechos de la personalidad, especialmente con el Derecho a la propia imagen porque el operador de justicia no lo concibe desde la perspectiva del valor de la dignidad humana. Por ello, para nosotros es importante revisar la siguiente Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 26 de enero de 1998 cuyo ponente fue el Magistrado Eligio A. Salas³³⁴ que resuelve un recurso de casación que tiene origen en un proceso ordinario de mayor cuantía, que si bien atiende a una lesión al Derecho al Honor que a su vez es un derecho de la personalidad, hace pronunciamientos que pueden servir de guía para casos

³³⁴ Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá, <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

relativos al Derecho a la propia imagen, por referirse al daño moral y a los derechos de la personalidad.

La antesala a esta casación inicia porque el demandante DBL solicita indemnización por el daño moral causado por injurias y calumnias en su contra por publicación realizada en el diario El Siglo en el mes de septiembre del año 1991. El origen es una denuncia presentada por el demandado PV contra el demandante DBL y un familiar del demandante por el delito contra la vida, donde señala al final de su escrito que al demandante DBL se le investigue también por usufructo de bienes del Estado por el no pago de alquiler, cuando ya había realizado el pago.

En la primera instancia, el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá resolvió mediante sentencia de 17 de agosto de 1995 no acceder a los daños y perjuicios morales “ya que el Actor no ha probado la existencia del derecho sustantivo en que fundamenta sus pretensiones”, lo que se mantiene por el Primer Tribunal Superior al dictar resolución de 16 de octubre de 1996 que resuelve la apelación. Motivo por el cual la Sala Civil casa la resolución de 1996 y revoca la sentencia de 1995 dictada por el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil condenando a indemnizar y reparar los daños morales causados a DBL por la suma de B/.50 mil balboas y que se publique un extracto de la sentencia en un periódico de la localidad a cargo del demandado PV.

Si bien el análisis realizado por la Sala Civil se concentra en el error de derecho en cuanto a la apreciación de las pruebas que aportó el demandante DBL para demostrar la lesión por difamación que ha afectado su honra, también fija su

atención en los daños morales ocasionados a los derechos de la personalidad motivo por el cual es importante el contenido del mismo, por lo que es importante resaltar lo que dice la sentencia al respecto.

- El daño moral y su vinculación a los derechos de la personalidad

La sentencia entra a analizar que es el daño moral y como está estrechamente vinculado a la lesión de los derechos de la personalidad al señalar que:

“Se suele decir que el daño moral puede ser identificado como aquel que resulta de la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho. La violación de cualquiera de esos derechos inherentes a la personalidad – el honor, la reputación, la fama, el decoro, la dignidad, la vida, la intimidad, etc. – producirá repercusiones perniciosas en el ámbito moral del afectado, pudiendo también tener consecuencias indirectas sobre el patrimonio, dado el valor económico y productivo que no pocas veces tiene el bien que se procura tutelar: la personalidad”.³³⁵

No se menciona taxativamente al Derecho a la propia imagen, pero este derecho es uno de los derechos de la personalidad y es claro al señalar que la vulneración de cualesquiera de estos derechos produce consecuencias dañosas en la parte moral del titular del derecho.

- La prueba del daño moral en cualesquiera de los derechos de la personalidad y la presunción del daño moral

³³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Eligio A. Salas, 26 de enero de 1998. Demetrio Basilio Lakas recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Diamantis Papadimitriou Vasiliadis. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 3 de marzo de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Otro de los puntos a resaltar con esta sentencia es que con sólo demostrar la vulneración de cualesquiera de los derechos de la personalidad esa es la prueba del daño moral, que el daño moral se presume por solo realizar el hecho dañoso:

“Pero, por encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso”. (el subrayado es nuestro)³³⁶

Esto significaría que con sólo mostrar que se ha publicado la imagen de una persona se estaría evidenciando la transgresión y sería la prueba del daño moral del titular del derecho, pues por la sola publicación se presume la realización del hecho dañoso.

- Reparación del daño a bienes extrapatrimoniales con base al principio de equidad

Como una de las peticiones del demandante es la indemnización por el daño moral causada por la lesión de un derecho de la personalidad, en la sentencia se valoran los factores que señala la norma en el 1644-A del Código Civil para

³³⁶ Ídem.

determinar dicha indemnización sobre todo porque es un bien extrapatrimonial característica propia de los bienes de la personalidad:

“En la reparación del daño moral se conjuga o sintetizan la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto del ofensor le impone a éste el deber de reparar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. También es cierto que la reparación del agravio o daño moral debe guardar relación con la magnitud del perjuicio, el dolor o la afección que haya causado, sin dejar de tomar en consideración el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiración al infractor cuando cometió el ilícito. Son esos los factores recogidos por el artículo 1644-A del Código Civil cuando señala:

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

Encontrar una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño tratándose de la afectación de bienes extrapatrimoniales ofrece, como es natural, serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente posible”.³³⁷

Luego del análisis de dichos factores la Sala acepta que se debe reparar con una indemnización inspirada en principios de equidad y que no sea fuente del enriquecimiento sin causa:

“Aún cuando la Sala no comparte la opinión de los peritos que señalaron la indemnización que se merece el Ing. Demetrio Basilio Lakas fijándola en la suma de 250 mil balboas, en virtud de que no es

³³⁷ Ídem.

admisible que la reparación se convierta en fuente de un enriquecimiento sin causa, si considera de justicia que se le reconozca al demandante el pago de una indemnización que, inspirándose en los principios de la equidad, sea suficiente para darle satisfacción al ofendido. Desde ese punto de vista se estima que una indemnización adecuada en este caso puede ser fijada en la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00)."³³⁸

Luego de leer esta sentencia, queda en evidencia que el Magistrado Eligio Salas tenía claridad en cuanto al análisis que se debe realizar cuando el derecho lesionado es un bien de la personalidad, que una vez vulnerado el daño se presume por la sola realización del hecho dañoso, examen que no hacen todos los operadores de justicia como lo anotamos en la sentencia anterior que trataba específicamente del Derecho a la propia imagen.

Si bien esta sentencia puede servir de ayuda para resolver todas aquellas demandas que guardan relación con la vulneración de derechos de la personalidad, no ocurre quizás porque no se encuentra regulada de manera taxativa en Panamá como lo hace la legislación española tanto para el Derecho a la propia imagen, como para el Derecho al honor y el Derecho a la intimidad.

2.2. Jurisprudencia Extranjera

En nuestro recorrido en la revisión de jurisprudencia, nos parece propicio hacer mención a jurisprudencia sobre el Derecho a la propia imagen en otros países con el propósito de observar cómo los operadores de justicia han resuelto los

³³⁸ Ídem.

problemas que se les han planteado ante la vulneración de este bien personalísimo.

2.2.1. Jurisprudencia de Argentina sobre Derecho a la Propia Imagen

Antes de exponer los casos, es importante mencionar que en la República de Argentina entró en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial en agosto del año 2015, el cual incluye un capítulo dedicado a los derechos y actos personalísimos con disposiciones entre las que existen consecuencias a la lesión a la dignidad de la persona al señalar en su artículo 52 lo siguiente:

“ARTICULO 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

Con esto toda persona lesionada en su Derecho a la propia imagen puede accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños. En Argentina el derecho a la imagen incluye la captación o reproducción de la imagen o la voz de la persona para lo cual se requiere su consentimiento, en el caso de los fallecidos el consentimiento debe ser otorgado por sus herederos o el designado por el causante.

Cabe destacar que el artículo 1738 del Código Civil Argentino acorde con el artículo 52, prevé que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima al disponer que:

“ARTÍCULO 1738. Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. (el subrayado es nuestro)

No obstante, los casos argentinos que expondremos más adelante se fallan en el año 2018, pero ocurrieron antes de la vigencia de las normas antes señaladas y como bien se señala en las motivaciones de una de dichas sentencias el Código que los rige tiene disposición expresa respecto a la temporalidad de la ley sobre la irretroactividad respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, por lo que se aplica la ley anterior.

Ambas sentencias se encuadran principalmente en lo establecido en el artículo 31 de la Ley 11,723 de 1933³³⁹ que establece el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual que expresa lo siguiente:

“Artículo 31. El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando

³³⁹ Ley 11,723 de 1933, recuperado el 23 de diciembre de 2019 desde <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/results?countryOrgs=AR&subjectMatters=11>.

se relacione con fines científicos, didácticos y en general, culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Lo que resulta interesante para esta investigación es que el nuevo código no deroga el artículo 31 de la Ley 11,723 manteniéndose vigente, porque de acuerdo a los fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial lo que se busca es regular e incorporar el núcleo duro del Derecho a la imagen y que se aplique la norma más protectora, sea la del Código o la ley especial³⁴⁰. Por ello, a pesar del cambio de normativa, es interesante exponer dos sentencias relativas a este derecho al que se le aplica la ley especial.

2.2.1.1. Se reconoce el daño moral por la difusión de imagen de un menor por diferentes medios de comunicación con fines comerciales

La Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina fechada de 5 de febrero de 2018³⁴¹ tiene su origen en una demanda por los daños y perjuicios derivados de la publicación de fotografías del hijo de unos actores, en las que se muestra claramente su rostro, las cuales fueron tomadas en la vía pública sin su consentimiento.

³⁴⁰ “El CCyC, a través del art. 53, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la imagen. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Código; hay que buscar, pues la norma más protectora de los derechos en juego; si es la ley especial; si es el Código, será el Código. Es por eso que, en este sentido, en los artículos del CCyC que rigen la prelación de normas, la ley general o especial está siempre ubicada en el mismo inciso cuando se trata de leyes imperativas”. CAMELO, Gustavo, HERRERA, María y PICASSO, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, primera edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Argentina, 2015, Página 132. Recuperado el día 24 de agosto de 2015, desde <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

³⁴¹ Revista Digital Pensamiento Civil. Recuperada el 04 de octubre de 2019, desde <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Fallos3643.pdf>.

Los actores demandantes (G.B.D. y otro) alegan que la empresa demandada (Producciones P. S.A.) realizó dos publicaciones con fotografías de ellos y su hijo menor de edad. Las mismas fueron captadas sin su consentimiento en la vía pública donde se puede observar claramente el rostro, lo que ha colocado en riesgo a su hijo y su vida privada, adicional a que la empresa ha sacado provecho comercial con dichas publicaciones. Mientras que la empresa demandada sustenta que la existencia o no del consentimiento no es necesaria porque la fotografía publicada se relaciona con hechos o acontecimientos desarrollados en público.

- Se revisa que es necesario el consentimiento para captar la imagen, aunque fue captada en la vía pública

En atención a lo señalado por la empresa demandada que expuso que no era necesario el consentimiento por ser captada la imagen en la vía pública y que tampoco afectaba a la intimidad, la Sala esboza primero un análisis sobre la armonización entre el contenido del artículo 31 de la Ley 11,723 y el artículo 1071 bis del Código Civil sobre el Derecho a la propia imagen, sumado a la alusión de la sustentación de decisiones judiciales previas de casos similares que le permiten concluir a la Sala que no procede lo alegado por la empresa demandada por la indebida difusión de la imagen del menor con fines comerciales.

- La Sala se refiere primero a las normas que existen en la legislación argentina vinculadas al Derecho a la propia imagen como lo son las marcas, la publicación de un retrato y la intromisión a la vida privada:

“Tres posibles formas de agresión a ese derecho que ampara la ley son descriptas (sic) por Gregorini Clusellas:

1) La de su empleo no autorizado como marca comercial (art. 4º, ley 3975),[...]

2) La de su puesta en el comercio o su simple publicación (interpretación a “contrario sensu” del último párrafo del art. 31 ley 11.723), sin el consentimiento expreso, específico y revocable de la persona misma o de los derecho habientes que la ley determina, el que solamente se dispensa cuando medien alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando la publicación del retrato, se relacione con fines culturales en general y científicos o didácticos en particular, b) cuando dicha publicación se relacione con hechos y acontecimientos de interés público o que hubieran desarrollado en público; c) cuando la persona fallezca sin dejar cónyuge ni alguno de los ascendientes o descendientes identificados por la norma del art. 31, o bien hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada.

En este supuesto, el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada.

3) Cuando la publicación del retrato fuese un medio de intromisión arbitraria en la vida ajena, de mortificación en sus costumbres o sentimientos o de perturbación de cualquier modo de su intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil).³⁴²

- La Sala cita casos previos donde se han analizado el uso de la imagen sin consentimiento:

“El supuesto contemplado por esta norma es específico pues tutela el empleo de la imagen de un modo particularmente lesivo como el

³⁴² Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, 5 de febrero de 2018. Revista Digital Pensamiento Civil. Recuperada el 04 de octubre de 2019, desde <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Fallos3643.pdf>.

genéricamente denominado derecho a la intimidad (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, 1996-D, 136; C.N. Civ., esta Sala, 28/09/2009, Expte. N°101.903/2005 “Ochoa, Raúl Vladimiro c/Recoletos Argentina S.A. s/daños y perjuicios –ordinario”, entre otros). [...]

A lo consignado se suma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la ley ha prohibido – como regla general– la reproducción de la imagen en resguardo del derecho que cada individuo posee sobre ella, así como ese principio sólo cede ante circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho (“Werner, Graciela Cristina c/Pensado para Televisión S.A. y otros s/daños y perjuicios, causa 533.996 del 5/10/2009, fallos: 311:1171) Lineamiento que venía desarrollando con anterioridad (CSJN, 28-06-1988, Lambrechí, Norma B. y otra c/Wilton Hotel y otro, Fallos 311:1171, LL 1989- C-478; JA 1989-I, 89, DJ 1991 -2, 78).

A esto se agrega “no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de los interesados” (dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que los Dres. Petracchi y Maqueda hacen propios en Fallos 330; 5088).

Es decir que la publicación de la imagen con fines comerciales no encuadra en el art. 1071 bis del C. Civil sino en los arts. 31 y concordantes de la ley 11.723 en virtud de la distinción conceptual entre la difusión de esa imagen con fines comerciales sin la debida autorización, desarrollada en la vía pública, y la intimidad que no habría de verse concreta y seriamente vulnerada, ni tampoco puede entenderse una lesión al honor o descrédito, más por lo escaso y elogioso del comentario consignado (ver CNCiv. Sala C, 2/05/1989,

Sun Graciela Roxana c/Chani s/daños y perjuicios, idem Sala I, 31/08/1998, Rother Sergio y otro c/Cica SA. Industrias alimenticias y otros, Expte N° 4081).

Los escasos comentarios consignados en el número 815 de la revista muestran un papá dedicado a su bebé, disfrutando plenamente de su paternidad en múltiples actividades, digno modelo que debe ser tenido en cuenta por la sociedad en sustento de la familia. La otra revista muestra una familia que se dedica a compartir los fines de semana. Los comentarios en ambas se refieren más a la actividad artística de los padres y la natural compatibilización del tiempo que los padres realizan entre el trabajo y la familia.

Por lo que, sin consentimiento de los representantes del bebé, haciéndose la publicación con fines comerciales, ésta genera un daño moral a favor de él, que debe ser indemnizado (esta Sala, 1/08/2000, Mesaglio, Paola c/Austral Cielos del Sur S.A.; LL 2000-F, 117).

En el caso de noticias respecto de menores, el medio debe evitar difundir datos que permitan su identificación con el fin de tutelarlos, si bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación se ha referido a intromisiones ilegítimas respecto de su intimidad, que no es el caso en los presentes (art. 16 inc. i de la Convención sobre los Derechos del niño – CSJN 28/08/2007, S.L.E. c/Diario El Sol s/daños y perjuicios- También la CNCiv., por su Sala A lo ha hecho en un caso de noticias referidas a menores, en R.S.N. y otro c/Editorial Atlántida S.A. s/ds. Y ps. Libre 509.249), entendiendo que el medio de difusión no puede ampararse en la Doctrina Campillay o en el interés público supuestamente en juego”.³⁴³

³⁴³ Ídem.

Así finalmente concluye la Sala que lo solicitado por el apelante, que es la empresa demandada, no modifica lo decidido respecto a que sí se requiere el consentimiento, aunque se captara la imagen del niño en una vía pública.

- Se mantiene la indemnización por daño moral por la publicación de la imagen del menor de edad y sólo se concede revocar la decisión de indemnización respecto a los padres

La empresa demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia que concedía indemnización por daño moral tanto al menor de edad como a sus padres, por lo que el Tribunal procede a revisar lo decidido en primera instancia y reitera que el caso queda limitado a la protección de la imagen.

Para ello, revisa si las víctimas, es decir, los padres del menor demostraron el daño como parte de las reglas de la responsabilidad civil y queda evidenciado que no presentaron las pruebas por lo que se revoca lo decidido sobre ellos y se confirma únicamente el daño moral a favor del niño.

- La Sala al revisar lo pedido por los demandantes establece que hay una separación entre la publicación de la imagen del hijo menor de edad y la privacidad reclamada por los padres que son personajes famosos:

“Es obvio que se reclama por la publicación de la foto del bebé y no por las obtenidas de los peticionantes, ya que la fundamentación que vierten en su escrito de inicio hace mención a que “la difusión de la imagen de nuestro hijo, menor de edad, en la vía pública, sin nuestro consentimiento y poniendo en riesgo potencial la seguridad de nuestro hijo” (ver fs. 20), así como a ellos los “ha dejado expuestos

ante la vida público, vulnerables ya que ha dejado expuesta nuestra vida privada, lo que hace que potencialmente estemos en peligro” (ver idem) Como bien reconocen los actores, ellos son personajes público y consideran que “se entrometieron en nuestra vida privada” (ver fs. 20 vta.).

Asimismo reconocen que E., el bebé, fue “la principal víctima” (ver idem).

Más cuando, los actores reclaman con fecha 29 de marzo de 2012, las publicaciones ya se habían realizado (15 de febrero de 2012 y 14 de marzo de igual año).³⁴⁴ (sic)

- Entre lo aportado en la demanda, la Sala revisa que no existen pruebas sobre el perjuicio sufrido por los padres del menor que son personajes públicos:

“Cabe consignar para concretar respecto de los hechos alegados en el escrito de inicio, que no existe prueba en autos con relación a los aducidos riesgos de seguridad, ni a la materialización de medidas de protección, ni que las publicaciones hayan cambiado el curso de sus vidas, ni que su patrimonio se haya deteriorado.

Resulta curioso que se sostenga que hubo menoscabo en sus bienes vitales de orden natural, honorabilidad, moralidad, derecho de propiedad y patrimonio natural.

Tampoco lo expresado por la parte actora en las medidas precautorias muestran la relación de causalidad entre las publicaciones de las fotos del bebé y las alegadas consecuencias esgrimidas.

Más, si el coactor circulaba con una camioneta como se describe, la que valora a fs. 10 del Expte. 108.758/12 y la Sra. G. lo hacía con el

³⁴⁴ Ídem.

vehículo que indica y estima su valor en el monto que afirma, es de suponer que los riesgos supuestos que corrían están eventualmente más vinculados con lo que exhibían que por las fotos publicadas de su hijo, en las que no se percibe ningún vehículo automotor, sino simplemente un carrito de bebé.”³⁴⁵

- Sobre el daño sufrido por los padres demandantes, la Sala examina si se ha configurado la responsabilidad civil para que proceda la indemnización, lo que lleva a la conclusión que es eventual y potencial, por lo que no procede y se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia:

“En primer lugar, cabe remarcar que conforme surge del plexo normativo conformado por los artículo 1068 y 1078 del Código Civil resulta que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su esposa o a sus derechos o facultades” o cuando se ocasione daño moral. (Belluscio- Zannoni. “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”. T. II. Ed. Astrea. Pág. 688. Bs. As. 2002).

Es así que la configuración del daño se erige como el presupuesto básico de responsabilidad civil, y debe tratarse de un daño cierto para poder ser resarcible y susceptible de apreciación pecuniaria, y a su vez, propio o personal de quien lo reclama.

La víctima debe demostrar el daño cuya reparación pretende, lo que se debe adelantar no acontece en los presentes.

Incumbe al pretensor del resarcimiento de daños demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia; esto es, evidenciar los presupuestos del deber de reparar.

³⁴⁵ Ídem.

El hecho antijurídico o el incumplimiento, el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de esfuerzo demostrativo. (Lorenzetti, Ricardo. “Carga de la prueba en los procesos de daños”. Revista Jurídica La Ley. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Parte general y especial. T. III. Bs. As. 2007. Pág. 567 y ss.).

Asimismo, es criterio admitido que la vinculación causal entre el hecho antijurídico y el daño debe ser demostrada por la víctima.

La ley especifica presunciones de causalidad a nivel de autoría, como bien lo reseñan Alterini y López Cabana (“Presunciones de causalidad y de responsabilidad”, La Ley, 1986-E, 981). [...]

Asimismo, cabe remarcar que “el daño indemnizable es el que se halla en conexión causal adecuada con el acto del responsable y ha sido determinado o producido por ese acto” (CNCiv., sala A, 26/6/73. Rep. ED 7-415, N° 25); por ello, “no basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea causa eficiente del daño, para ello es necesario que tenga, por sí, la virtualidad de producir semejante resultado”. (CNCiv., Sala A, 9/8/73, ED 51-740). (Belluscio – Zannoni, obra citada, pág. 691).

El daño cierto es el requisito en si más importante para determinar qué es daño resarcible y qué no lo es. Se contrapone al daño meramente eventual, conjetural o hipotético, del que no hay ninguna seguridad de que pueda ocurrir o no, no resultando por eso resarcible.

La certeza del daño. Sin lugar a dudas, es el primordial presupuesto para que el menoscabo sea resarcible. En efecto, el daño debe presentar suficiente certeza, es decir, no debe ser eventual o hipotético. Así, el simple peligro o la sola amenaza o perspectiva de daño no es suficiente para tornarlo indemnizable. El daño cierto se opone, en consecuencia, al perjuicio eventual, hipotético o conjetural, el que puede llegar o no a producirse. Es así que, si se indemnizara un perjuicio incierto y, finalmente, éste no llegara a consumarse,

entonces existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima.

De esta forma, debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, aunque todavía no resulte comprobada su cuantía. De las propias afirmaciones de los actores surge que la puesta en riesgo de la seguridad es potencial.

Asimismo, mal pueden sostener que han quedado expuestos ante la vida pública, cuando ellos mismos reconocen que son “personajes públicos” (ver fs. 20vta.).

En conclusión, ante el propio reconocimiento que el daño aducido es meramente eventual o potencial, al no cumplirse con los requisitos básicos de la responsabilidad civil, sólo cabe revocar lo decidido con respecto a ellos.”³⁴⁶

De esta forma, el Tribunal decide modificar la sentencia de primera instancia revocando el daño moral reclamado por los progenitores y reconoce que únicamente procede la indemnización por daño moral a favor del menor, pues el medio debió evitar difundir datos que permitan su identificación, con el fin de tutelarlos.

Como se transcribe en la parte motiva de la sentencia se señala que la imagen goza de tutela constitucional en su artículo 33 y que su utilización está regulada por el artículo 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. En ese sentido, es importante mencionar que el artículo 33 de la Constitución Argentina no menciona el Derecho a la propia imagen, sino que es una norma declarativa y de principios

³⁴⁶ Ídem.

generales que sirve de fundamento para atender cualquier derecho y garantía a favor de sus ciudadanos, al señalar:

“Art.33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

De esa forma esta sentencia nos muestra como los operadores de justicia pueden servirse de los Principios Generales del Derecho ante la insuficiencia de normas protectoras, pues como bien el fallo hace mención antes de la vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, la tradicional regulación desde el año 1933 lo fue el artículo 31 de la Ley 11.723 que servía de sustento para decidir sobre pretensiones relacionadas al Derecho a la propia imagen³⁴⁷. Situación que ahora ha quedado fortalecida con el artículo 53 del Código nuevo que de forma más precisa protege la imagen de las personas y que no derogó el artículo 31 de dicha ley.

2.2.1.2. Se reconoce el daño moral por la difusión de imagen de una persona fallecida por medios de comunicación

En la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8 fechado de 29 de noviembre de 2018³⁴⁸ tiene como precedente la demanda interpuesta por los padres de su hija fallecida contra la Editorial Sarmiento (propietaria del diario

³⁴⁷ “El respeto a los derechos fundamentales, está por encima del sistema de justicia, en el sentido de que su real garantía de cumplimiento, se encuentra en la conciencia cultural e histórica de los pueblos”. CHEN STANZIOLA, María Cristina. Los Derechos Fundamentales en la sociedad de la información: una propuesta para su protección en Panamá. Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2014, página 258.

³⁴⁸ Sistema de consulta web del Poder Judicial de la Nación Argentina. Recuperado el 04 de octubre de 2019, desde <http://scw.pjn.gob.ar/scw>.

Crónica), el director del diario (La Crónica) y contra el Estado (Policía Federal de Argentina) por la publicación no autorizada en el diario La Crónica el 10 de febrero de 2012 imágenes del cuerpo sin vida de su hija en su apartamento, destacando que esa edición se vendió en su totalidad las ilustraciones de su hija fallecida y por tanto, solicitan indemnización por el daño psicológico y por el daño moral ocasionado:

“Explican que el día 10 de febrero de 2012, el diario Crónica publicó en su tapa un artículo titulado “POBRE JAZMIN”, donde se puede ver la imagen de su hija recostada desnuda y sin vida en el baño de su departamento; que dicha tapa contiene una imagen de un plato con cocaína que se habría encontrado en dicho baño y que también existen imágenes en las páginas 11 a 13 de dicho periódico junto con un informe sobre la muerte de su hija, cuya publicación nunca fue autorizada.

Relatan que la noticia fue cubierta por diversos medios de comunicación con distintas versiones de lo ocurrido y que uno de los medios que difundió la noticia fue justamente el periódico Crónica, con imágenes morbosas que provocaron inmenso dolor, indignación y repudio, tanto en ellos como en toda la familia y amigos, al extremo de provocar duras y encendidas críticas de otros medios de comunicación, de personalidades del espectáculo y de políticos.

Continúa el relato señalando que tienen conocimiento de que los ejemplares del periódico Crónica del 10 de febrero de 2012 se agotaron en tiempo record como consecuencia de la exhibición de las imágenes morbosas.”³⁴⁹

³⁴⁹ Poder Judicial de la Nación, Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8, 29 de noviembre de 2018. 36500/2012. Sistema de consulta web del Poder Judicial de la Nación Argentina. Recuperado el 04 de octubre de 2019, desde <http://scw.pjn.gob.ar/scw>.

Los demandantes también esgrimen que han resultado lesionados los derechos de la personalidad tanto de su hija como los de ellos, entre esos aluden al Derecho a la propia imagen por las fotos de su hija fallecida que si bien fueron publicadas por el diario las mismas fueron captadas por la Policía Federal Argentina durante la realización de sus funciones, es decir, de dicha entidad estatal salieron las fotos que ilustraron las páginas de la noticia usadas por la empresa demandada:

“Sostienen que se han visto afectados los derechos personalísimos de su hija y los suyos, entre ellos, la imagen, honor e intimidad y que el accionar de los demandados vulnero derechos protegidos tanto por normas constitucionales como de derecho común, causándoles un daño que debe ser reparado de forma íntegra.

Endilgan responsabilidad al Estado Nacional por cuanto entienden que las fotos que posteriormente fueron publicadas en el diario Crónica fueron filtradas por miembros de la Policía Federal Argentina en el marco de la investigación que se estaba llevando a cabo para determinar las causas del fallecimiento de su hija Jazmín”.³⁵⁰

La Editorial al contestar la demanda niega lo alegado por los demandantes, la publicación y las imágenes. Se defienden señalando que son un medio de comunicación que tiene una función social que cumplir, que la joven fallecida era una figura pública que se convirtió en famosa porque salía en programas de televisión como en muchas otras coberturas comunicacionales, por lo que la población necesitaba ser informada de este hecho noticioso:

“Aduce que Jazmín [...] fue, en vida una figura pública que alcanzó su popularidad en el país hacia el año 2002, cuando tenía tan solo diecisiete

³⁵⁰ Ídem.

años de edad al formar parte de un “reality show” conocido como “SUPER M 20-02”, que tenía por objeto elegir entre varias adolescentes a una de estas para que comenzara a desandar su trayectoria y carrera como modelo.

Considera que la joven Jazmín accedió a la fama y a la popularidad al permitir que su vida cotidiana, en todos sus aspectos y durante varios meses, fuera mostrada sin filtro alguno por un programa televisivo, queriendo significar con ello que la hoy fallecida dio comienzo a su trayectoria utilizando a un medio de comunicación para mostrarse ante el público sin ningún miramiento, permitiendo que su vida toda fuera mostrada a cualquier hipotético televidente.

Señala que [...] adquirió calidad de figura pública, llegando a participar de numerosas campañas graficas de diversa índole y varios programas televisivos.

Afirma que el fallecimiento de la Joven Jazmín [...], suscitado el 5 de febrero de 2012 (circunstancia que, tal como se dijo, fuera negada expresamente por su parte), se trató del fallecimiento de una persona pública en la población, su muerte y los pormenores de esta adquieren una relevancia incomparable con la de cualquier otro ser humano, y más cuando la muerte en cuestión golpea a alguien que, por su joven edad, no era previsible que falleciera en lo inmediato.”³⁵¹

Por otro lado, dicen los demandados que su muerte fue impactante y el medio tiene que cumplir con su rol social y exponerle a la comunidad el peligro de consumir drogas, por lo que esta publicación cumple con su papel de educar a través de una figura pública que sirve de ejemplo para la sociedad:

“Sostiene que la noticia de dicha muerte fue impactante para la opinión pública en general; que cuando se publicó el informe se decidió poner al

³⁵¹ Ídem.

descubierto lo nocivo y peligroso del consumo de drogas y que esa era una oportunidad más que apropiada, por lo resonante de la joven figura; pues considera que si Jazmín no hubiera sido una figura pública, su muerte no hubiera llamado la atención, pues a diario se mueren miles de personas por la misma enfermedad y nadie dice nada.

Afirma que los medios de comunicación tienen un claro rol social informador y educador que es innegable; que Editorial Sarmiento SA asumió dicho rol con el único fin y objeto de educar al soberano y advertirlo respecto de esta grave problemática social cada día más creciente en la Argentina y que actuó al amparo del sistema democrático y republicano de derecho, ejerciendo su histórico y conocido compromiso con la verdad, asumiendo su rol de informante y formador de opinión, ejerciendo sus derechos y bregando por el bienestar de toda la sociedad argentina”.³⁵²

La Policía Federal de Argentina, Estado Nacional, también niega responsabilidad porque no fueron filtradas por miembros de su institución, aunque reconoce la existencia de una investigación porque había fácil acceso al lugar donde colocaban las mismas y que los daños fueron ocasionados por la empresa:

“Admite como cierto que la Sra. Ministra de Seguridad de la Nación dispuso el pase a disponibilidad de los responsables; que es cierto que se inició una causa por violación de secretos y cohecho y que todo ello se encuentra en investigación.

Explica que la disponibilidad fue dispuesta a todos aquellos que pudieran haber estado en contacto con las fotos, no habiéndose determinado responsabilidad de personal policial alguno.

³⁵² Ídem.

Desconoce que esa fuerza policial sea responsable por la divulgación de las fotografías; niega responsabilidad extracontractual por aplicación del art. 1112 del C.C.”.³⁵³

Con base a las sustentaciones de las partes, tanto de los padres de la joven fallecida como por parte de los demandados (Editorial y la Policía Federal de Argentina), el Juzgado procede a realizar el análisis correspondiente donde destacaremos los siguientes puntos que se encuentran vinculados al Derecho a la propia imagen.

- Se considera que las fotografías publicadas sin consentimiento son idóneas para lesionar el Derecho a la propia imagen

El Tribunal realiza un análisis sobre los derechos de la personalidad lesionados, estimando que si bien se ha violado el derecho de la intimidad, éste también comprende aspectos de la integridad corporal o la imagen y que las fotografías publicadas sin consentimiento son idóneas para lesionar el Derecho a la propia imagen, de esta forma se han vulnerado ambos derechos. Para ello, hace una reflexión sobre lo establecido en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José Costa Rica:

“En relación al derecho personalísimo a la intimidad –consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también en el art.11, inc. 2° y 3° del Pacto de San José Costa Rica (ADLA, XLI-B, 1250)-, cabe señalar que este comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino también a otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la

³⁵³ Ídem.

imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. (Conf. CSJN in re “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”. Fallos: 306:1892).³⁵⁴

Seguidamente el Tribunal pasa hacer un examen de qué ocurre con el derecho de la personalidad de una persona que ha fallecido, si éste se extingue o no con la muerte de su titular, si la normativa protege a las personas vivas o incluye también a los muertos, cómo procede el tema del consentimiento, cerrando con lo que establece el artículo 31 de la Ley 11.723 de 1933 que aplica al presente proceso:

“En el ámbito de la Justicia Nacional en lo Civil, se ha dicho –en lo que aquí importa- lo siguiente:

“1. Si bien, en principio, los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular y el ejercicio de las acciones por parte de sus parientes más próximos exige la prueba de la lesión de los propios derechos, tratándose de hechos que involucran directivamente a los fallecidos, como ocurre, por ejemplo, con las fotografías del cadáver, nace la responsabilidad de los medios de comunicación con fundamento en el respeto genérico que se debe a la memoria de los difuntos.

³⁵⁴ Ídem.

2. El art. 31 de la ley 11723 no sólo protege la imagen de las personas vivas, sino también de las ya fallecidas, al punto que detalla los parientes que deben prestar el debido consentimiento.

3- Sin perjuicio de la autonomía del derecho a la imagen y del derecho a la intimidad, no hay impedimento para considerar que la publicación de fotografías sin consentimiento (y, por lo tanto, obtenidas de manera clandestina), son idóneas para lesionar el derecho a la imagen, sobre todo si han sido tomadas en circunstancias que también resultan violatorias de la intimidad, dignidad y respeto genérico que son debidos a la memoria de la persona fallecida". (Del voto del Dr. Posse Saguier in re VALDEZ, José c/ EDITORIAL PERFILES/DAÑOS Y PERJUICIOS, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, del 14/10/99)".³⁵⁵

Con esto se reconoce tanto la autonomía de ambos derechos, así como que ambos derechos pueden ser lesionados al mismo tiempo, pues si bien las fotos son captadas en la intimidad de su apartamento las mismas comprenden su imagen física que es expuesta por un diario no con el propósito de informar si no de subir su ventas como alegaron los demandantes que los ejemplares se agotaron en tiempo récord. Si bien las ilustraciones corresponden al cuerpo de una persona sin vida, lo que se protege es la memoria del fallecido.

En ese sentido, el Tribunal acredita la publicación de las fotografías captadas en el apartamento de la joven fallecida por el diario en la portada y tres páginas internas del día 10 de febrero de 2012 y lo califica como si fuera un suplemento especial dedicado a dicho tema. Es que todas esas páginas si

³⁵⁵ Ídem.

bien exponen públicamente el hecho, lo que hacen es sensacionalismo porque tanto las ilustraciones con el cuerpo de la fallecida como el texto que acompaña la publicación buscan es aumentar sus ventas contrario a lo esgrimido por los demandados que sustentan que buscaban informar o crear conciencia social sobre el problema de las drogas:

“En la portada de dicha publicación luce como fondo la fotografía del cadáver de una joven mujer, apenas cubierta por una toalla y recostada sobre el piso de un baño, juntamente con otra fotografía de menor dimensión, mostrando un plato con una birrome, una tarjeta de crédito y una sustancia, aparentemente cocaína.

El título principal reza “POBRE JAZMIN” y a continuación se señala lo siguiente: “CRONICA” ACCEDIO A IMÁGENES IMPACTANTES DE LA MODELO EN EL BAÑO DE SU DEPARTAMENTO”.

En la página 11 de la publicación se observa como fondo otra imagen del rostro del cadáver. En el encabezamiento de la página aparece el logotipo del diario Crónica en las mismas dimensiones que en la portada del diario y a continuación la leyenda “FOTOS EXCLUSIVAS” En las páginas 12 y 13 lucen 3 fotografías más del cuerpo sin vida (una del rostro, otra cubierta con una toalla y la última con el cuerpo totalmente desnudo, y otras tres fotografías del lugar donde fue hallado el cuerpo, exhibiendo un blíster de pastillas y nuevamente un plato con una birrome, una tarjeta de crédito y una sustancia, aparentemente cocaína. Todo ello con un fondo amarillo y un encabezamiento en letras rojas en imprenta mayúscula y con importantes dimensiones, cuyo texto dice “ASI ENCONTRARON MUERTA A JAZMIN”.

Lo cierto es que, prima facie, las paginas (sic) 11, 12 y 13 del ejemplar del diario crónica del 10 de febrero de 2012 presentan el aspecto de un verdadero suplemento especial a todo color, que jacta de haber

accedido a “imágenes impactantes”, haciendo alarde del “material fotográfico exclusivo de Crónica”.³⁵⁶

Por ello, la juez considera que no sólo se ha lesionado el Derecho a la propia imagen de la hija fallecida de los demandantes sino también que resulta procedente la acción resarcitoria solicitada por los padres de la joven fallecida cuya imagen aparece en la primera página del diario.

- Se considera que las fotografías publicadas por el diario Crónica vulneraron el Derecho a la intimidad

El Tribunal realiza un análisis sobre las fotografías publicadas para determinar cómo llegaron a manos del diario Crónica y en consecuencia lesionaron el Derecho a la intimidad. Del expediente se resalta el camino transitado de las imágenes que fueron captadas entre el 5 y 10 de febrero de 2012 por el personal que colaboró como auxiliar durante la sustanciación de la causa, constando que las mismas fueron obtenidas por el personal de la división de fotografía de la Policía Federal de Argentina por orden de la Fiscalía de Instrucción, captándose cincuenta y seis fotografías que servirían de prueba, pero de esas siete fueron entregadas al diario demandado a cambio de dinero, por lo que la empresa demandada conocía que habían sido obtenidas ilícitamente.

También queda constancia en el expediente que en las oficinas de la policía no existía medidas de seguridad para proteger las fotografías de las

³⁵⁶ Ídem.

investigaciones, por lo que quedaban expuestas a cualquiera porque el acceso era libre y sin supervisión. Por lo que ante la ausencia de medidas de custodia y a que la dirección de asuntos jurídicos de la institución determinó que las fotos publicadas correspondían a las tomadas por la policía, se aprobó un protocolo de actuación y un registro de custodia de los registros fotográficos periciales después de la publicación de las fotos de la joven fallecida.

De lo anterior, el Tribunal acredita que se vulneró el Derecho a la intimidad porque no se tomaron las medidas necesarias en la cadena de custodia de las pruebas por la investigación iniciada, facilitando la vulneración del derecho que debe ser resarcido y expresa:

“Asimismo, corresponde tener por establecido que las imágenes publicadas por el diario Crónica en su edición del día 10 de febrero de 2012 provienen de las tomas efectuadas en el domicilio de la fallecida por el personal de la División FOTOGRAFIA POLICIAL de la Policía Federal Argentina para servir de prueba en los autos caratulados: “De Grazia, Daniela Jazmin s/muerte por causas dudosas” y que, dicha dependencia policial no adoptó recaudo alguno a fin de proteger la confidencialidad del material fotográfico pericial, lo que posibilitó a un medio de comunicación –en este caso, el diario Crónica- hacerse de dicho material y difundirlo en sus ediciones gráfica y digital.

Es decir, el Estado Nacional omitió cumplir con el deber de custodia del material fotográfico, luego publicado, omisión que deberá ser resarcida.”³⁵⁷

³⁵⁷ Ídem.

- Se admite la responsabilidad del Estado Nacional (Policía Federal de Argentina) por falta de servicio y de la firma Editorial propietaria del diario por vulneración al Derecho a la Intimidad.

Como vimos en el punto anterior, quedó acreditado que el material fotográfico fue captado por la policía para un proceso de investigación por la muerte de una persona; por tanto, se revisa la responsabilidad no desde el punto subjetivo sino objetivo porque se tenía que garantizar un servicio y el Estado Nacional tiene que amparar derechos fundamentales.

Queda constancia que no se tomaron las medidas adecuadas por la institución para asegurar las pruebas que consistían en las fotografías de una persona fallecida y en consecuencia pudieron salir de los recintos institucionales para ser usadas con otros fines distintos, por lo que se admite la responsabilidad por falta de servicio del Estado Nacional:

“Así las cosas, cabe concluir que la inexistencia del más mínimo parámetro para la protección de la confidencialidad del material fotográfico, generó las condiciones perfectas y el marco adecuado para que el diario Crónica se hiciera de las fotografías, las cuales, de haber existido recaudos como los que tardíamente se establecieron en el “PROTOCOLO DE ACTUACION PARA LA CADENA DE CUSTODIA DE LOS REGISTROS FOTOGRAFICOS PERICIALES” aprobado por Resolución del Ministerio de Seguridad de la Nación Nro. 1413/12, difícilmente hubieran podido llegar a dicho medio de comunicación.

Tal como indicó el Juez a cargo del Juzgado de Instrucción n°24, “los funcionarios públicos que se encontraban de servicio en esa

oportunidad tenían la obligación de preservar esas fotografías, que se encontraban destinadas a servir de prueba.”

Lo cierto es que se ha violado el deber de custodia del material fotográfico, deber que recaía sobre los funcionarios policiales.

La culpa de la fuerza aquí demandada consiste, pues, en la falta de medidas concretas para asegurar de la mejor manera posible los registros fotográficos policiales destinados a servir como prueba en las investigaciones judiciales”.³⁵⁸

La prueba documental se encuentra centrada en el ejemplar original del Diario Crónica publicado el 10 de febrero de 2012 y en la contestación de la demanda su propietaria no explica el origen de las fotografías publicadas más sustenta su obrar en el derecho a informar, derecho no absoluto reconocido por el Tribunal porque pueden ser lesionados otros derechos también protegidos como lo son los derechos personalísimos aunado al hecho del respeto de la memoria de los difuntos como elemento autónomo de la imagen por lo que no se encuentra justificación en la publicación realizada y el Tribunal admite la responsabilidad civil de la Editorial propietaria del diario:

“Ello así, pues al igual que ocurre con el ejercicio regular de los derechos, la libertad de expresión –aquí invocada por la codemandada Editorial ... para justificar la publicación de las fotos del cadáver sin ropas de una joven mujer- tampoco resulta ser un derecho absoluto, pues de así entenderse, se estaría otorgando a todos los medios de comunicación una libertad total para efectuar publicaciones que agravien o lesionen sin el menor miramiento los sentimientos y el pudor de terceros; entrando así en colisión en este

³⁵⁸ Ídem.

caso, un derecho personalísimo, el derecho a la intimidad de quien fuera Jazmín de Gracia.”³⁵⁹

En esa línea, dentro de la sentencia se cita otro caso ocurrido en 1999 donde se analiza la publicación de fotografía de dos personas fallecidas en su apartamento que no solo lesiona el Derecho a la intimidad sino que también infringe el contenido del artículo 31 de la Ley 11.723 de propiedad intelectual que protege la memoria del fallecido:

“En ese orden de ideas, en fecha 8-11-99 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil in re “AMSTUTZ, Ana María y otros c/EDITORIAL ... s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” señaló lo siguiente:

“Cuando se trata de juzgar la responsabilidad de la editora de un periódico por las noticias en él contenidas, no está en juego la prevalencia de la libertad de prensa o el derecho de informar respecto del interés particular del afectado por la publicación, ni de acordar importancia a ninguno de los derechos en juego, sino de reconocer la garantía constitucional de la libertad de expresión, conjugándola con la responsabilidad que genera la propalación [sic] de versiones falsas o tendenciosas **o la ilegítima intromisión en la intimidad de los habitantes.** Es decir, lo que los tribunales deben establecer no son normas para el ejercicio del periodismo, sino resolver el caso concreto determinando si las noticias difundidas producen responsabilidad para los medios de comunicación (...) **La sola publicación de fotografías por la prensa –sin la autorización correspondiente-, de los cadáveres de dos personas fallecidas en el interior de un departamento (...), además de violar la intimidad familiar, constituye una**

³⁵⁹ Ídem.

flagrante violación a la normativa contenida en el art. 31 de la ley 11723”.³⁶⁰

También se hace referencia a otro caso sobre la libertad de expresión que se refiere a informar sobre asuntos públicos o de interés general que le permiten afirmar que el caso en examen no se enmarca en una información que es de interés general para la sociedad en general:

“Asimismo, el máximo tribunal in re “Gutheim, Federico c/Alemann, Juan” (Fallos: 316:703) ha establecido que “La libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye y contiene el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general”

En caso de autos, se han publicado en un medio masivo de comunicación, fotografías ya descriptas, (sic) las cuales no guardan relación alguna con el interés general que pudiera tener el público en conocer sobre la noticia de la muerte de Jazmín ..., más allá de la actuación pública que esta pudiera haber tenido en vida, como modelo o como panelista en programas de televisión.”³⁶¹

Con esto queda evidenciado que la finalidad de la publicación realmente no era ni sensibilizar sobre el uso de drogas ni mucho menos informar sino más bien generar morbo con las imágenes de una persona fallecida, desnuda, dentro de su apartamento:

³⁶⁰ Ídem.

³⁶¹ Ídem.

“Tampoco advierto que con tal publicación se verifique el haber cumplido con finalidad supuestamente “didáctica” invocada en autos por la Codemandada Editorial Sarmiento, pues muy por el contrario, la divulgación masiva de un material sensible y confidencial, que estaba destinado a una investigación judicial de carácter reservado, lejos de informar al público sobre el fallecimiento de la joven modelo, constituyó –lisa y llanamente- un verdadero despliegue de morbosidad extrema absolutamente innecesario, que provocó expresiones de repudio generalizado no solo dentro de la sociedad, sino también de varios medios de comunicación y que, indudablemente, resultó ofensivo para los sentimientos de los actores, los padres de Jazmín ...

Al respecto, cabe señalar que el Diccionario de la Real Academia Española define al “morbo” como la *“Atracción hacia acontecimientos desagradables.”* y a la “morbosidad” como aquello: *“Que provoca reacciones mentales moralmente insanas o que es el resultado de ellas”,* o bien *“Que manifiesta inclinación al morbo.”* (Información disponible en el sitio web www.rae.es).³⁶²

Quienes publicaron las imágenes no sólo obtuvieron las mismas de manera ilegal al adquirirlas de forma fraudulenta de la institución estatal que las había captado de una diligencia judicial, sino que perdieron de vista el derecho a la intimidad y el Derecho a la propia imagen en lo que se refiere al respeto de la memoria del fallecido:

“No debe olvidarse tampoco que es pauta cultural bien arraigada en nuestra sociedad, el guardar el debido respeto a la memoria de los difuntos y el ofrecer muestras de respeto y de acompañamiento en el dolor a los familiares de las personas fallecidas.

³⁶² Ídem.

En el caso en autos, tal como se encuentra acreditado, se trataba pues de imágenes de un cadáver cuya toma resultaba de utilidad únicamente dentro del marco de la investigación judicial sobre las causas del deceso, circunstancia que la firma aquí codemandada no podía desconocer y que, pese a ello, una vez que se hizo de dicho material – en circunstancias totalmente irregulares- procedió a publicarlas en el diario Crónica en su portada y en un suplemento a todo color, violando con tal accionar el derecho a la intimidad de la fallecida y de su familia.”³⁶³

La publicación de las imágenes de la persona fallecida en el baño de su casa y desnuda no entra en el ámbito de un hecho noticioso que debe ser publicado, sino que se enmarca dentro del derecho a la intimidad y así se cita en la motivación de la sentencia otro caso similar del año 2002:

“La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil in re “SCARZELLO, María Cristina c/EDITORIAL... s/DAÑOS Y PERJUICIOS” de fecha 05-04-02 ha señalado lo siguiente:

“No cabe darle carácter de estado público a un suceso, (...) que aconteció en privacidad aunque fue necesaria la intervención policial a los efectos de su investigación. Por lo tanto, en ese contexto, la publicación fotográfica de un cadáver sin autorización configura una lesión a la intimidad que, como elemento autónomo de la imagen, abre el camino a la ilegitimidad de semejante publicación, que más que informar sobre el asunto, sólo satisface el “morbo” de los lectores de ella.”³⁶⁴

³⁶³ Ídem.

³⁶⁴ Ídem.

De esta forma, se admite la responsabilidad tanto de la Policía Federal de Argentina como por parte de la empresa demandada el Editorial (Diario) por la violación al derecho a la intimidad de hija fallecida de los demandantes.

- Se considera que existe daño psicológico y moral por la publicación de las imágenes sin consentimiento

Una vez admitida por el Tribunal la responsabilidad tanto de la Policía Federal Argentina como del Editorial (Diario), se analiza la procedencia y cuantía de los daños psicológicos y morales reclamados por los padres de la joven fallecida.

Primero se hace una diferenciación destacando que el daño moral no requiere prueba en cuanto a su procedencia porque los hechos hablan por sí mismos mientras que el psicológico debe acreditarse, al señalar lo siguiente:

“Como consideración preliminar, cabe recordar que el daño psicológico importa una alteración de la personalidad, una perturbación del equilibrio emocional que afecta el área de comportamiento. Por ello, sólo debe resarcirse en la medida que se verifique un perjuicio para la psiquis que se traduzca en una disminución de las aptitudes para el trabajo y para la vida de relación, o aun cuando, quedando incólumes las posibilidades laborales y el resto de los aspectos vitales del ser humano considerados en su proyección hacia el mundo exterior, produzca consecuencias disvaliosas (sic) en la vida interior del individuo, revistiendo connotaciones patológicas (conf. Cam. Civil, Sala B, 19/12/2000 “Altamirano, M.I. c./Tinelli, M.H. s/daños y perjuicios”; Sala J, 22/6/2000 “Sánchez, R. y otro c/Rago M. E. y otros s/responsabilidad

profesional”; Sala M, 14/2/94 “Garriga, O.N. c/ El Puente SA de Transporte s/daños y perjuicios”).

Por otro lado no es ocioso recordar que el daño moral y el psicológico se diferencian en que el primero no supone patología y el segundo sí. Mientras el daño psíquico constituye una verdadera lesión orgánica y afecta preponderantemente la esfera del razonamiento, el daño moral, por definición, opera en el ámbito anímico espiritual y sucede en la esfera del sentimiento (conf. Cámara del Fuero, Sala II, 28/5/2010 “Bettinotti, J.L. c/EN-PEN s/daños y perjuicios; Cam. Civil, Sala C, 24/4/97 “Morra de Luján, S.M. y otro c/Inst. de Serv. Soc. para el Personal Ferroviario y otros s/daños y perjuicios”; Sala E, 16/9/99 “Tangona de Grosso, G.A. c/Marconi G. y otro s/responsabilidades profesionales”).

Por lo tanto el daño moral no requiere prueba en cuanto a su procedencia porque es un hecho que surge in re ipsa, mientras que el psicológico debe acreditarse, en cuanto a su existencia y magnitud, mediante los medios adecuados (conf. Cam. Civil, Sala C, 12/5/2009 “Cárdenas Díaz, J.M. c/Scarafia J:C y otros s/daños y perjuicios; Sala H, 19/10/2009 “V., J.R. c/Gobierno de la Ciudad y otros”).³⁶⁵ (sic)

Bajo estas consideraciones, el Tribunal evalúa el daño psicológico como consecuencia de la publicación realizada de las imágenes por el Diario revisando el dictamen pericial, concluyendo que no procedía en el caso de la madre por no establecer el porcentaje de incapacidad atribuible a las fotos publicadas, en cambio sí se reconoce el daño psicológico en el padre porque el informe refleja una incapacidad del 25%.

³⁶⁵ Ídem.

Para el daño moral el Tribunal realiza la valoración de la indemnización tomando como sustento la publicación de las fotografías de la joven fallecida en la primera plana del medio de comunicación demandado, arribando a la conclusión que las mismas incrementaron la angustia de los padres y por tanto, fija que se debe indemnizar el daño moral a ambos padres:

“Esta reparación cumple con una función de justicia correctiva o sinalagmática que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (conf. Zanon, E. “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. E., pag. 325 y sus citas).³⁶⁶

Para esta decisión sobre la reparación del daño moral lo que hace el operador de justicia es revisar las fotos publicadas en el diario, la exposición que hace en su primera plana y sus páginas interiores de las imágenes de la joven fallecida, fotos captadas dentro del baño de su apartamento por autoridades oficiales y facilitadas de forma fraudulenta al diario, no hay otro tipo de acreditación más que las fotos mismas y así lo explica:

“En cuanto a la valoración, no está sujeta a cánones estrictos, sino que corresponde a los jueces establecer prudencialmente el quantum indemnizatorio, tomado como base la gravitación de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, su función resarcitoria y el principio de reparación integral (conf. Cámara del Fuero, Sala II, 9/6/94 “Reyes, P. c/EN”; Sala IV 19/6/91 “Camacho, M. c/BCRA”; entre otras).

³⁶⁶ Ídem.

De conformidad con las constancias obrantes en autos, se encuentra establecido que el día 10 de febrero de 2012 el diario Crónica publicó imágenes del cuerpo desnudo y sin vida de la Srta. Jazmín ... el baño de su departamento; en una de las cuales aparece un plato con una birome, una tarjeta de crédito y una sustancia, aparentemente cocaína, imágenes que fueron tomadas única y exclusivamente para servir como prueba en el marco reservado y confidencial de la causa penal en la cual se investigaban los motivos de su muerte.

Tal publicación en primera plana del diario Crónica, propiedad de la codemandada Editorial..., incluyó en su interior un verdadero suplemento especial a todo color, que hace alarde de haber accedido a “imágenes impactantes”.

Entiendo que el contenido del diario ... del día 10 de febrero de 2012, (uno de cuyos ejemplares he tenido a la vista y se encuentra reservado en Secretaría), pudo perfectamente generar en los coactores una perturbación que debe ser resarcida, pues más allá de que el fallecimiento de la Srta. Jazmin [...] resultó – por sí mismo- un episodio traumático teñido de dramatismo, lo cierto es que la publicación de las fotos de su cadáver sin ropas junto a un plato con una sustancia, aparentemente cocaína, incrementó aún más los padecimientos y angustias de sus padres, lo que lleva a presumir la lesión inevitable en sus sentimientos”.³⁶⁷

El Tribunal adicionalmente aplica el artículo 1071 bis del Código Civil que ordena la publicación de la sentencia en un diario o publicación de la Ciudad de Buenos Aires de Argentina por así haberlo solicitado los demandantes, así

³⁶⁷ Ídem.

como su publicación en el sitio web del Centro de Información Judicial (CIJ) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Plasmar estas dos sentencias es importante por razón que, ante la ausencia de normas civiles especiales para la protección Derecho a la propia imagen, la República Argentina a través de su jurisprudencia ha usado de manera sinónima “el retrato” y “la propia imagen” para proteger a los derechos personalísimos de las personas cuando es publicada sin autorización del titular, atreviéndonos a afirmar que quizás esto se deba por la influencia europea en dicho país.

Contrario a lo que hemos encontrado en Panamá, en los pronunciamientos de la Sala Civil sobre los conflictos de competencia donde han señalado que las normas sobre Derecho de autor solo son aplicadas si son artistas, intérpretes o ejecutantes, no así si es una persona corriente o anónima. Adicional al tema probatorio del daño moral en derechos personalísimos como es el caso del Derecho a la propia imagen, en estas sentencias de la República Argentina queda claro que con solo la publicación sin autorización lleva como consecuencia la responsabilidad civil por quien la ha publicado y difundido por los diversos medios de comunicación.

Antes de concluir con los comentarios a la jurisprudencia Argentina, es necesario plasmar que el Derecho a la propia imagen encontró su protección desde el año 1933 con la ley de propiedad intelectual como lo hicieron muchos países que protegían el retrato de una persona y con la inclusión de este derecho de la personalidad entre las normas del Código Civil y Comercial la legislación se actualiza incluyendo no sólo la captación y reproducción de la imagen, sino

también la extiende a la voz dejando abierto a que esas acciones puedan ocurrir de cualquier modo de manera que queda cubierta frente al avance de las nuevas tecnologías.

De igual forma, incluye un párrafo para el caso de la imagen de los fallecidos, llenando vacíos que no estaban en la ley de propiedad intelectual sobre los herederos o el (los) designado(s) para prestar el consentimiento por el uso de la imagen por el término de veinte años, que en caso de conflictos deben ser resueltos judicialmente.

En el tema del consentimiento, debe ser expreso y se mantiene el derecho a revocar dicho consentimiento, de forma que la inclusión de estas disposiciones como señala Pablo Carlos Barbieri³⁶⁸ que con ello se refleja lo que ocurre en la práctica diaria con todas las publicaciones que se realizan generalmente con fines comerciales y “que en esta materia, la ambiciosa legislación sancionada ha dado un paso adelante”.

2.2.2. Jurisprudencia de España sobre Derecho a la Propia Imagen

La Constitución Española establece como un derecho fundamental el Derecho a la propia imagen en su artículo 18, numeral 1, de la Constitución Española y adicionalmente, han desarrollado una legislación especial para toda la parte de la responsabilidad civil que es la Ley Orgánica No. 1/82, de 5 de mayo, sobre

³⁶⁸ Véase BARBIERI, Pablo Carlos. Derecho a la imagen personal en el nuevo Código Civil y Comercial: un paso adelante, 2014. Recuperado el 4 de octubre de 2019, desde <http://www.saij.gob.ar/pablo-carlos-barbieri-derecho-imagen-personal-nuevo-codigo-civil-comercial-paso-adelante-dacf140721-2014-10-02/123456789-0abc-defg1270-41fcanirt> cod.

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, normativas que hemos mencionado previamente.

A diferencia de Panamá, en España existe abundante jurisprudencia relativa al objeto de estudio del presente trabajo y a continuación presentamos algunas sentencias relativas al Derecho a la propia imagen para observar las soluciones que han dado a casos similares, sin perder de vista que ese país cuenta con herramientas que le facilitan al lesionado sustentar sus acciones y a la vez auxilian al operador de justicia para la toma de decisiones.

2.2.2.1. Se reconoce el daño moral por la intromisión al Derecho a la Propia Imagen de una persona fallecida, su ex esposa y uno de sus hijos por la publicación de imagen en un periódico

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 641/2019 fechada de 26 de noviembre de 2019³⁶⁹ por un recurso de casación tiene su origen en una demanda por intromisión ilegítima en el Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del fallecido Don Carlos, su ex esposa y sus herederos entre esos su hijo Rubén, por una publicación de un artículo periodístico que utilizó fotografías de los demandantes sin su consentimiento.

Los demandantes alegan que la empresa demandada, que es la propietaria del periódico La Provincia/Diario, publicó a dos hojas, en las páginas 15 y 16, un artículo firmado por el también demandado D. Rafael, con motivo de la efeméride del avistamiento de un ovni, en el año 1976, en el municipio por el fallecido Don

³⁶⁹ Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 3856/2019- ECLI:ES:TS:2019:3856). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

Carlos, médico de profesión, así como la desclasificación de los papeles de la investigación por parte del Ministerio de Defensa, información que también fue publicada en páginas webs. Dichas publicaciones fueron ilustradas con las fotografías del fallecido y los demandantes (su ex esposa y su hijo Rubén), además de lesionar otros derechos de la personalidad. Mientras que los demandados piden que se desestime lo solicitado sustentado en el derecho a comunicar e informar.

- Se pondera el Derecho a la propia imagen por posible colisión de derechos fundamentales al publicarse imagen de un fallecido y su familia sin su consentimiento.

En primera instancia número 12 de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia de fecha de 8 de febrero de 2018 a favor de los demandantes que dispone:

“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal don Rubén y doña Angelina:

“1.- DECLARO que los demandados, la entidad DIRECCION000 y don Rafael, han producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad personal y familia y a la propia imagen del fallecido don Carlos María, su ex mujer, ... y su herederos, entre los que se encuentra don Rubén, mediante la redacción por parte del Sr. Rafael, del artículo publicado el 31 de diciembre de 2016 en las páginas 16 y 17 de la edición impresa del periódico LA PRO VINCINDIARIO..., así como en las páginas web...”.³⁷⁰

³⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo No. 641/2019 de 26 de noviembre de 2019. Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 3856/2019- ECLI:ES:TS:2019:3856). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los demandados y la sección 3ª de la Audiencia Provincial de las Palmas dictó sentencia de 18 de diciembre de 2018 que mantiene la decisión y dispone:

“FALLO: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por DIRECCION000 y Rafael contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 12, de Las Palmas de Gran Canaria, la cual CONFIRMAMOS, en su integridad con expresa imposición a los apelantes de las cotas de esta alzada”.³⁷¹

Motivados en las decisiones de primera y segunda instancia, los demandados interponen el recurso de casación y su primer sustento es que sus publicaciones están sustentadas en el derecho constitucional referido “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” señalado en el artículo 20 de la Constitución Española y que se ha aplicado indebidamente el numeral 1 del artículo 18 que “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” en la sentencia de primera instancia y confirmada en la segunda.

Ante la colisión de derechos fundamentales, la Sala tiene que examinar y ello exige realizar una ponderación de las circunstancias que la propia sala expone debe ser en un doble plano “uno abstracto, en el que el derecho a la información tiene un valor o jerarquía preferente dentro de los derechos fundamentales por su importancia en la formación de una opinión pública libre

³⁷¹ Ídem.

y plural; y otro concreto, en el que, en atención a las peculiaridades de cada caso, se puede considerar, a través del correspondiente juicio de proporcionalidad, injustificado el sacrificio de los otros derechos en conflicto, y, por consiguiente, declarar una intromisión ilegítima en los mismos”.³⁷²

Por lo que procede a citarse dentro de la sentencia, jurisprudencia previa que establece que el derecho a comunicar tiene límites en derechos como lo es el Derecho a la propia imagen, que el derecho a comunicar no es un poder ilimitado y que solo puede ser legal su uso para emitir información cierta no así cuando se hace de forma desmedida o exagerada lesionando derechos:

“Desde la perspectiva expuesta, los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información. Así, la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ3, señala que:

“[...] el propio apartado 4 del artículo 20CE dispone que todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen así lo que hemos denominado ‘función limitadora’ en relación con dichas libertades”.³⁷³

Por otra parte, la STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, igualmente proclama que:

“[...] el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se

³⁷² Ídem.

³⁷³ Ídem.

ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección”.³⁷⁴

También se hace referencia a otros casos donde se hace énfasis en que la captación de la información o su presentación puede al mismo tiempo lesionar varios derechos y destaca cuando es relevante una información para que pueda ser publicada de forma que se justifica la incomodidad de la divulgación de la misma:

“En definitiva, en palabras de la STC 25/2019, de 25 de febrero (FJ 4):

“[...] una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos (STC 12/2012, FJ 5)”.

La libertad de información recae sobre la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo (SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, 29/2009, de 26 de enero). Sólo “[...] cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia” (SSTC 176/2013, FJ 7 y las allí citadas y 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 6).”³⁷⁵

³⁷⁴ Ídem.

³⁷⁵ Ídem.

Luego de esto la Sala hace una confrontación con cada uno de los derechos lesionados y con respecto al derecho a la propia imagen realiza la siguiente ponderación:

- En una primera parte destaca que este derecho comprende la facultad de no consentir el uso de su imagen lo que conlleva al derecho a impedir que se obtenga, reproduzca o publique su imagen sin dicha autorización, así como el carácter reservado del conocimiento de terceras personas:

“Con respecto al derecho fundamental a la propia imagen, el mismo consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública, como señala la jurisprudencia constitucional, “[...] su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”, y, por lo tanto, abarca “[...] la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental” (por todas, SSTC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4; en este mismo sentido, SSTC 12/2012, FJ 5, 19/2014, de 10 de febrero, FFJJ 4 y 5 y 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4).

En concreto, la STS 23/2010 de 27 de abril, se refiere a él como “[...] el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública”. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás (STS 208/2013)”.³⁷⁶

³⁷⁶ Ídem.

- En el examen concluye la Sala que no existe consentimiento otorgado por parte de los demandantes, así como no es relevante para la opinión pública la publicación de la misma:

“Pues bien, sin que conste permiso de los afectados, en el artículo periodístico, aparece, al menos, una foto del Dr. Carlos María con su esposa, también demandante, y dos hijos menores, que no fue autorizada por ellos (art. 8.2 a en relación con el art. 7.5 LO 1/1982). La mujer del Sr. Carlos María no permitió la difusión de su imagen, además en un momento íntimo de su vida familiar, lo que legitima para su reclamación, careciendo de relevancia para la formación de una opinión pública libre y plural, la foto de la actora, junto al que fue su marido e hijos menores.”³⁷⁷

Ocorre que la publicación hace alusión a una noticia sobre la supuesta aparición de ovnis ocurrida hace 38 años, donde el fallecido fue testigo de ese hecho y la publicación realizada en el año 2016 no sólo narra sobre esa situación sino que entra a tratar temas familiares, su divorcio, enfermedades, entre otros, que no constituyen de interés público su vida privada, sobre todo porque el fallecido no ocupaba un cargo público ni profesión de relevancia pública, simplemente era un médico de profesión.

De esta forma, al ponderar ambos derechos concluye que no se ha infringido la aplicación del derecho a comunicar y la Sala decide que la primera motivación del recurso de casación por parte de los demandados no procede, pues no existe una

³⁷⁷ Ídem.

indebida aplicación del artículo 18 de la Constitución Española que protege el Derecho a la propia imagen.

- Se mantiene la indemnización por el daño moral por la publicación de la fotografía del fallecido y su familia cuya cuantía responde a su amplia difusión

Cuando en primera instancia se dictó sentencia de fecha de 8 de febrero de 2018 a favor de los demandantes se fijó una indemnización por daños y perjuicios morales, la cual fue confirmada por segunda instancia. Así lo estima la primera sentencia:

“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal don Rubén y doña Angelina:

“1.- ...

“2.- CONDENO solidariamente a la entidad DIRECCION000 y a don Rafael a abonar a la parte actora la cantidad de QUINCE MIL EUROS (15.000 euros) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios morales ocasionados, más el interés legal devengado; así como a publicar a su costa en la edición impresa del diario DIRECCION001, en los diarios de mayor tirada en la provincia de Las Palmas, así como en las páginas web www... y www..., la parte dispositiva de la presente resolución.

“Impónganse las costas derivadas del procedimiento a la parte demandada”.” ³⁷⁸

³⁷⁸ Ídem.

Esta indemnización es el segundo motivo del recurso de casación y los demandados lo sustentan en que se ha dado una aplicación indebida del artículo 9, numeral 3, de la Ley Orgánica 1/82 que reza así:

“Art.9.

1. ...

2. ...

3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”

Sobre este punto la Sala expone casos precedentes relativos a la presunción del perjuicio causado, la valoración del daño moral y a la fijación de la cuantía al hacer alusión a los siguientes fallos:

“Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012 y más recientemente en la STS 388/2018, de 21 de junio, que:

“[...] dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencia de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)”. En el mismo sentido,

SSTS 261/2017, de 26 de abril, 604/2018, de 6 de noviembre y 237/2019, de 23 de abril.”³⁷⁹

Sobre esta segunda solicitud objeto de la casación, la Sala revisa que efectivamente en primera instancia tomaron en cuenta para la cuantificación de la indemnización la difusión de la publicación como mandata la norma en su artículo 9 de la Ley Orgánica 1/82, así como también se valora que ni el fallecido ni los demandantes eran personajes públicos ni dieron su consentimiento para difundir imágenes con fotografías de ellos:

“Pues bien, la sentencia del Juzgado, ratificada por la Audiencia, fija la indemnización, teniendo en cuenta que el artículo alcanzó una gran difusión, al menos a nivel local, al haberse publicado en uno de los principales periódicos de la isla, así como también en la página web de la Provincia y de El Cultural de Canarias, por lo que también tuvo difusión digital. Por otra parte, ni el Sr Carlos María, ni su familia, eran personajes públicos. También se ponderó que se difundieron fotos de su ámbito privado. Se valora el revuelo que alcanzo la noticia, provocando llamadas a los demandantes y comentarios de distinto tipo, que han tenido que soportar.”³⁸⁰

Concluye la Sala en este punto señalando que la valoración del daño se ajusta a lo establecido en la Ley Orgánica 1/82, que la fijación de la cuantía de la indemnización corresponde a la primera o segunda instancia por lo que solo se revisa de manera excepcional y en el presente caso tampoco es desproporcionada o arbitraria:

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ Ídem.

“Como sintetiza la STS 388/2018, de 21 de junio, con cita de la 261/2017, de 26 de abril, reproducidas en la más reciente 719/2018, de 19 de diciembre, para decidir si la indemnización fijada se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 LO 1/1982, debe respetarse la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización, pues su fijación corresponde a los tribunales de instancia y su revisión por esta sala solo es posible cuando no se hayan respetado los criterios legales o en casos de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

Pues bien, en este caso, la sentencia no es ajena a las pautas normativas de valoración del daño contempladas en el precitado art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que obliga a ponderar “[...] las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida”, sin que tampoco podamos considerar a la indemnización como notoriamente desproporcionada o arbitraria.” ³⁸¹

En atención al análisis de los puntos arriba esbozados, finaliza la Sala Civil desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia emitida en virtud del recurso de apelación, pues al revisar se colige que no hay una indebida aplicación de la norma por los juzgados de primera instancia. Queda claro al momento de ponderar la posible colisión de derechos que la publicación excede los límites del derecho a informar y lo que ocurre es una lesión a los derechos de la personalidad de una familia, entre esos, el Derecho a la propia imagen por la publicación de fotografías de los integrantes de la misma. En consecuencia, se valora el daño moral por la publicación de esas imágenes no autorizadas y se determina la cuantía de la indemnización por la vulneración.

³⁸¹ Ídem.

Esta Sentencia es interesante en el sentido que se demanda por la violación de tres derechos personalísimos (honor, intimidad y propia imagen) y se declara que han sido lesionados los tres derechos al mismo tiempo, por lo que aquí queda claramente expuesto la autonomía del Derecho a la propia imagen y que pueden darse casos donde se presentan lesiones al Derecho a la propia imagen y al honor; derecho a la propia imagen e intimidad o los tres al mismo tiempo.

Otro tema a destacar es que en España el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos o la persona asignada por el fallecido tienen derecho a ejercer las acciones de protección al Derecho a la propia imagen porque así se los permite el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/82 y lo pueden ejercer por el término de hasta 80 años desde la muerte del fallecido. Por lo que con estas sentencias podemos observar que la declaración de la lesión al Derecho a la propia imagen incluyó no solo a su descendiente sino también al fallecido.

No obstante, en Panamá no contamos con esta protección que se hace necesaria porque con el sustento del derecho a la información muchos medios de comunicación, e inclusive ahora con las redes sociales los propios ciudadanos, exponen de manera reiterada la imagen y nombre de personas fallecidas violentamente, sea por un accidente o un homicidio, teniendo cero respeto por la memoria del fallecido, por lo que es necesario establecer normas para la tutela del Derecho a la propia imagen del fallecido.

También hay que destacar del análisis de la Sala sobre el daño moral y su cuantificación al mencionar la STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012 y más recientemente en la STS 388/2018, de 21 de junio, “[...] el hecho de que la

valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación...”, pues con demostrar la lesión del Derecho a la propia imagen con la publicación no consentida de la imagen de una persona el daño moral puede ser examinado y cuantificado por el operador de justicia.

2.2.2.2. Se reconoce lesión al Derecho a la Propia Imagen por publicación de imagen de una persona detenida que fue obtenida de su red social sin su consentimiento

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Sentencia No. 697/2019 fechada de 19 de diciembre de 2020³⁸² por un recurso de casación que se origina en una demanda de juicio ordinario contra El León y D. Herminio, para que se declare la intromisión ilegítima en Derecho a la propia imagen de Don Jenaro por el uso no consentido por parte de los demandados.

El demandante interpuso la demanda porque los demandantes utilizaron sin su autorización su fotografía en un reportaje que fue publicada por los demandados. Dicha imagen fue tomada de su cuenta de una red social con el propósito de ilustrar en el diario digital la noticia que relataba sobre la detención e ingreso a prisión del demandante quien era acusado de mantener relaciones sexuales con menores de edad. Mientras que los demandados contestaron que solicitaban la desestimación de lo pedido.

³⁸² Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 4076/2019- ECLI: ES:TS:2019:4076). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

- Se pondera el Derecho a la propia imagen y la libertad de información por el uso de una fotografía en una publicación digital obtenida sin autorización del titular

En primera instancia el Juzgado número 1 de Vitoria – Gasteiz dictó sentencia 318 de fecha 15 de diciembre de 2017 a favor del demandante que en su parte dispositiva dice:

“Que estimando la demanda formulada por D. Jenaro contra El León... y D. Herminio debo declarar que ha existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de D. Jenaro por parte de la demandada consistente en la publicación de su fotografía sin su consentimiento en el artículo que se publicó en la página web DIRECCION001 en fecha 19/11/2016”.³⁸³

La sentencia de primera instancia fue apelada por los demandados y la misma desestimada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava mediante sentencia dictada número 356 de 12 de julio de 2018, motivo por el cual los demandados interponen el recurso de casación en el que solicitan la ponderación de la libertad de información frente al Derecho a la propia imagen:

“Único. – La norma infringida por la resolución recurrida es el artículo 20.1 d) de la Constitución Española en relación con el artículo 18.1 del propio texto legal, 7.5 y 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, que reconocen el libre ejercicio de la libertad de información

³⁸³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo No. 697/2019 de 19 de diciembre de 2020. Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 4076/2019- ECLI: ES:TS:2019:4076). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

frente al derecho a la imagen, en el necesario juicio de ponderación sobre estos derechos en conflicto requerido por la jurisprudencia”.³⁸⁴

Adicionalmente, los demandados exponen que el demandante es una persona que tiene relevancia y notoriedad pública por estar acusado de un delito, que en el reportaje sobre la detención e ingreso a prisión donde se usa la imagen tiene interés informativo y que esa fotografía fue obtenida del perfil público del demandante, por lo que cualquier persona podía tener acceso a la misma.

Ante la alegada colisión de los derechos fundamentales, la Sala debe ponderar entre el uso de una fotografía de una persona detenida en prisión que fue publicada sin su autorización versus la libertad de información, teniendo en cuenta que esa imagen del demandante sujetando unos perritos ante una vivienda fue tomada de sus redes sociales, por lo que procede con su examen:

- Lo primero que hace es revisar la normativa de ambos derechos, el derecho a informar y el Derecho a la propia imagen, tanto a nivel constitucional y de la Ley Orgánica 1/82:

“1.- En el caso objeto del recurso, los derechos fundamentales en conflicto son, de una parte, el derecho a la propia imagen, único cuya protección ha solicitado el demandante, y la libertad de información de los demandados, periodista y titular de un medio de comunicación, respectivamente.

³⁸⁴ Ídem.

2. – El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

3.- La libertad de información, reconocida en el art. 20.1. d) de la Constitución, ampara la actuación del periodista y del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos de interés general o personas de relevancia pública.

4.- Como todos los derechos fundamentales, el derecho a la propia imagen y la libertad de información no son derechos absolutos. Pueden entrar en conflicto con otros derechos o bienes jurídicos, y concretamente, como en el supuesto que es objeto de este recurso, pueden entrar en colisión entre sí, en cuyo caso pueden limitarse recíprocamente, siendo necesaria la ponderación entre los derechos en conflicto para determinar cuál debe prevalecer.

5.- La exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales, concretamente los reconocidos en el art. 18.1 de la Constitución, de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquel, que solo han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

6. – La Ley Orgánica 1/1982 regula la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y establece criterios que son útiles para resolver el conflicto entre esos derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información.” ³⁸⁵

- Segundo analiza la Sala si el demandante es una persona que tiene relevancia y notoriedad pública por estar detenida para tener derecho a usar imágenes relacionadas con los hechos de la detención y si de igual manera es viable usar aquellas fotos que no guarden relación con dicha detención:

“7.- El art. 8.2. a) de dicha ley orgánica prevé que “el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

8.- Aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho (la detención e ingreso en prisión de la persona acusada de la comisión de tales hechos) y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con tales hechos, como pueden ser las imágenes de la detención del acusado, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión, pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido con relación a esos hechos. Pero no justifica que pueda utilizarse

³⁸⁵ Ídem.

cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente.”³⁸⁶

- Tercero razona sobre el uso de la fotografía que fuera obtenida por los demandantes de la cuenta de redes sociales del demandante sin su consentimiento porque tenía el perfil público y que no tienen conexión alguna con el reportaje:

“9.- En la sentencia 91/2017, de 15 de febrero, declaramos que la libertad de información no justificaba la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida del perfil de DIRECCION000 del afectado. Una cuenta de DIRECCION000 no tiene consideración de “lugar abierto al público”, a efectos de aplicar el art. 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/82. Tampoco el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye “el consentimiento expreso” que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, como dijimos en esa sentencia. Como igualmente dijimos, la finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

10.- Tampoco concurre la excepción prevista en el art. 8.2. c de la Ley Orgánica 1/1982. Mientras que la reproducción de la imagen del acusado de la comisión de un delito en el acto del juicio, entrando en

³⁸⁶ Ídem.

el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos, y en circunstancias similares, puede considerarse como accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982), no ocurre lo mismo con la reproducción de una imagen de la persona acusada de la comisión de un delito cuando se trata de una imagen obtenida de una cuenta de una red social y difundida sin su consentimiento, sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información.

11.- Los recurrentes alegan que mientras que en la sentencia 91/2017, de 15 de febrero, la imagen difundida en el periódico, obteniendo la fotografía del perfil de DIRECCION000, era de la víctima, en este caso la imagen corresponde al acusado.

12.- Es cierto que, en ocasiones, esta sala ha considerado relevante para enjuiciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información el hecho de que la información escrita o gráfica difundida corresponda a la víctima o al acusado. La razón fundamental de esta distinción ha sido que, en ciertas ocasiones, estaba justificada la afectación del derecho fundamental de la persona del acusado, pero no de la víctima por cuanto que suponía agravar las consecuencias que para ella había tenido haber sufrido un delito especialmente afrentoso o un acontecimiento luctuoso, con lo que se afectaba gravemente a su dignidad.”³⁸⁷

- Concluyendo la Sala que no se justifica el uso de la fotografía afectando el Derecho a la propia imagen del titular, aunque sea de una red social cuando

³⁸⁷ Ídem.

ni siquiera tiene vínculo con los hechos de relevancia pública objeto de la información:

“13.- Pero lo anterior no supone que cualquier información sobre el acusado y, en concreto, que cualquier difusión pública de su imagen pueda considerarse amparada por la libertad de información del art. 20.1. d de la Constitución. La finalidad a la que responde la protección del derecho fundamental a la libertad de información no justifica la difusión pública de la imagen de una persona obtenida de las fotografías obrantes en las cuentas de las redes sociales, puesto que la formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos de relevancia pública objeto de la información.”³⁸⁸

Con esto queda sentado que la publicación por cualquier persona de fotografías o videos en sus redes sociales que contengan su imagen, aunque el perfil sea público, no es una autorización automática para su uso, publicación o reproducción por otros medios de comunicación. Si bien la persona puede ser o convertirse en un personaje de notoriedad o famoso, debe cumplir con los parámetros permitidos en la legislación para que pueda ser captada y reproducida su imagen en los medios de comunicación.

- Se condena a indemnizar por daño moral, a retirar la fotografía y a la publicación de la sentencia

Aunque el tema de la indemnización no fue tema del recurso de casación, si es preciso mencionar que el juzgado de primera instancia se pronunció frente

³⁸⁸ Ídem.

a la solicitud del demandante que se le condenara a los demandados en concepto de responsabilidad civil por daño moral causado por el uso de su imagen sin su consentimiento por la suma de veinte mil euros, que se retirara la publicación del artículo de la página web y que publiquen a sus costas la sentencia.

Por ello, el Juzgado número 1 de Vitoria – Gasteiz al dictar su sentencia 318 de fecha 15 de diciembre de 2017 concede a favor del demandante parte de lo solicitado y en su parte dispositiva dice:

“Y en consecuencia procede la condena de El León... y D. Herminio a indemnizar de forma solidaria a D. Jenaro en la cantidad de 10.000€.

Igualmente procede la condena de El León... y D. Herminio a retirar la fotografía de D. Jenaro por la noticia a que se refiere esta demanda de la página y/o sitio web en la que se aloje el mencionado artículo.

Asimismo procede la condena de El León... y D. Nemesio a publicar a su costa una nota resumen de la parte dispositiva de esta sentencia, con identificación del Juzgado y número de procedimiento en el que se ha dictado, en el mismo medio que se publicó la noticia objeto de este procedimiento o en el que le sustituya con la misma relevancia y visibilidad.”³⁸⁹

Como mencionamos previamente, la Ley Orgánica 1/82 de España establece una serie de medidas para prevenir o evitar el daño, así como el resarcimiento del mismo. En este caso se solicitan varias medidas y el operador otorga el cese inmediato de la utilización no consentida de su imagen al ordenarse su

³⁸⁹ Ídem.

retiro de la publicación digital de la foto que agarraron de su red social, la publicación parcial de la sentencia y a la indemnización de daños y perjuicios, que si bien es reducida de quince a diez mil euros la misma concedida.

El juzgado de primera instancia considera que se ha vulnerado el Derecho a la propia imagen por el uso no consentido de la imagen y por ese simple hecho estimaron la demanda fijando el valor del daño moral, lo que hace interesante como los operadores de justicia de otros países examinan y fallan sobre este tema.

Por eso es importante rescatar la Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 26 de enero de 1998 cuyo ponente fue el Magistrado Eligio A. Salas, que mencionamos como parte la jurisprudencia nacional, porque al realizar su examen sobre la lesión de un derecho de la personalidad señala que con sólo demostrar la vulneración de cualesquiera de los derechos de la personalidad esa es la prueba del daño moral, que el daño moral se presume por solo realizar el hecho dañoso.

2.2.2.3. Se reconoce la lesión por la publicación de la imagen de una persona de proyección pública

La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 24 de julio de 2008 (RJ 2008,4628) por recurso de casación que inicia con una demanda de juicio ordinario contra la empresa Hachette Filipachi, S.A., editora de la revista Diez Minutos y la directora de dicha publicación, para que se declare la existencia de una vulneración al Derecho a intimidad y a la propia imagen de Doña Celestina por ser obtenidas sin la autorización respectiva.

La demandante alega que la empresa demandada publicó el 1 de diciembre de 1995 en la portada de su revista una foto grande de su imagen y en el reportaje inserto en las páginas interiores se acompañó de varias fotografías que también tenían su imagen, cuatro de ellas de importancia para la acción presentada y una más donde estaba con su amiga.

- Se considera que las fotografías publicadas constituyen una vulneración al Derecho a la Propia Imagen

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alcobendas “dictó sentencia estimando en parte la demanda y, tras declarar que publicación de las cuestionadas fotografías de la actora constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la misma, condenó a los demandados a la reparación del daño moral causado en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, [...] La Audiencia Provincial de Madrid, en grado de apelación, desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.”³⁹⁰

Se arriba a esta conclusión puesto que la demandante se encontraba dentro de su propiedad y no concedió permiso ni para ingresar a la misma ni para que le tomaran fotos, por lo que dichas imágenes se tomaron con un equipo fotográfico profesional de alta calidad y se insertaron en la revista sin su autorización, en consecuencia, esto lesiona su Derecho a la propia imagen.

³⁹⁰ HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo. El Honor, La Intimidad y la Imagen como Derechos Fundamentales, Primera Edición, España, Constitución y Leyes, S.A., Colex, 2009, Página 1122.

Si bien la demandante es una artista de notoria proyección pública a la que se le acostumbra ver en publicaciones, las fotos objeto de la demanda no se tomaron en un lugar público ni en una actividad pública, fueron tomadas cuando ella se encontraba dentro de su propiedad privada por lo que no se encuentra este caso dentro de las excepciones que establece la legislación española para el uso de la imagen de una persona.

Para que la compañía editora no fuese condenada tenía que esperar obtener permiso de la titular del derecho y probar entonces que había recibido el consentimiento por parte de la demandante, lo que no ocurrió y es la razón por la cual tiene que reparar el daño moral causado.

- Se considera que el texto escrito que era ilustrado con las fotografías de la demandante no es una lesión al Derecho a la Intimidad

La demandante en su demanda señala que se le lesionaron dos derechos, uno fue el Derecho a la propia imagen y el otro el Derecho a la intimidad personal, por lo que el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alcobendas al dictar la sentencia estimó lo siguiente “.... al tiempo que se declaraba la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la actora por la noticia publicada sobre ella”³⁹¹.

En el interior de la revista de la demandada se publica un reportaje, sin autor responsable, en el que se narra que la demandante se encontraba en su finca recuperándose de una enfermedad como consecuencia de problemas

³⁹¹ Ídem.

familiares. Si bien dicho reportaje fue ilustrado por las fotografías que si consideró el operador de justicia que lesionaba el Derecho a la propia imagen, no lo estimó así para el derecho a la intimidad.

Se ha mencionado la demandante es una artista de proyección pública que previamente ha consentido en reportajes y entrevistas, y el mismo relato al ser examinado no se valoró como una de las intromisiones ilegítimas protegidas por la legislación española. Por lo que en esta ocasión, aunque la acción era por la vulneración de dos derechos personalísimos sólo logra ser reconocido por la sentencia la protección del Derecho a la propia imagen.

2.2.2.4. Se reconoce vulneración al Derecho a la Propia Imagen de menor de edad por falta de autorización de su representante legal

La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 12 de julio de 2004 (RJ 2004,4374) por recurso de casación que inicia con una demanda de protección civil contra la empresa Semana y don Carlos Francisco, para que se declare la existencia de una lesión al Derecho a intimidad personal y a la propia imagen de una persona menor de edad por realizar una publicación de quien ostenta la representación de la niña.

La demandante argumenta que los demandados publicaron en la portada y en las páginas internas de su revista el 22 de mayo de 1996 fotografías de la menor de edad y de la solicitud de pasaporte sin la aprobación por parte de la representante legal.

- Se considera que la publicación las fotos lesionan el Derecho a la Propia Imagen de la menor de edad

El Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid “dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y, tras declarar haberse producido una intromisión ilegítima en la imagen de la menor...”³⁹². La Audiencia Provincial de Madrid, en grado de apelación, dictó sentencia estimando en parte el recurso manteniendo la declaración de la lesión al derecho a la propia imagen y el Tribunal Supremo de España desestima el recurso de casación interpuesto.

Para utilizar el retrato con la imagen de un menor de edad se requiere el permiso de su representante legal y en el presente caso su madre no concedió dicha autorización de acuerdo a lo sustentado en la demanda. La publicación realizada cita que las fotos proceden de una agencia, pero no se documenta por parte de los demandados que la representante legal de la menor autorizó a dicha agencia para que las mismas pudieran ser difundidas.

Los demandados esgrimen que no era necesario la autorización por parte de la demandante por los usos sociales que señala el artículo 2, numeral 1, de la Ley Orgánica 1/82 que dice “La protección civil... de la propia imagen quedará delimitada... por los usos sociales atendiendo el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Ocurre que la demandante acciona en representación de su hija menor de edad no en su propia representación, por lo que lo señalado por la norma como excepción “los usos sociales” para una menor de edad que no es un

³⁹² Ibidem, página 1096.

artista famoso no justifica la ausencia de la obtención de la aquiescencia para realizar de tal publicación.

El hecho que sea hija de una persona famosa no significa que no hay que cumplir con solicitar la previa solicitud del consentimiento al representante legal y en la legislación española no se pierde de vista el interés superior del menor por lo que involucra en el procedimiento al Ministerio Fiscal para aquellos casos donde se explote el derecho de los menores, que no es el caso de esta sentencia porque no se menciona tal intervención, pero que si es una actuación que puede tomarse en cuenta para legislar en Panamá para casos específicos.

- Se condena a la indemnización por daño moral y no concede la publicación de la sentencia

La demandante solicitó en la acción de protección civil que se condenara a los demandados a indemnizar el daño ocasionado y a la publicación del texto completo de la sentencia, a lo que el Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid dictó sentencia en la que "...condenó a los demandados a pagar solidariamente a la actora la cantidad de 1.000.000 de pesetas, en concepto de daños producidos, así como a publicar el texto íntegro de la sentencia una vez firme".³⁹³

No obstante, la Audiencia Provincial de Madrid que atendió el recurso de apelación dejó sin efecto la condena de los demandados a la publicación del

³⁹³ Ibidem, página 1096.

texto íntegro de la sentencia de instancia, pero manteniendo el resto de la sentencia apelada, que no se menciona en la reseña.

La legislación española establece entre sus medidas la difusión de la sentencia que puede ser total o parcial a costa del causante de la vulneración del Derecho a la propia imagen. Si bien en este caso la demandante, madre de la menor de edad solicitó la publicación del texto íntegro de la sentencia y en primera instancia fue concedido, el juez en alzada consideró que no. Quizás el operador de justicia valoró que era una menor de edad y que dicha publicación afectaría mucho más su vida familiar, lo que no es la finalidad de este tipo de medidas.

La publicación de la sentencia, parcial o total es una medida que consideramos apropiada pero que al optar por ella siempre se consulte con la persona afectada las consecuencias de dicha publicación total o parcial para evitar que los lesionados en sus derechos resulte con más perjuicios que con beneficios.

2.2.2.5. Se reconoce uso sin consentimiento de imagen de una familia en publicidad comercial

La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 1 de julio de 2004 (RJ 2004,4541) por recurso de casación que inicia con una demanda de juicio ordinario contra la empresa Editorial Prensa Alicantina y Centros Comerciales, para que se declare la lesión al derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del matrimonio conformado por Don Jesús, Doña Edurne y sus dos

hijas menores por ser publicadas sin el permiso que corresponde de acuerdo a la legislación vigente.

Los demandantes sustentan que las demandadas publicaron un cuadernillo publicitario el día 11 de abril de 1996 donde promueven al negocio Centros Comerciales que ilustran con una serie de fotografías incluidas la de los cuatro demandantes (la familia), cuyas imágenes eran identificables.

- Se utiliza imagen de toda la familia para publicidad de un supermercado

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante emitió sentencia estimando en parte la demanda de la publicación de la fotografía de la familia y condenando a los demandados, lo que fue estimado también en segunda instancia al examinar el recurso de apelación y finalmente, el Tribunal Supremo Español desestima el recurso de casación interpuesto por las partes.

Los demandantes que conforman una familia se encuentran haciendo compras en el local comercial de uno de las empresas demandadas, lo que coincide con la captación de imágenes dentro del negocio y sus fotos son posteriormente usadas para la publicación de un suplemento que se inserta dentro del periódico de la demandada. El tema es que a los demandantes no se les acercaron para pedirles permiso para captar dichas imágenes ni les solicitaron su aquiescencia para hacer tal publicación, ni si quiera tomaron en cuenta que en dichas imágenes había dos niñas que están protegidas por el interés superior del menor para que consintieran los padres como representantes legales.

La fotografía que ilustra la publicidad no era de una imagen general sino que mostraba específicamente a los cuatro miembros de la familia demandante, cuya imagen es reconocible. Esto trae a la discusión si era accesorio o no la imagen que aparece ilustrando el suplemento publicitario, a lo que la respuesta es un no porque la imagen es de considerable tamaño, las personas son reconocibles, se encuentran dentro del local comercial haciendo compras y no se encuentran en un recuadro con muchas más personas donde no se pueden distinguir, claramente aparecen los cuatro haciendo compras y por tanto, esa es la razón principal que aparezca en ese anuncio comercial. Por tanto, los demandantes no pueden sustentar que el uso de esa imagen es permitido porque es accesorio y, por otro lado, esa imagen no es usada para ilustrar una noticia o suceso público sino que es un suplemento publicitario con fines comerciales. Por eso, este tema de los criterios para la valoración de la accesoriedad de la imagen es de importante regulación.

- Se indemniza el daño moral por la publicación de las imágenes

Los demandantes solicitaron la publicación íntegra de la sentencia y una indemnización para cada uno de los actores por la cantidad que se fije en el tribunal de la causa, pero el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante estimó parte y al dictar sentencia "...condenó a las demandadas a abonar de forma solidaria, a cada uno de los actores, la cantidad de 300.000 pesetas, declarando que no procede acordar la publicación de la sentencia en el medio de comunicación en el que fue publicada la fotografía. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, que la Audiencia

Provincial de Alicante estimó en parte y revocó la de instancia en lo relativo al importe de la condena impuesta a los demandados, que se establece en la suma global de 600.000 pesetas”.³⁹⁴

El operador de justicia al decidir sobre lo solicitado por los demandantes no solo llega a la conclusión que efectivamente se ha lesionado el Derecho a la propia imagen sino que también por el hecho de usarla sin consentimiento y para fines comerciales fija el monto de la indemnización por daño moral, los demandantes no solicitaron una suma específica sino que el juez de la causa decidió el monto que después fue modificado por el tribunal en alzada.

Este es el tipo de sentencia que deberíamos encontrar en nuestra jurisprudencia nacional, puesto que lo que hay que reparar es el daño moral que ocurre con la simple acción de usar la imagen de una persona sin su consentimiento. La prueba que debe ser examinada es si se otorgó o no el consentimiento y con base a ello, fijar el monto de la indemnización y/o la publicación del extracto de la sentencia.

Lo que trae de vuelta hacer mención al fallo del Magistrado Eligio Salas de 26 de enero de 1998 que lo expresa claramente, que cuando se trata de los derechos personalísimos “La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso”³⁹⁵, lo que

³⁹⁴ Ibidem. Op. Cit., página 1083.

³⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Eligio A. Salas. Op. Cit., desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

facilitaría al operador de justicia emitir sentencias a favor del bien tutelado que es un bien de la personalidad como lo es la propia imagen.

3. Algunas Reflexiones sobre las sentencias de Derecho a la Propia Imagen

De los casos esbozados en la revisión de la jurisprudencia nacional y extranjera, se pueden desprender una serie de conclusiones de cómo ha funcionado la aplicación del derecho para resolver los casos que se han presentado ante los distintos tribunales de justicia.

Lo primero a resaltar es que la jurisprudencia panameña no es ajena al concepto de los derechos de la personalidad, que incluye entre ellos al Derecho a la propia imagen, porque los mencionan en los fallos, pero al momento de atender un caso en específico como lo es el Derecho a la propia imagen el operador de justicia parece que se entrega al sentido literal de la norma para resolver los casos en compartimentos estancos al reducirlo a problemas de Derecho de Familia o de Derecho de Autor y si no encuadra estrictamente en alguna de esas jurisdicciones hay que ventilarlo con las reglas generales del Derecho Civil.

Es allí la primera consideración encontrada en cuanto a la aplicación de la norma en los casos de la jurisprudencia argentina. En las dos sentencias planteadas, la primera de un menor de edad cuya imagen fue difundida por medios de comunicación sin autorización del representante legal y la segunda, que trata sobre imágenes de una joven fallecida en el baño de su casa que fueron publicadas sin el consentimiento de los padres, se fundamentan en los derechos implícitos en el artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina de la cual emanan de todos aquellos no enumerados y en la Ley 11,723 de 1933 que

establece el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, específicamente el artículo 31, sin que se entren a discriminar si las personas lesionadas es una persona normal o se constituyen en artistas, intérpretes o ejecutantes.

El artículo 31 de la legislación Argentina protege el retrato fotográfico de las personas que no puede ser puesto en el comercio sin su consentimiento cuyo equivalente en Panamá, es el artículo 37 de nuestra Ley 64 de 2012 de Derecho de Autor que tutela de forma similar el retrato de una persona puesto en el comercio sin su consentimiento. Con base a esta normativa, los casos resueltos en Argentina reconocen la lesión al Derecho a la propia imagen tanto del menor de edad como de la persona fallecida porque sus fotografías fueron usadas sin consentimiento y con fines comerciales.

Interesante es que con esa norma que data desde 1933, los operadores de justicia argentina le han dado solución a las personas que ha resultado vulneradas por la utilización de su propia imagen sin el respectivo consentimiento, sumado al hecho que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino no deroga dicha norma, sino que la mantiene vigente porque forma parte del núcleo duro de protección de dicho derecho. Por eso es destacable estos pronunciamientos, ya que los mismos se resuelven sustentados en el artículo 31 de la Ley 11,723 arribando a un dictamen de tutela del derecho y no les hizo falta para dicha protección aplicar las nuevas normas de Derecho a la propia imagen contempladas en el nuevo código, que no podía ser aplicado para los casos planteados porque los hechos ocurrieron antes de su vigencia.

En ese escenario normativo en el que se encontraban los jueces argentinos con el artículo 31 de la Ley de propiedad intelectual es como si nos trasladáramos a Panamá, pero que mejora con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial en el año 2015 que brinda mayor tutela del Derecho a la propia imagen en Argentina. Contexto distinto es lo que ocurre en España, que si tiene protegido el Derecho a la propia imagen de forma taxativa tanto a nivel de derecho fundamental, así como en una legislación especial de protección que es la Ley Orgánica No. 1/82, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En los fallos podemos notar que la existencia de esas normas de protección civil permite al operador de justicia llegar a soluciones que tutelan el Derecho a la propia imagen de las personas que han acudido al sistema de justicia español. Al tener a su disposición dichas normas se le facilita tanto al juez de la causa la aplicación del derecho como al titular de la imagen, pues conoce sus derechos y puede hacer uso de los mismos frente a terceros.

En las resoluciones españolas citadas, se reconoce la lesión del Derecho a la propia imagen por la sola publicación de imagen no consentida en casos de una persona fallecida con su familia, de un menor de edad, de un personaje de proyección pública y de una familia en un sitio público. En este último caso la imagen de la familia que incluía padres e hijas menores de edad, es captada en un supermercado sin su autorización y es publicada en un suplemento con fines publicitarios, es decir, se ilustra con la foto con propósitos económicos, que si nos trasladamos a Panamá para tomar el caso de la menor de edad cuya imagen fue

utilizada para publicitar la venta de los billetes de lotería para presentarlo a los juzgados civiles españoles se hubiese reconocido el uso ilegal más los daños y perjuicios causados por la sola demostración del uso sin consentimiento.

En una segunda apreciación a destacar de la aplicación de soluciones en las sentencias esbozadas, es el daño moral. De los dictámenes de los tribunales argentinos, en los dos casos planteados se reconoce el daño moral y se concede la petición de indemnización por el perjuicio causado. En particular, hay que precisar la resolución del caso de la joven fallecida cuya imagen desnuda en el baño de su casa fue publicada en la portada y páginas interiores de un periódico cuyo público lector arrasó con sus ventas ese día, motivo por el cual sus padres solicitan indemnización por daños psicológicos y morales.

Eso lleva a la juez de la causa a realizar en la parte motiva del fallo una diferenciación, puntualizado que el daño moral no requiere prueba en cuanto a su procedencia porque los hechos hablan por sí mismos mientras que el psicológico si debe acreditarse a través de los medios adecuados. En esa línea, reconoce el daño psicológico sólo para el padre en virtud de los informes presentados y para el daño moral toma como sustento la publicación de las fotografías de la joven fallecida, fijando la indemnización para ambos padres.

Evocando nuevamente el caso nacional de la foto de la niña en el billete de lotería, si bien la demandante no aportó prueba que acreditara el daño psicológico no se pronunciaron por el daño moral por el uso no autorizado de la imagen en las campañas publicitarias a nivel nacional, a pesar que expresan que consta como “prueba dentro del expediente impresiones fotográficas de una valla publicitaria

cuya imagen es de un billete de lotería identificado con el número 4195, que en la parte superior tiene la fotografía de una niña...”, simplemente concluyen diciendo que no se acredita la existencia del daño. Es decir, que publicar la imagen de una persona sin su consentimiento con fines comerciales no representa un daño moral, hay que acreditarlo ya que no hay un tratamiento por ser un bien de la personalidad sino que se le trata como si fuese un bien mueble o inmueble.

Si bien la jurisprudencia argentina usa como fundamento la ley de propiedad intelectual y el Código Civil anterior para hacer el reparo correspondiente en los fallos mencionados, vemos que también lo hacen las decisiones españolas que si tiene regulado desde 1982 en su ley que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida.”

Por ejemplo, en el caso de la familia española que es usada su imagen para la publicidad de un supermercado, el juez fija el monto del daño moral evaluando las fotos publicadas, el tamaño, que las personas eran reconocibles, que dos eran menores de edad, que no es con fines noticiosos sino con fines comerciales, la difusión o audiencia del medio usado, el beneficio obtenido por el causante de la lesión. De esta forma sus pronunciamientos conceden justicia a las peticiones por vulneración al Derecho a la propia imagen.

Otra reflexión del empleo de soluciones en las sentencias, es el uso de varias medidas que lo podemos observar especialmente en los pronunciamientos de los tribunales españoles con fundamento en la Ley Orgánica 1/82 de responsabilidad

civil, donde por ejemplo en el caso de la persona detenida cuya imagen fue tomada de sus redes sociales por un medio de comunicación para ilustrar sus noticias, el juez de la causa accede a tres medidas solicitadas por el demandante como lo fue el retiro de la publicación de su imagen, la publicación de parte de la sentencia más la indemnización por el daño moral sufrido.

En las decisiones argentinas, en ambos casos se condenó por los daños morales, pero en el caso del menor el tribunal superior decidió que no procedía la publicación de la sentencia y en el caso de la joven fallecida si se dispone la publicación de la decisión en el sitio web del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fundamento en el artículo 1071 bis del Código Civil anterior que permitía que el juez de acuerdo a las circunstancias pueda ordenar la publicación de la sentencia.

También hay que destacar en el manejo de las soluciones en las sentencias, la valoración de la posibilidad de la colisión de tres derechos al mismo tiempo que lo vemos reconocido en ambos países. En la decisión argentina del caso de las fotografías joven fallecida se protegió el Derecho a la intimidad y el Derecho a la imagen al mismo tiempo, mientras que en el caso español del doctor fallecido, su ex esposa e hijo también en su pronunciamiento se valoran tres derechos: honor, intimidad e imagen declarándose que se habían vulnerado los tres al mismo tiempo.

Estas breves reflexiones nos permitieron extrapolar la aplicación de las soluciones jurisprudenciales de otros países al nuestro país, lo que nos lleva ahora a la necesidad de transitar hacia una certera tutela jurídica del Derecho a la propia

imagen que permita de forma similar resolver por medio del Derecho Civil los casos que se presenten ante los operadores de justicia nacionales.

4. Adecuación de la protección jurídica del Derecho a la Propia Imagen en el Derecho Civil panameño

Después de revisar el derecho comparado y de examinar las soluciones otorgadas a un problema legal que es la protección del Derecho a la propia imagen en diferentes sistemas jurídicos ante su vulneración, nos corresponde en las próximas líneas encaminarnos hacia la conveniencia de aplicar en Panamá la adecuación de nuestras normas jurídicas.

En estos momentos su tutela por la vía civil estaría garantizada por el sistema de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual según sea el caso, pero como hemos observado al momento de la aplicación del derecho en los casos resueltos reflejan el estado de indefensión en que se encuentran quienes resultan vulnerados como titulares del derecho personalísimo de la propia imagen.

Esto nos lleva a señalar que existe una falta de protección de la figura porque por el sólo hecho de usar la imagen sin la autorización del titular de la misma no está considerando que existe una vulneración del derecho y en consecuencia, mucho menos se considera que se ha ocasionado el daño.

El autor español Francisco de P. Blasco Gascó dice que se puede producir un triple daño cuando es usada la imagen de una persona sin su autorización cuando:

“a) Un daño sobre un bien inmaterial que es la propia imagen, que usa inconsentidamente. b) Un daño material, si, por ejemplo, dicha utilización de mi imagen impide que concluya un determinado contrato millonario. c) Un daño moral

en sentido estricto, si la publicación de la imagen le provoca angustia, ansiedad o, en definitiva, padecimiento psíquico”³⁹⁶.

No obstante, en Panamá como examinamos previamente en una de las sentencias el operador de justicia al realizar su valoración en primera instancia ni siquiera reconoció que se lesionó el derecho y también se concluye que era necesario acreditar el daño. Si bien la imagen de una persona había sido lesionada por un tercero y su reclamación se encontraba garantizada por la responsabilidad civil extracontractual que dentro de dicho proceso quedaba probado el acto culposo por su uso no autorizado de la imagen se arriba a la conclusión que no se había probado el daño. Esto nos lleva a señalar que deben realizarse adaptaciones a nuestro cuerpo normativo para proteger el Derecho a la propia imagen y es pertinente revisar que sería lo más conveniente para nuestra realidad, preguntándonos que tendría más impacto social para la tutela de los derechos de sus ciudadanos quienes perciben que el sistema de justicia no funciona.

Por ello, resulta provechoso retomar algunas ideas que hemos planteado anteriormente como sería la aplicación de los valores jurídicos y Principios Generales del Derecho, modificar el Código Civil y/o establecer un régimen de protección civil para derechos personalísimos como la propia imagen.

4.1. Valores Jurídicos y Principios Generales del Derecho en el Derecho Civil panameño

³⁹⁶ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. Op. Cit., página 200.

“La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás”³⁹⁷, lo que evolucionó a lo que conocemos hoy como el sistema de responsabilidad civil. No obstante, una apuesta para resolver los problemas que plantea el uso no autorizado de un bien inmaterial como lo es la imagen de una persona sería acudir a los valores jurídicos y los Principios Generales del Derecho. La vía de los Principios Generales del Derecho es una de las herramientas de las que se puede hacer uso frente aquellos vacíos en los ordenamientos jurídicos, como lo establece el propio artículo 13 del Código Civil panameño. Previamente habíamos mencionado que coincidíamos con el autor español Bustos Pueche sobre este tema en particular aplicado a los derechos de la personalidad, en que los principios generales del derecho deben funcionar como vía genérica o abstracta donde los valores supremos son informadores del ordenamiento jurídico y que podría ser aplicado, según cada caso en concreto, por la escasa regulación de normas protectoras de estos derechos en nuestro país.

Esto nos lleva a evocar en este punto lo tratado en el primer capítulo del presente estudio, donde mencionábamos que la dignidad humana es uno de los cimientos de los derechos fundamentales, que este valor sirve de fundamento al derecho como principio general de derecho y se le ha reconocido validez tanto en convenios internacionales como en las constituciones³⁹⁸. Asimismo,

³⁹⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. Manual sobre la Responsabilidad en el Derecho Español, EDISOFER, S.L., Madrid, 2010, página 16.

³⁹⁸ “De suerte que la piedra angular para la percepción, reconocimiento y elaboración, por vía doctrinal, legislativa o judicial de principios generales del derecho y derechos y deberes de la dignidad de la persona,

destacábamos que en la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 al ser reformada entre los valores que recoge y protege en el preámbulo se encuentra plasmada la dignidad humana, lo que es reiterado dentro del mismo cuerpo normativo en el Título III, sobre Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1 de las Garantías Fundamentales, segundo párrafo del artículo 17³⁹⁹ del que se derivan algunos valores entre esos la dignidad de la persona.

En esa línea, la exteriorización de los valores jurídicos lo podemos encontrar en diversos artículos del Código Civil panameño. Explica el Dr. Julio Lombardo que las normas también “deben responder a pautas trascendentes de conducta que las legitimen y den sentido a su vigencia, y esas pautas son los valores aceptados por la sociedad⁴⁰⁰.”

Entre esas pautas trascendentes se encuentra la justicia en su aspecto de no causar daño a otro injustificadamente que se plasma a las normas relativas a la responsabilidad contractual (artículo 986 del Código Civil) por el incumplimiento o cumplimiento moroso o negligente, así como en las disposiciones de responsabilidad extracontractual (artículo 1644 del Código Civil). Ligado a este último se encuentra la siguiente pauta que es el respeto a la condición humana – la dignidad humana- al ocurrir el daño moral (artículo 1644 A del Código Civil) por

característica que distingue al humano de la especie absorbida predominante por inclinaciones de dominio o sobrevivencia”. LOMBARDO, Julio. Op. Cit., página 178. fundamentales es el elemento

³⁹⁹ El artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá fue modificado por las reformas constitucionales originadas por los Actos Legislativos número 1 de 27 de julio de 2004 y número 2 de 26 de octubre de 2004.

⁴⁰⁰ LOMBARDO, Julio. Valores, principios y Derecho Civil panameño, Conferencia pronunciada en el Aula A-10 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en Seminario de actualización en Derecho Privado el 30 de septiembre de 2014.

acciones u omisiones negligentes. Y aunque dicha norma se refiere en su texto a varios bienes personalísimos como son el honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, que no incluye taxativamente a la propia imagen, pero esta norma no es una lista cerrada pues se entiende que cualquier lesión a los derechos de la personalidad produce consecuencias en el ámbito moral del afectado.

Por ello, en este espacio es imperativo regresar a la Sentencia de la Sala Civil del año 1998 cuyo ponente fue el Magistrado Eligio A. Salas que hace referencia al daño moral y a los derechos de la personalidad, señalando que la vulneración a estos derechos ocasiona daños morales al titular del derecho. Asimismo, se destaca en dicho fallo que las lesiones ocasionadas a estos bienes de la personalidad deben ser reparadas y que la reparación de dicho daño moral “debe guardar relación con la magnitud del perjuicio, el dolor o la afección que haya causado, sin dejar de tomar en consideración el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiración al infractor cuando cometió el ilícito”⁴⁰¹. Finalmente cierra su análisis diciendo que se debe reparar con una indemnización inspirada en principios de equidad y que no sea fuente de enriquecimiento sin causa.

Esta sentencia que recoge los valores de justicia y respeto a la dignidad humana, así como el principio de equidad que debe ser guía para los operadores de justicia en la práctica no lo es porque en Panamá no existe la doctrina legal como fuente de derecho. Si bien tenemos doctrina probable⁴⁰² cuando por tres fallos de la Corte

⁴⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Eligio A. Salas, 26 de enero de 1998. Op.Cit., desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

⁴⁰² Véase artículo 1162 del Código Judicial.

Suprema de Justicia, al actuar como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, y los jueces podrán aplicarla a los casos análogos, pero está puede ser variada lo que ocurre constantemente, adicional que a los casos que nos estamos refiriendo son los atendidos por la Sala Civil.

Lo que si resultaría en una fuente y le daría fortaleza es que los derechos personalísimos, como es el caso específico del Derecho a la propia imagen reconocido por el artículo 577 del Código de la Familia, fuese incorporado como parte del bloque de la constitucional, que sea declarado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia porque esa norma tiene importancia de carácter constitucional⁴⁰³.

Sin embargo, eso no es lo que ha ocurrido y lo vemos reflejado en el estudio de la jurisprudencia que se ha planteado en el presente trabajo. Si bien el ciudadano tiene el derecho básico de acceso a la justicia, no existe argumentación o razonamiento sobre los valores jurídicos y Principios Generales del Derecho frente al uso no consentido de su imagen, lo que nos lleva a apuntar directamente que el ciudadano se encuentra en un estado de indefensión debido a que estamos ante una falta de positivización para proteger a los titulares que han resultado lesionados en su Derecho a la propia imagen porque la dignidad humana, donde

⁴⁰³ El ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Edgardo Molino Mola opina que “Lo que pasa es que a veces hay normas que están en los Códigos, pero en realidad su importancia tiene carácter constitucional. Eso es lo que se llama bloque de constitucionalidad. Lo que ocurre es que para que una norma legal sea incorporada como parte del bloque constitucional, tiene que ser declarado por la Corte Suprema de Justicia en pleno”. CORIAT, Adela. A Juan Carlos Varela le importa un comino con la justicia, Molino Mola, La Estrella de Panamá, 2018. Recuperado el 8 de marzo de 2018 desde <http://laestrella.com.pa/panama/nacional/juan-carlos-varela-importa-comino-justicia-molino-mola/24052200>.

se fundamente este derecho personalísimo en la práctica, no posee ese valor normativo que le otorga el preámbulo de nuestra carta magna.

4.2. Modificación del Código Civil

Transitar hacia a la positivización del Derecho a la propia imagen para la protección jurídica en el Derecho Civil panameño implicaría tomar en cuenta realizar adecuaciones a nuestro Código Civil, como lo han realizado otros países que hemos mencionado como lo son Perú y Argentina.

Nuestro Código Civil vigente desde el año 1917 con sus modificaciones, no contempla normas relativas a la protección del Derecho a la propia imagen y se podría seguir la ruta planteada por el proyecto del Dr. Narciso Garay de incluir dicha protección adicionando una sección en el ya existente Capítulo II Del principio de la existencia de las personas naturales, del Título I del Libro Primero De las Personas.

En el caso del Código Civil peruano en su Título II Derechos de la persona incorpora en el artículo 15 el Derecho a la imagen y voz, así como en el artículo 17 la tutela jurídica de los derechos de la persona para la cesación de los actos lesivos. Mientras que el nuevo Código Civil argentino se establece en el Libro I, Título I Persona Humana, un capítulo dedicado a los Derechos y actos personalísimos regulado en el artículo 53 al Derecho a la imagen que incluye la voz.

Si bien ambos códigos suramericanos incorporan a su cuerpo normativo el Derecho a la imagen y voz, es preciso destacar del Código Civil argentino el sitio que le otorga al valor de la dignidad de la persona, a pesar que el Derecho a la

propia imagen no se establece de manera taxativa como un derecho fundamental a diferencia de Perú que si lo dispone en su artículo 2 de su Constitución. Al consignarlo de esta forma, queda claramente establecido que el legislador ha reconocido este valor jurídico de observancia a la condición del ser humano para otorgar protección a los derechos personalísimo de forma tal que incluye todo menoscabo a la dignidad personal para la responsabilidad por daño, lo que se aplica a la propia imagen.

En la revisión de jurisprudencia se observa que previo al nuevo Código Civil argentino, sus operadores de justicia fallaban casos sobre propia imagen con fundamento al artículo 31 de la Ley 11,723 de Propiedad Intelectual y con la sola existencia de esa norma se arribaban a soluciones por lo que se podría concluir que no era necesario incluir ese derecho dentro de ese nuevo cuerpo legal, pero ocurre lo contrario para los argentinos esta norma es la fuente y base del artículo 53 del Derecho a la propia imagen manteniéndose ambas normas con el propósito de que exista un núcleo duro en el que se aplique la norma más protectora.

En este capítulo dedicado a los derechos y actos personalísimos del Código Civil argentino se incorpora lo siguiente sobre el derecho a la propia imagen:

a- Incorpora no solo la imagen sino también la voz, ya que la ley de propiedad intelectual se refiere al retrato fotográfico, pero ya la jurisprudencia nacional había interpretado que se extendía a todo tipo de difusión no solo la foto, sino también cine, televisión y la norma lo extiende a cualquier modo en que se haga, ya sean grabaciones, filmaciones, retratos, caricaturas o esculturas.

b- Incluye las acciones de captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, se amplía la protección porque no sólo es la puesta en el comercio de la imagen sino que ahora toda captación o reproducción requiere del consentimiento previo del titular, entendiéndose que son dos acciones distintas que requieren autorización para su uso de lo contrario su uso es ilícito.

c- El consentimiento necesario para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona la norma no señala si este debe ser expreso o tácito, así que puede deducirse de los actos de la persona titular del derecho, a diferencia del artículo 31 de la ley de propiedad intelectual que si establece que para ser puesto al comercio se requiere el consentimiento expreso de la misma persona. Adicional, el artículo 55 que establece la disposición de los derechos personalísimos señala que es permitido el consentimiento sino es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, no se presume y es de interpretación restrictiva.

d- La revocación del consentimiento también está establecida como una disposición de los derechos de la personalidad al indicar que el consentimiento es libremente revocable, en consecuencia es aplicable al Derecho a la propia imagen. En el caso de la Ley de propiedad intelectual la revocación puede darse siempre y cuando resarza los daños y perjuicios.

e- Las excepciones al uso de la imagen de una persona sin su autorización se enumeran tres casos, los dos primeros incisos muy similares a los establecidos en el artículo 31 de la Ley de propiedad intelectual. El primer inciso se refiere a “que la persona participe en actos públicos” y el segundo inciso “que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario”, agregando “y se tomen las

precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”, que sería por ejemplo difuminar o cubrir el rostro de una persona.

El tercer inciso de uso permitido es nuevo porque no se encuentra contemplado en el artículo 31, “que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general” que de acuerdo al código comentado debe ser ejercido de forma regular, esto es que sea conforme a la ley y no abusivamente, sumado a que lo que se comuniqué debe ser un hecho de interés general, verbigracia información de personas buscadas por estar desaparecidas o presuntos delincuentes.

f- La imagen de una persona fallecida puede ser utilizada siempre que medie el consentimiento de sus herederos o quien haya sido designado por el causante como disposición de su última voluntad. Esta redacción es más genérica y puede ser designada cualquier persona en su testamento, a diferencia del artículo 31 de la Ley de propiedad intelectual que si señalaba una lista para otorgar la autorización que comprendía que a su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. El mismo Código explica que, en caso de desacuerdo entre herederos del mismo grado, resuelve el juez.

En cuanto al tiempo que dura esta protección para la memoria del fallecido, la norma determina que pasado 20 años desde la muerte, la reproducción es libre siempre que no sea ofensiva. Por tanto, la publicación ofensiva siempre va estar prohibida, no importa el término. Este plazo es igual al contemplado en la Ley de propiedad intelectual.

g- La reparación del daño sufrido es incorporada para todos los derechos de la personalidad. Según el artículo 52 del Código Civil argentino cualquier persona lesionada en su imagen o que de cualquier modo resulte menoscaba en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1. Esto nos lleva al artículo 1738 de ese capítulo que prevé que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima.

De esta forma, la aplicación de una norma que protege el retrato fotográfico desde el año 1933 y que ha sido aplicada por los operadores de justicia argentinos a través de los años para los casos de tutela del Derecho a la propia imagen ahora se robustece con el Código Civil.

Del Código Civil argentino mi sugerencia es seguir su ejemplo de positivizar el valor de la dignidad humana para todos los derechos de la personalidad dentro de nuestro Código Civil en cuanto al derecho a reclamar la prevención y reparación del daño cuando resulte menoscaba la dignidad personal, pues si bien nuestro artículo 577 del Código de la Familia establece que la difusión de imágenes debe realizarse con base en respeto a la dignidad humana no se resuelve el tema las acciones que puede ejercer el titular por la vulneración de su imagen. Esto nos lleva a que al igual que en el Código Civil argentino, nuestro código debe incorporar que la indemnización “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima”.

Asimismo, incluir un artículo dedicado al Derecho a la propia imagen, especificando de forma clara que debe otorgarse un consentimiento expreso, las excepciones al uso legítimo de la imagen sino más detalladas que sean reguladas por ley, porque la experiencia española también nos ha dado luces que hay puntos que requieren precisar y especificar para evitar ambigüedad en la interpretación y se les haga más fácil a los operadores de justicia sobre todo a los nuestros que no están habituados en atender este tipo de situaciones.

Como inicié este punto, un camino era desarrollar una sección dentro del Código Civil panameño para los derechos personalísimos, entre esos la propia imagen, por eso el ejemplo del Código Civil argentino es una guía importante para su redacción; no obstante, considero que no es la única ruta después de estudiar también la experiencia española. Por ello, también es importante abordar específicamente el Derecho a la propia imagen desde una legislación de protección civil y que paso a justificar el por qué debe expedirse una ley que trate la protección civil del Derecho a la propia imagen.

4.3. Régimen de protección civil de derechos personalísimos: Derecho a la Propia Imagen

Otra de las experiencias revisada en este trabajo tanto a nivel normativo como jurisprudencial es la de España con la aplicación de su “Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, que regula determinados aspectos civiles de estos tres derechos personalísimos que se encuentran también garantizados a nivel constitucional.

Cuatro décadas tiene España de estar empleando esta normativa de protección de estos tres derechos de la personalidad que incluye el Derecho a la propia imagen, con pequeñas modificaciones al texto original a lo largo de todos estos años y otras normativas, como las de protección a los menores de edad, que han acogido dicha tutela. Aunado al hecho que el mayor volumen de libros publicados sobre el Derecho a la propia imagen proviene de autores españoles y su jurisprudencia es abundante.

Esta Ley Orgánica ha sido modelo para países como México, pero éste país no lo desarrolló en su totalidad ni tampoco fue aprobada de manera congruente a sus necesidades debido a la presión de otros intereses como la de los medios de comunicación, situación que no es ajena en nuestro país cada vez que se intenta aprobar normas como la autorregulación de los medios, el derecho al olvido y recientemente con la protección de los datos, que si bien el derecho a informar es importante también lo son otros inherentes a la persona.

Por ello, luego de las revisiones realizadas, centraría la propuesta para que sólo regule el Derecho a la propia imagen y no hacerlo de manera conjunta como la hace la legislación española sino hacerlo de manera separada, principalmente porque la imagen y la voz de una persona es lo más utilizado en esta nueva era de avances tecnológicos, la digitalización, el internet y las redes sociales; tratando de evitar ese debate que siempre surge cuando se trata de regular el Derecho al honor por razón de la libertad de expresión y el derecho a informar que provoca un estancamiento en la discusión en consecuencia de su aprobación legislativa.

Si bien estos tres derechos – intimidad, honor y propia imagen- están interrelacionados también tienen autonomía como lo explicamos en el primer capítulo, esto hace que no necesariamente la misma norma les sea aplicable por igual como si fuesen lo mismo como sería el caso de la explotación comercial de la imagen de una persona con su autorización situación distinta ocurriría con el Derecho al honor.

En esa propuesta de regulación de protección civil de la propia imagen, siguiendo el modelo de una norma especial como lo ha desarrollado la legislación española, se deben incorporar los siguientes aspectos:

- a) La protección civil del Derecho a la propia imagen frente todo uso ilegal y no consentido.
- b) Señalar sus características como derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible.
- c) Dejar establecido que la renuncia es nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento establecidos por la ley.
- d) Establecer los mecanismos para otorgar el consentimiento y la revocación.
- e) Indicar la delimitación de la protección de la propia imagen, en este caso se hace necesario establecer que serán aquellos casos establecidos por las leyes. En la Constitución Española se dispone que los derechos reconocidos en su artículo 20 como la libertad de expresión o el derecho a comunicar tienen su límite en el respeto de otros derechos, señalando de manera específica al Derecho a la propia imagen, puesto que un derecho

no es ilimitado de forma que se ha señalado un límite frente a otros derechos de igual rango o porque así lo señala la norma.

Como no contamos con una norma constitucional como la antes mencionada, en la norma que regule este derecho debe quedar claro que la disposición debe ser previa al uso de la imagen y debe ser previamente autorizado por autoridad competente, de forma tal que se cause la mínima afectación a este derecho personalísimo. Esto es importantísimo frente a los nuevos sistemas de video vigilancia que ya se manejan a nivel municipal y de los estamentos de seguridad nacional, puesto que debe incluirse una norma general sobre el tratamiento que le deben dar estas instituciones públicas frente al manejo de esas imágenes.

Si se establecen otras limitaciones como lo hace la legislación española que también queda delimitada por “los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”, requiere de una redacción menos subjetiva que especifique que también queda delimitado por el uso que ha estado realizando el titular de la imagen para publicar o difundir su imagen por distintos medios de comunicación, internet y las redes sociales para no caer en las interpretaciones de qué comprendería ese uso social, sobre todo porque la propuesta contempla solo regular la tutela para la propia imagen.

- f) Enumerar los usos legítimos de la imagen de una persona, que si bien lo ideal es que la interpretación debería ser estricta existen casos en que la

imagen tiene que ceder porque existe un interés público y dicha ponderación queda en manos del operador de justicia.

Actualmente el Código de la Familia permite que se difundan imágenes de una persona “con fines noticiosos, de interés público o cultural, con base en el respeto a la dignidad humana”, que con una regulación de protección civil se puede no solo ser más específico para que cuando se realice el análisis por parte del operador de justicia quede claro en qué casos cedería el derecho cuando sea invocado como sustento para el uso de la imagen de una persona, sino que también puede ampliarse la lista de las excepciones.

La legislación española de manera general coincide con nuestro artículo 577 al disponer que no se consideren ilegítimas cuando “predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”, mientras que el Código Civil argentino debe “existir un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”, de forma que esta última redacción coadyuva con el parámetro para la aplicación de alguna de esas excepciones.

En cuanto al interés noticioso, en la legislación española se enumera otras situaciones como excepciones vinculadas con la libertad de información o de expresión que guardan relación específicamente con el Derecho a la propia imagen. El primero de ellos se refiere al uso de la imagen de “personas que ejerzan cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en

lugares abiertos al público”. En estos casos, cuando se cumpla con los presupuestos, el derecho de los titulares cede para que pueda informarse por el interés público de conocer sobre esa noticia, pero eso no significa que pueda violarse su derecho a la intimidad o al honor de esos servidores públicos o personajes públicos (famosos).

La otra situación es el uso de “la caricatura de dichas personas, de acuerdo al uso social” que se refiere a las personas con cargos públicos, profesión de notoriedad o proyección pública siempre que se realice con fines de libertad de expresión y no para lesionar otros derechos o con propósitos comerciales o publicitarios. El tema es con la interpretación del uso social que queda a amplia discreción y en la propuesta debe quedar claro que su uso es cumplir con los propósitos de informar y que debe realizarse con prudencia para evitar un daño innecesario.

La tercera excepción se relaciona con “la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”, que se refiere a casos donde una persona que no es la noticia, pero estaba en el lugar de los hechos y aparece en la fotografía o vídeo. Aquí lo recomendable es definir que la accesoriedad es con respecto a la imagen de la persona y no con respecto a la información de la noticia porque esto se presta para confusión y varias interpretaciones, sumado al hecho que esta excepción no permite su uso para fines comerciales, publicitarios ni similares.

Adicional a los casos concretos mencionados, el Código Argentino lo resume en “que se trate del ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general”, texto que también tiene que hacerse acompañar con uno que no puede hacer con fines distintos o que a su vez vulneren otros derechos.

g) En el caso de las personas fallecidas en las legislaciones estudiadas se hace una extensión del Derecho a la propia imagen por la vía civil por razón que la memoria del fallecido que constituye una prolongación de ésta. Así tenemos que en la legislación civil española, argentina y peruana se contempla su tutela, la que debe ser incorporada en nuestra legislación para otorgar dicha protección aún después de la muerte. Al igual que en las legislaciones estudiadas, es importante incorporar en la nuestra quienes están legitimados para autorizar o reclamar el derecho en caso que no se haya designado por testamento, como también en caso de desacuerdos que la decisión quede en mano del juez e incluir el tiempo de duración. Sobre este tema España establece 80 años y Argentina 20 años desde su fallecimiento, mientras que la legislación peruana no hace mención. Me inclinaría por establecer 70 años como lo hace nuestra norma de Derecho de autor.

h) Con respecto a la tutela frente a las vulneraciones al Derecho a la propia imagen, hay que insertar todas las medidas necesarias para detener toda lesión por el uso no consentido de la imagen, así como para prevenir o impedir cualesquiera violación posterior. Esto sumado a la indemnización

por daños y perjuicios y la introducción de la apropiación del lucro obtenido por el uso de la imagen sin permiso.

También es tema de esta regulación el tema de la presunción del daño moral en las lesiones a derechos de la personalidad como es el de la propia imagen por la sola realización del hecho dañoso y que la indemnización en estos casos se extenderá al daño moral, con los respectivos criterios para determinar el valor de dicho daño.

En Argentina la persona lesionada en su imagen puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. Por ejemplo, Argentina incorpora en la indemnización “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima”.

- i) Establecer el tiempo de prescripción para el ejercicio de las acciones. En España se dispone de 4 años para interponer la demanda y en las normas civiles argentinas el término para el reclamo de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Por ello, me inclinaría por establecer un mayor tiempo al establecido en las reglas generales de nuestro Código Civil y ya se tiene la experiencia con la figura del enriquecimiento sin causa.
- j) En la legislación española no se encuentra normado, pero hay que valorar la incorporación de normas que regulen el tema de la explotación comercial del Derecho a la propia imagen por parte de su titular, pues la imagen de una persona por su uso comercial no deja de ser un bien de la personalidad.

En la práctica se está utilizando cada día más la imagen como un medio de obtener ingresos con fines publicitarios o comerciales y se requiere una respuesta judicial frente a esta práctica, que existan normas para proteger al titular como también permita que en caso de lesiones al derecho o en casos de disputas donde no esté claro el consentimiento otorgado, pueda el operador de justicia examinar y tomar la mejor decisión en la esfera civil.

De esta forma hemos planteado tres rutas para alcanzar un régimen de protección civil del Derecho a la propia imagen, todas tienen el propósito de tutelar este derecho de la personalidad la primera es viable en la medida que exista voluntad de nuestros propios operadores de justicias, de lo contrario nos quedan la otra dos y la vía que podría presentar un menor grado de dificultad para no usar la palabra expedita sería la de una ley de protección especial. De esta forma transitaríamos hacia esa tutela del Derecho a la propia imagen que garantice esa protección.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de concluir el desarrollo del presente documento en el cual evidenciamos tanto las normas aplicables como las soluciones jurisprudenciales de algunos países a casos concretos, nos lleva ahora a plasmar la necesidad de transitar hacia una certera tutela jurídica del Derecho a la propia imagen que permita de forma similar resolver por medio del Derecho Civil los casos que se presenten ante los operadores de justicia nacionales. Esto sin dejar de lado la aplicación de los Principios Generales del Derecho que también les puede servir de sustento para arribar a soluciones justas ante la insuficiencia de normas protectoras del Derecho a la propia imagen.

Afirmamos la conveniencia de la adecuación de las normas jurídicas panameñas, a la luz del derecho comparado y del examen de las soluciones otorgadas al problema legal que es la protección del Derecho a la propia imagen en distintos sistemas jurídicos ante su vulneración.

En estos momentos la tutela por la vía civil en Panamá estaría garantizada por el sistema de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual según sea el caso, pero como hemos anotado al momento de la aplicación del derecho en los casos resueltos se refleja el estado de indefensión en que se encuentran quienes resultan vulnerados como titulares del derecho personalísimo de la propia imagen porque su caso no es valorado desde la óptica de un bien de la personalidad que se encuentra protegido y que no es justificable su uso, publicación o reproducción sin que medie previa autorización.

Si bien todo ciudadano tiene el derecho básico de acceso a la justicia, no existe argumentación o razonamiento sobre los valores jurídicos y principios generales del derecho frente al uso no autorizado de su imagen, lo que nos lleva a apuntar directamente a que el ciudadano se encuentra en un estado de desprotección debido a que estamos ante una falta de positivización para proteger a los titulares que han resultado vulnerados en su Derecho a la propia imagen porque la dignidad humana, donde se fundamente este derecho de la personalidad en la práctica, no posee ese valor normativo que le otorga el preámbulo de nuestra carta magna y que tampoco es reconocido en la práctica por los operadores de justicia.

La ruta hacia a la positivización del Derecho a la propia imagen para la protección jurídica en el Derecho Civil panameño implicaría tomar en cuenta realizar adecuaciones a nuestro Código Civil, como lo han realizado otros países que hemos mencionado como lo son Perú y Argentina, o la aprobación de una ley que regule de manera específica la protección civil del Derecho a la propia imagen como la tiene España.

Al revisar la jurisprudencia extranjera observamos soluciones que han encontrado ante casos similares a los presentados ante nuestros tribunales nacionales, haciendo uso de sus normas civiles o especiales de protección para estos casos que se refieren a bienes de la personalidad y en algunos casos se ha hecho uso de los Principios Generales del Derecho.

Si bien nuestra jurisprudencia no es ajena al concepto de los derechos de la personalidad, que incluye entre ellos al Derecho a la propia imagen, porque los

mencionan en sus sentencias, al momento de atender un caso en específico como lo es la propia imagen de una persona el operador de justicia parece que se rinde al sentido literal de la norma para resolver los casos en compartimentos estancos al reducirlo a problemas de Derecho de Familia o de Derecho de Autor y si no se configura en alguna de esas jurisdicciones lo remite a los juzgados civiles para que apliquen las reglas generales del Derecho Civil.

Por otro lado, los tribunales nacionales analizan los casos de Derecho a la propia imagen como si el daño fuera ocasionado a un bien mueble o inmueble, no lo tratan como un bien de la personalidad. El Derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que encuentra su fundamento en el principio de la dignidad humana y así lo reconoce el artículo 577 del Código de la Familia cuando dice que toda difusión de la imagen de una persona debe realizarse con base al respeto a la dignidad humana.

El sistema de justicia debe valorar en su justa dimensión el respeto a los derechos de la personalidad que a su vez son derechos humanos, razonar a favor de la persona como ser humano y no convertirse en un temeroso operador de justicia que se minimiza al puro positivismo. Es claro que la dignidad humana es eje central de los derechos humanos y fundamentales, por eso el operador de justicia al momento de analizar un caso de bienes personalísimos tiene que tener presente que debe prevalecer la dignidad de la persona al momento de la valoración del expediente con la finalidad de proteger al titular del derecho.

Esto ha sido reconocido por el Código Civil argentino y de copiarlos debemos positivizar el valor de la dignidad humana para todos los derechos de la personalidad dentro de nuestro Código Civil en cuanto al derecho a reclamar la prevención y reparación del daño cuando resulte menoscaba la dignidad personal, pues si bien nuestro artículo 577 del Código de la Familia establece que la difusión de imágenes debe realizarse con base en respeto a la dignidad humana no se resuelve en la norma el tema las acciones que puede ejercer el titular por la vulneración de su imagen. Así como también se debe incluir en nuestro código que la indemnización “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima”, tal como aparece en el argentino.

Y es que vemos la diferencia no solo en la parte normativa sino también en la forma en que se analizan los casos en argentina. Uno de los fallos aportados en este trabajo sobre la difusión de una imagen con fines comerciales y sin la debida autorización, se menciona en la parte motiva de dicha sentencia que la imagen goza de tutela constitucional en su artículo 33 y que su utilización está regulada por el artículo 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. El artículo 33 de la Constitución Argentina no menciona el Derecho a la propia imagen, sino que es una norma declarativa y de principios generales que sirve de fundamento para atender cualquier derecho y garantía a favor de sus ciudadanos.

Esa sentencia argentina nos muestra como los operadores de justicia pueden servirse de los Principios Generales del Derecho ante la insuficiencia de normas protectoras, pues como bien el fallo hace mención antes de la vigencia del actual

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, la tradicional regulación desde el año 1933 lo fue el artículo 31 de la Ley 11.723 que servía de sustento para decidir sobre pretensiones relacionadas al Derecho a la propia imagen. Situación que ahora ha quedado fortalecida con el artículo 53 del Código nuevo que de forma más precisa protege la imagen de las personas y que no derogó el artículo 31 de dicha ley.

Asimismo, la experiencia española también nos ha dado luces que hay puntos que requieren sean precisados y detallados para evitar ambigüedad en la interpretación y se les haga más fácil a los operadores de justicia, sobre todo a los nuestros que no están habituados en atender este tipo de situaciones.

Si bien no contamos a nivel constitucional con una norma taxativa de protección al Derecho a la propia imagen ni tampoco en nuestro Código Civil como ocurre en otras latitudes, podemos legislar esa protección especial. Con la regulación en el Código de la Familia de la figura del Derecho a la propia imagen no se cuenta con la mejor garantía de este derecho puesto que si existen daños sus reclamos son remitidos a los juzgados civiles ordinarios por no tener los de familia competencia para conocerlo.

La dificultad de probar la existencia del daño, sobre todo el moral, nos revela la necesidad de regular con nuevas disposiciones sobre la responsabilidad civil en el caso de vulneración de derechos de la personalidad como el Derecho a la propia imagen y así establecer reglas especiales para el caso específicos de estos

derechos como su presunción siempre y cuando se acredite el uso no consentido de la imagen.

Incorporar criterios para determinar el valor del daño que sirvan de parámetro al operador de justicia en cuanto este tipo de lesiones a la propia imagen que ante su uso en medios de comunicación y sobre todo en páginas de internet, especialmente en las redes sociales, porque cuantificar se hará difícil. Además, que quede claramente establecido que por el simple uso sin autorización es una vulneración, que no es necesario que la persona sufra de daños psicológicos para que si exista derecho a reclamar por parte del lesionado como ha sido desvelado por los casos expuestos por la jurisprudencia argentina y española.

Establecer medidas de tutela ante la vulneración que no únicamente contemplen la acción indemnizatoria sino también regular todos los posibles aspectos para la garantía de ese derecho de la personalidad, tendientes a prevenir, evitar o detener la lesión de dicho derecho y aquellas acciones que busquen la reparación del daño. Incluir entre las medidas que el lesionado pueda solicitar el lucro obtenido por el demandado por el uso no autorizado de su imagen, de forma que pueda acceder a las ganancias de las que se ha beneficiado el demandado.

Para el ejercicio de la acción es importante la ampliación de dicho término para casos como el Derecho a la propia imagen y no el señalado por el 1644 de nuestro actual Código Civil que solo le permitiría un año a partir de su conocimiento. El ejercicio de las acciones de protección civil las debe poder ejercitar tanto el titular como sus causahabientes o a quienes señale la norma para la tutela para proteger

la memoria del fallecido ante las posibles lesiones por el uso no consentido de la imagen de una persona.

Otro tema estrechamente vinculado al uso de la imagen de una persona, es el internet y sus redes sociales donde el problema no son las empresas que son fácilmente reconocibles sino aquellos que no son fácilmente identificables y los proveedores de servicio se encuentran en la esa zona de neutralidad no siendo responsables por lo que publican quienes usan de su servicio. Siendo importante diferenciar entre proteger la libertad de expresión y el uso indiscriminado del mismo para lesionar derechos como los de la personalidad que incluyen al Derecho a la propia imagen.

A través de las redes sociales compartimos mucha información personal como fotos y vídeos lo que también requiere de limitantes ante el uso cada vez más masivo de celulares con tecnología que supera con creces los regulares canales de difusión como la televisión y la radio. Su uso coloca en situación de vulnerabilidad derechos como la propia imagen por la difusión sin autorización, el acoso escolar (cyberbullying) o los ciudadanos que reportan traspasando los límites del derecho a informar. Estas empresas traspasan la responsabilidad al usuario sin asumir ellos medidas de control que permitan identificar a los usuarios y el equipo desde donde lo hacen.

Si bien contamos con una normativa que establece obligaciones para los prestadores de servicio de intermediación por medio de la Ley 51 de 2008 y les limita la responsabilidad exonerándolos en ciertos casos, es necesario aplicar

reglas para proteger a los usuarios de las redes con regulaciones que conduzcan a mejores controles y que permitan a las autoridades y/ u operadores de justicia que puedan impedir o sancionar las vulneraciones sean o no empresas nacionales.

El norte de toda modificación o ley especial que busque esa protección civil para el Derecho a la propia imagen es positivar para una precisa tutela de este derecho por lo difícil que resulta probar los derechos personalísimos en un proceso ordinario sin una normativa especial y sobre todo, la sensibilización por parte de los operadores de justicia en cuanto al valor de la dignidad humana, la certeza del valor justicia y que con el solo uso sin autorización existe una conducta ilícita que produce consecuencias dañosas en la parte moral del titular del Derecho de la imagen, lo que se traduciría en una propuesta que contenga como mínimo las siguientes normas:

- De la protección. El Derecho a la propia imagen y la voz será protegido civilmente con base al respeto de la dignidad humana, de acuerdo a lo regulado en la presente ley.
- De las características. El Derecho a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere la presente ley.
- Del Consentimiento. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga es necesario el consentimiento.

El consentimiento para la disposición del derecho es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

La revocación puede darse en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

En el caso de menores e incapaces, el consentimiento deberá otorgarse mediante escrito por su representante legal.

- Delimitación. La protección civil de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para si misma o su familia, respecto a la publicación o difusión de la imagen por distintos medios de comunicación, internet y las redes sociales.
- De los usos legítimos. No se reputarán, con carácter general, usos ilegales las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley aprobada previamente al uso de la imagen, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural prioritario, siempre que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario.

Tampoco será indispensable el consentimiento en los siguientes casos, siempre que se trate del ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general:

- a. Por el uso de la imagen de personas que ejerzan cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte

durante un acto público o en lugares abiertos al público, sin que ello signifique que sea violado el derecho a la intimidad o al honor.

- b. Por el uso de la caricatura de personas con cargos públicos, profesión de notoriedad o proyección pública, de acuerdo al uso social con fines de libertad de expresión y no para lesionar otros derechos ni con propósitos comerciales o publicitarios.
 - c. Por uso como información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Dicha accesoriedad es con respecto a la imagen de la persona y no con respecto a la información de la noticia.
- Del ámbito de protección. Se encuentra protegida la imagen de una persona y la voz en cuanto que su uso no está permitido en los siguientes casos:
 - a. La captación, reproducción, publicación o difusión de fotografías, vídeos o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos como usos legítimos.
 - b. El uso de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
 - De la tutela frente a las vulneraciones. La persona humana lesionada en su derecho a la imagen o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

- De las medidas preventivas. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin al uso ilegal de que se trate y, en particular, las necesarias para:
 - a. El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición al estado anterior.
 - b. Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
 - c. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.
- De la indemnización. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.
- De las personas fallecidas. En el caso de las personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos, resuelve el juez.

El ejercicio de las acciones de protección de la persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento, de no existir estarían legitimados su cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de

su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección le corresponderá al Ministerio Público. Pasados 70 años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

- Del ejercicio de las acciones. Las acciones de protección prescriben a los cinco (5) años contados a partir que lo supo el agraviado.
- De la cesión. Cuando la imagen de una persona sea cedida para fines publicitarios o comerciales, la cesión deberá ser debidamente autorizada por el titular de la imagen y constar por escrito.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ABREVAYA, Alejandra D. **El Daño y su cuantificación judicial**. Segunda Edición, AbeledoPerrot, S.A., Buenos Aires, 2011.

ALPA, Guido. **La Responsabilidad civil**. Parte General. Tomo 1 y 2. Primera Edición en Español, Ediciones Legales E.I.R.L., Perú, 2016.

ALTINERI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto. **Temas de Responsabilidad Civil**. Segunda Edición, Editorial de Ciencia y Cultura, Argentina, 1999.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana. **El Derecho a la Propia Imagen: Su identidad y Aproximación al Derecho a la Información**. Primera Edición, España, Editorial Civitas, S.A., 1997.

BASTERA, Marcela I. **Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad**. Primera Edición, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.

BARBIERE, Pablo C. **Derecho de Imagen en el Deporte**. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, SRL, 2012.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. **Patrimonialidad y personalidad de la imagen**. España, Editorial Bosh, S.A., 2008.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. **Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad**. España, Editorial Dykinson S.L., 2008.

CAMARGO V., Luis. **La Obra protegida en el Derecho de Autor Panameño**. Primera Edición, Panamá, ARTICSA, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodología del Derecho**. Segunda Edición, Valleta Ediciones S.R.L., Argentina, 2008.

CASTILLA BAREA, Margarita. **Las Intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen**. España, Editorial Arazandi, 2011.

CHEN STANZIOLA, María Cristina. **Los derechos fundamentales en la sociedad de la información: una propuesta para su protección**. Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2014.

CIFUENTES, Santos. **El Derecho a la Vida Privada: Tutela a la Intimidad**. Argentina, La Ley, 2007.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. **Derecho de Daños**. Tercera Edición, España, Editorial Bosch, 2009.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. **La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet**. Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2012.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. **Derecho Privado de Internet**. Segunda Edición, España, Civitas Ediciones, S.L., 2001.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. **El Derecho a la Propia Imagen**. México, Tirant Lo Blanch, 2014.

FABREGA PONCE, Jorge. **El Enriquecimiento sin causa**. Tomo 2, Primera Edición, Plaza & Janes, Editores Colombia, S.A. 1996.

GHERSI, Carlos A. **Derechos Fundamentales de la Persona Humana**. Argentina, La Ley, 2004.

GHERSI, Carlos A. **Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos.** Buenos Aires, Argentina, Cathedra Jurídica, 2005.

GIL ANTÓN, Ana María. **El Derecho a la propia imagen del menor en internet.** Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 2013.

GÓMEZ CORONA, Esperanza. **La Propia Imagen como Categoría Constitucional.** Primera Edición, Pamplona, Editorial Arazandi, S.A., 2014.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo. **El Honor, la Intimidad y la Imagen como Derechos Fundamentales: su protección civil en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.** Madrid, España, Editorial Constitución y Leyes, S.A., 2009.

HIGUERAS, Inmaculada. **Valor comercial de la imagen: aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen.** España, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2011.

HOYOS, Arturo. **El Bloque de la Constitucionalidad en Panamá.** Panamá, Editorial Portobelo, 2016.

JAREÑO LEAL, Ángeles. **Intimidad e Imagen: Los límites de la protección penal.** España, Primera Edición, IUSTEL, 2008.

JOVANÉ B., Jaime J. **Metodología de la Investigación Jurídica.** Editorial Panamá, Portobelo, 2010.

LOMBARDO S., Julio E. **Metodología de Derecho: Métodos de Interpretación, Procedimientos de Integración y Métodos Estructurales.** Panamá, Imprenta Articsa, 2022.

MORENO MORE, César E. (coord.) **Estudios sobre La Responsabilidad Civil.**

Primera Edición, Perú, Ediciones Legales E.I.R.L., 2015.

MOROY CABRA, Marco Gerardo. **Los Derechos Humanos.** Colombia, Editorial Temis, 1980.

PASCUAL MEDRANO, Amelia. **El Derecho Fundamental a la Propia Imagen: Fundamento, Contenido, Titularidad y Límites.** Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2003.

PAUNER CHULVI, Cristina. **Implicaciones del futuro reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información.** Dentro de Los Derechos a la Intimidad y la Privacidad en el Siglo XXI, Madrid: España, Editorial Dykinson, 2014.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. **La Protección civil de los derechos fundamentales.** Barcelona, España, Atelier Libros Jurídico, 2011.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. **Tratado Elemental de Derecho Civil.** Tomo IV, Segunda Edición, México, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofía del Derecho.** Madrid, España, Ediciones Pirámide, S.A., 1979.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. **Manual sobre la Responsabilidad en el Derecho Español.** Madrid, EDISOFER, S.L., 2010.

ROSSI, Jorge Oscar. **Responsabilidad Civil & Daños: paso a paso.** Segunda Edición, Argentina, Ediciones D&D, 2009.

ROVIRA SUEIRO, María E. **El Derecho a la Propia Imagen (Especialidades de la Responsabilidad Civil en este ámbito)**. Granada, Editorial Comares, S.L., 2000.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. **Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes**. Sexta edición, Colombia, Editorial Temis, S.A., 2004.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. **Nomoárquica, Principialística Jurídica o Los Principios Generales del Derecho**. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 1993.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. **Derecho Civil. Tomo I, Parte General y Personas**. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., 2010.

VENDRELL CERVANTES, Carles. **El Mercado de los Derechos de Imagen, el consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen**. Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2014.

Artículos de Revistas, Conferencias

ATIENZA NAVARRO, María Luisa. **Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el Derecho la Propia Imagen**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. **El Derecho a la Propia Imagen como objeto de protección por el Derecho Penal (Análisis del Bien Jurídico y las conductas previstas en el art. 197.1 CP)**. Dentro de Revista Aranzadi de

Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

GRIMALT SERVERA, Pedro. **Capítulo VII La Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información**. Dentro de Revista Arazandi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista, primera edición, España, Editorial Arazandi, 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. **El Derecho a la Propia Imagen en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. **La Protección Constitucional del Derecho a la Propia Imagen**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y SORIANO MARTÍNEZ, Enrique. **El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

LOMBARDO, Julio. **Valores, principios y Derecho Civil panameño**. Conferencia pronunciada en el Aula A-10 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá en el Seminario de Actualización en Derecho Privado, el 30 de septiembre de 2014.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **El Derecho a la Propia Imagen como derecho fundamental implícito**. Dentro de la Revista IUS ET PRAXIS (versión on line), Año 13, No.2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 2007. Recuperado el día 4 de noviembre de 2015, desde <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11.pdf>.

REYES, LÓPEZ, María José. **Derecho a la imagen y a la fotografía**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. **La Tutela Administrativa del Derecho a la Propia Imagen, en particular en las redes sociales**. Dentro de Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías No.9. El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista, Primera Edición, España, Editorial Arazandi, S.A., 2011.

Legislación y textos jurídicos extranjero

CARAMELO, Gustavo, HERRERA, María y PICASSO, Sebastián. **Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina comentado**. Primera edición, Argentina, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015. Recuperado el día 24 de agosto de 2015 desde <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Primera Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Infojus, 2014. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado el día 24 de agosto de 2015, desde <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-lanacion>.

Código Civil de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado el día 5 de junio de 2018, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Cámara de Diputados, 35ª Edición actualizada en 2012. Recuperado el 1 de junio de 2017, desde <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=15376>.

Constitución de la República del Ecuador de 2008. Recuperado el 30 de agosto de 2015, desde http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Constitución de la Republica Dominicana de 2015. Recuperado el 1 de junio de 2017, desde <http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/constitucion/Constitucion.pdf>.

Constitución de la República Portuguesa de 1976. VII Revisión Constitucional 2005. Recuperado el 1 de junio de 2017, desde http://www.wipo.int/wipolex/es/ext.jsp?file_id=179473.

Constitución Española de 1978. Texto Consolidado de 2011, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado el día 4 de mayo de 2015, desde <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>.

Constitución Política del Perú de 1993. Recuperado el 1 de junio de 2017, desde <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=6544>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado el 18 de mayo de 2017,

desde https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A(III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado el 18 de mayo de 2017, desde <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Exposición de Motivos de la LO 1/1982 de España. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado el 7 de agosto de 2015, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>.

JARECCA, R.F. **Comentarios al Código Civil, Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes**. Sexta edición, Perú, Editorial San Marcos E.I.R.L, 2011.

Ley 11,723 de 1933, Régimen Legal de Propiedad Intelectual. Argentina. Recuperado el 23 de diciembre de 2019, desde <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/results?countryOrgs=AR&subjectMatters=11>.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado el día 2 de septiembre de 2012, desde <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España. España. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España. España. Recuperado el 13 de noviembre de 2017, desde <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, El Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal de México de 2006. Sistema de Información del Desarrollo Social. México. Recuperado el día 21 de agosto de 2015, desde http://www.sideso.df.gob.mx/documentos/legislacion/leyes/58_1278. Pdf.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado el 26 de mayo de 2017, desde <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Real Decreto – Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. Recuperado el 14 de septiembre de 2018, desde <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10751>.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Recuperado el 21 de junio de 2018, desde <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

Legislación y textos jurídicos nacional

Anteproyecto de Acto Constitucional presentado por Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá, 2012.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Editado por Estudios Políticos e Internacionales. Panamá, 2004.

Código Civil de la República de Panamá. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Tercera Edición. Panamá, 1993.

Código Civil de la República de Panamá. Sistemas Jurídicos, S.A., 12ª Edición Actualizada, 2014.

Código de La Familia de la República de Panamá. Sistemas Jurídicos, S.A., Novena Edición Actualizada, 2013.

Código Penal de la República de Panamá. Texto Único Comentado. Ministerio Público. 2016. Recuperado el 21 de octubre de 2018, desde <http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>

Decreto Ejecutivo No. 285 de 28 de mayo de 2021, Que reglamenta la Ley 81 de 2019 sobre Protección de Datos Personales, Gaceta Oficial Digital No. 29296-A de 28 de mayo de 2021.

Ley No. 6 de 22 de enero de 2002, Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, Gaceta Oficial No. 24,476 de 23 de enero de 2002.

Ley No. 35 de 10 de mayo de 1996, por la cual se dictan disposiciones sobre la Propiedad Industrial, Gaceta Oficial No.23036 de 15 de mayo de 1996.

Ley No.64 de 10 de octubre de 2012, por la cual se aprueba la ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones, Gaceta Oficial No. 27139-B de 10 de octubre de 2012.

Ley No. 61 de 5 de octubre de 2012, por la cual se dictan disposiciones sobre la Propiedad Industrial, Gaceta Oficial No.27136 de 5 de octubre de 2012.

Ley No.64 de 10 de octubre de 2012, por la cual se aprueba la ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones, Gaceta Oficial No. 27139-B de 10 de octubre de 2012.

Ley No. 82 de 9 de noviembre de 2012 que otorga al Registro Público de Panamá atribuciones de autoridad registradora y certificadora raíz de firma electrónica para la República de Panamá, modifica la Ley 51 de 2008 y adopta otras disposiciones, Gaceta Oficial Digital No. 27160 de 9 de noviembre de 2012.

Ley 81 de 26 de marzo de 2019, Sobre Protección de Datos Personales, Gaceta Oficial Digital de 29 de marzo de 2019.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Eligio A. Salas, 26 de enero de 1998. Demetrio Basilio Lakas recurre en casación en el proceso ordinario que le sigue a Diamantis Papadimitriu Vasiliadis. Centro de

Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 3 de marzo de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Rogelio Fábrega Zarak, 12 de junio de 2001. Conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado Tercero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá y el Juzgado Noveno del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 3 de marzo de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Magistrado Ponente Alberto Cigarruista Cortez, 5 de marzo de 2007. Conflicto de Competencia suscitado entre el Juzgado Cuarto de Circuito Civil y el Juzgado Octavo de Circuito Civil, ambos del Primer Circuito Judicial De panamá, Expediente: 283-06. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 3 de marzo de 2019, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por el Licdo. Hugo E. Bonilla en representación del Instituto Nacional de Cultura, para que se declare nulo por ilegal el Resuelto No.350-PJ-179 de 30 de julio de 1999, expedido por el Ministerio de Gobierno y Justicia, 20 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Arturo Hoyos. Registro Judicial. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 15 de mayo de 2015, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acción de Inconstitucionalidad propuesta por Rodríguez, Robles & Espinosa, S.A. contra el artículo 1 del Decreto

Ejecutivo No. 611 de 3 de junio de 2010 del Ministerio de Salud, 28 de mayo de 2014, expediente 192-11. Registro Judicial. Centro de Documentación Judicial, Órgano Judicial de la República de Panamá. Recuperado el 15 de mayo de 2015, desde <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Exp No. 21-14/26-14 Acción de Inconstitucionalidad presentada por el Licenciado Juan Carlos Henríquez Cano contra la Resolución No. 4 de 15 de enero de 2013. Gaceta Oficial Digital No. 28667 de 4 de diciembre de 2018.

Poder Judicial de la Nación, Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8, 29 de noviembre de 2018. 36500/2012. Sistema de consulta web del Poder Judicial de la Nación Argentina. Recuperado el 04 de octubre de 2019, desde <http://scw.pjn.gob.ar/scw>.

Sentencia No.24 del Juzgado Undécimo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, 12 de abril de 2011. Órgano Judicial de la República de Panamá.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, 5 de febrero de 2018. Revista Digital Pensamiento Civil. Recuperada el 04 de octubre de 2019, desde <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Fallos3643.pdf>.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo No. 641/2019 de 26 de noviembre de 2019. Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 3856/2019-ECLI:ES:TS:2019:3856). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo No. 697/2019 de 19 de diciembre de 2020. Poder Judicial España, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Roj: STS 4076/2019- ECLI: ES:TS:2019:4076). Recuperado el 19 de enero de 2021, desde <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

Sitios de Internet

Agencia Española de Protección de Datos. Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21648>

Agencia Española de Protección de Datos. Guía sobre el Uso de Videocámaras para Seguridad y Otras Finalidades. 2018. Recuperado el 14 de septiembre de 2018, desde <https://www.aepd.es/media/guias/guia-video-vigilancia.pdf>.

Agencia Española de Protección de Datos. Informe 0615/2018 del Gabinete Jurídico. Recuperado el 14 de septiembre de 2018, desde <https://docplayer.es/10122480-Gabinete-juridico-informe-0615-2008.html>.

AP. **Facebook: reconocimiento facial reemplaza opción de etiqueta.** Telemetro, 2019. Recuperado el 3 de septiembre de 2019, desde http://www.telemetro.com/actualidad/tecnologia/Facebook-reconocimiento-facial-reemplaza-etiqueta_0_1278772783.html.

AP Servicios. **Corte UE falla a favor de Google en un caso sobre privacidad.** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 27 de septiembre de 2019, desde <https://www.laestrella.com.pa/cafe-estrella/tecnologia/190924/ue-caso-corte-falla-favor>.

ARANGO DURLING, Virginia. **Personas fallecidas y derecho a la propia imagen.** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 21 de diciembre de 2012, desde https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/191221/personas-fallecidas-derecho-propia?utm_medium=email&utm_campaign=Daily%20GESELa%20Estrella&utm_content=Daily%20GESELa%20Estrella+CID_18b4eaa12edfb12c6163f737dc20403c&utm_source=Email%20newsletter&utm_term=Personas%20fallecidas%20y%20derecho%20a%20la%20propia%20imagen

Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información. **Opinión de Oficio No. 02-2022 de 27 de mayo de 2022**, Gaceta Oficial Digital No. 29551 de 6 de junio de 2022.

BARBIERI, Pablo Carlos. **Derecho a la imagen personal en el nuevo Código Civil y Comercial: un paso adelante, 2014.** Recuperado el 4 de octubre de 2019, desde <http://www.saij.gob.ar/pablo-carlos-barbieri-derecho-imagen-personal-nuevo-codigo-civil-comercial-paso-adelante-dacf140721-2014-10-02/123456789-0abc-defg1270-41fcanirt cod>.

BATISTA, Linda. **Dictan sobreseimiento a hombre que divulgó foto falsa para burlarse de la Procuradora.** Telemetro, 2019. Recuperado el 30 de septiembre de 2019, desde http://www.telemetro.com/nacionales/Dictan-sobresimiento-burlarse-Procuradora-Porcell_0_1286871611.html.

Beyoncé y Rihanna demandan a una firma que usa su imagen. El País, Madrid, España, 2015. Recuperado el 7 de octubre de 2015, desde http://elpais.com/elpais/2015/10/07/estilo/1444210441_474843.html.

BUSTAMENTE, Aminta. **TE se ampara en la ley para suspender difusión de cuña contra Navarro**. La Prensa, 2013. Recuperado el día 12 de agosto de 2013, desde <http://www.prensa.com/uhora/ruta-2014/te-suspende-propaganda-cd-juan-carlos-navarro/198203>.

BUSTAMENTE, Aminta y MORALES, Eliana. **Anteproyecto de ley Derecho al olvido: 'censura y presión'**. La Prensa, 2016. Recuperado el día 26 de julio de 2016, desde http://www.prensa.com/politica/Derecho-olvido-censura-presion_0_4537046389.html.

CASTILLERO, Verónica. **Más del 40% de los latinoamericanos dejan las redes sociales por privacidad**. La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el día 8 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/vida-cultura/curiosidades/40-latinoamericanos-dejan-redes-sociales-privacidad/24128896>.

CORIAT, Adela. **A Juan Carlos Varela le importa un comino con la justicia, Molino Mola**. La Estrella de Panamá, 2018. Recuperado el 8 de marzo de 2018 desde <http://laestrella.com.pa/panama/nacional/juan-carlos-varela-importa-comino-justicia-molino-mola/24052200>.

EFE. **Desestiman la demanda del exdictador Manuel A. Noriega por aparecer en un videojuego**. La Prensa, Panamá, 2014. Recuperado el 28 de octubre de 2014, desde <http://www.prensa.com/uhora/mundo/desestiman-demanda-noriega-videojuego/415539>.

EFE. **Utilizaron su imagen sin consentimiento: Michael Jordan no hace negocios de menos de \$10 millones, 18 de agosto de 2015**. Diario La Prensa, Panamá, 2015. Recuperado el 18 de agosto de 2015, desde

http://www.prensa/deportes/Michael-Jordan-hace-negociosmillones_0_4280572089.html#sthash.SilE cBsm.dpuf.

EFE. **Francia obligará por ley a retirar de internet contenidos de odio en 24 horas.** Telemetro, 2019. Recuperado el día 3 de julio de 2019, desde http://www.telemetro.com/actualidad/tecnologia/Francia-obligara-retirar-inter net - contenidos_0_1260174377.html.

EFE. **Twitter combate los discursos de odios basados en la religión.** TVN-2, 2019. Recuperado el 10 de julio de 2019, desde https://www.tvn-2.com/mundo/Twitter-combate-discursos-basados-religion_0_5346965318.html?utm_source=TVN+Newsletter&utm_campaign=d24139324a-EMAIL_CAMPAIGN_2019_07_10_10_01&utm_medium=email&utmterm=06f6b5 b7dfb-d24139324a-269791713.

EFE. **EEUU y Google acuerdan multa millonaria por privacidad de menores en You Tube.** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 19 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/vida-cultura/ tecnologia/eeuu-google-acuerdan-multa-millonaria-privacidad-menores-youtube/24130649>.

EFE. **EEUU investigará si Google, Twitter, Facebook y otras firmas son monopolios.** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el recuperado el día 23 de julio de 2019, desde <http://laestrella.com.pa/internacional/ america/eeuu-investigara-google-twitter-facebook-otras-firmas-monopolios /24131190>.

EFE. **Futbolistas en el banquillo... de los acusados,** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 12 de agosto de 2019, desde <http://laestrella.com.pa /deportes/futbol/futbolistas-banquillo-acusados/2413 4081>.

EFE. **Facebook suspende decenas de miles de aplicaciones tras Cambridge Analytica.** La Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 21 de septiembre de 2019, desde <https://www.laestrella.com.pa/cafe-estrella/tecnologia/190921/miles-decenas-facebook-suspende-cambridge>.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.** Dentro de Revista Pensamiento Constitucional, No. 50, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996. Recuperado el 2 de octubre de 2015 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5924/5933>.

GONZÁLEZ, Nimay. **Aprehenden a sospecho de fotografiar mujeres en La Chorrera y publicar las fotos en redes sociales.** Telemetro, 2019. Recuperado el 22 de agosto de 2019, desde http://www.telemetro.com/nacionales/Aprehenden-presuntamente-dedicada-fotografiar-Chorrera_0_1275172787.html.

Ministerio de Seguridad Pública de la República de Panamá. **Inauguran nuevo Centro de Operación Municipal en La Chorrera para reforzar la seguridad,** 2021. Recuperado el 30 de septiembre de 2022, desde <https://www.minseg.gob.pa/2021/09/inauguran-nuevo-centro-de-operacion-municipal-en-la-chorrera-para-reforzar-la-seguridad/>.

Ministerio de Seguridad Pública de la República de Panamá. **Inaugurado centro de videovigilancia en Arraiján,** 2022. Recuperado el 9 de septiembre de 2022, desde <https://www.minseg.gob.pa/2022/09/inaugurado-centro-de-videovigilancia-en-arraijan/>.

MENDOZA, Eduardo. **TE impone multas por cuñas.** *La Prensa*, 2012.

Recuperado el día 12 de octubre de 2012, desde <http://www.prensa.com/impreso/panorama/te-impone-multas-por-cunas/> 1299 93.

PECO, Ramón. **Privacidad: San Francisco desarrolla una ley histórica para**

prohibir el reconocimiento facial. *La Vanguardia*, 2019. Recuperado el 26 de

abril de 2019, desde [https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190426/](https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190426/461874270642/reconocimiento-facial-prohibido-estados-unidos-san-franciscoes-pana-union-europea.html)

[461874270642/reconocimiento-facial-prohibido-estados-unidos-san-franciscoes-pana-union-europea.html](https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190426/461874270642/reconocimiento-facial-prohibido-estados-unidos-san-franciscoes-pana-union-europea.html).

PÉREZ, Marta. EFE. **El celular, la ‘tercera mano’ de los nativos digitales.** *La*

Estrella de Panamá, 2019. Recuperado el 10 de marzo de 2019, desde de

<http://laestrella.com.pa/economia/celular-tercera-mano-nativos-digitales/241108>

13.

RODRÍGUEZ ALONSO, Luis Omar. **Abogados de CM Punk piden regalías por**

el uso de su imagen en WWE 2k15. ¿Hubo acuerdo antes de que Punk

renunciara?. *Super Luchas*, 2014. Recuperado el 4 de septiembre de 2014,

desde [https://superluchas.com/abogados-de-cm-punk-piden-regalias-por-el-uso-](https://superluchas.com/abogados-de-cm-punk-piden-regalias-por-el-uso-de-su-imagen-en-wwe-2k15/)

[de-su-imagen-en-wwe-2k15/](https://superluchas.com/abogados-de-cm-punk-piden-regalias-por-el-uso-de-su-imagen-en-wwe-2k15/).

RODRÍGUES DA CUNHA E CRUZ, Marcos Aurelio. **El concepto constitucional**

del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. Dentro de

Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 11,

núm. 22, España, Universidad de Sevilla, 2009. Recuperado el día 19 de julio de

2015 desde <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28211598002>.

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Comunicado de prensa 2018. Recuperado el 3 de abril de 2018, desde <http://www.senniaf.gob.pa/comunicado-panama-3-de-abril-de-2018/>.

Thelordofdarkness. Bobby Fulton critica a Vince McMahon por no pagar regalías: “Él robó nuestra imagen”, Super Luchas, 2015. Recuperado el 20 de febrero de 2015, desde <http://superluchas.com/2015/02/20/bobby-fulton-critica-a-vince-mcmahon-por-no-pagar-regalias-el-robo-nuestra-imagen/>

Thelordofdarkness. El padre de “Hot Stuff” Eddie Gilbert demandó a WWE, Super Luchas, 2015. Recuperado el 20 de abril de 2015, desde <http://superluchas.com/2015/04/20/el-padre-de-hot-stuff-eddie-gilbert-demando-a-wwe/>

ZEBALLOS, Emilia. **Ventas de lotería al mes generan más de \$50 millones**. El Siglo, 2019. Recuperado el día 12 de noviembre de 2019, desde <http://elsiglo.com.pa/panama/ventas-loteria-generan-50-millones/> 24144291.

Diccionarios

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. 21^a Edición, Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1989.

Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, Real Academia Española. Recuperado el 2 de noviembre de 2015 desde <http://dle.rae.es/?w=imagen&m=form&o=h>.

ANEXO

PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY

Por la cual se establecen normas de protección civil del Derecho a la Propia

Imagen

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1. El derecho a la propia imagen y la voz será protegido civilmente con base al respeto de la dignidad humana, de acuerdo a lo regulado en la presente ley.

Artículo 2. El derecho a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere la presente ley.

Artículo 3. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga es necesario el consentimiento. El consentimiento para la disposición del derecho es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable.

La revocación puede darse en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

En el caso de menores e incapaces, el consentimiento debe otorgarse mediante documento escrito por su representante legal.

Artículo 4. La protección civil de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, respecto a la publicación o difusión de la imagen por distintos medios de comunicación, internet y las redes sociales.

Los servidores o funcionarios públicos tendrán limitado su derecho a la propia imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público.

Artículo 5. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Cargo público: aquel servidor público o funcionario público de elección popular, miembros del órgano judicial, los funcionarios y empleados, en general, a toda persona que desempeñe un empleo o cargo o función de cualquier naturaleza en la administración pública.
2. Ley: la ley de protección civil del Derecho a la Propia Imagen.
3. Profesión de notoriedad o proyección pública: persona que es una figura pública por fama o por transcendencia colectiva sin ostentar un cargo público, así como aquellas que alcanzan cierta publicidad por actividad

profesional que desarrollan o por difundir de manera habitual hechos o acontecimientos de su vida privada.

Capítulo II

De la Protección Civil de la Propia Imagen

Artículo 6. No se reputarán, con carácter general, usos ilegales las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley aprobada previamente al uso de la imagen, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural prioritario, siempre que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario.

Tampoco será indispensable el consentimiento en los siguientes casos, siempre que se trate del ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general:

- d. Por el uso de la imagen de personas que ejerzan cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, sin que ello signifique que sea violado el derecho a la intimidad o al honor.
- e. Por el uso de la caricatura de personas con cargos públicos, profesión de notoriedad o proyección pública, de acuerdo al uso social con fines de libertad de expresión y no para lesionar otros derechos ni con propósitos comerciales o publicitarios.

f. Por uso como información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Dicha accesoriedad es con respecto a la imagen de la persona y no con respecto a la información de la noticia.

Artículo 7. Se encuentra protegida la imagen de una persona y la voz en cuanto que su uso no está permitido en los siguientes casos:

- c. La captación, reproducción, publicación o difusión de fotografías, vídeos o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos como usos legítimos.
- d. El uso de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Artículo 8. La persona humana lesionada en su derecho a la imagen o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

Artículo 9. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin al uso ilegal de que se trate y, en particular, las necesarias para:

- a. El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición al estado anterior.
- b. Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- c. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Artículo 10. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Artículo 11. En el caso de las personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos, resuelve el juez.

El ejercicio de las acciones de protección de la persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento, de no existir estarían legitimados su cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección le corresponderá al Ministerio Público. Pasados 70 años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Artículo 12. Las acciones de protección prescriben a los cinco (5) años contados a partir que lo supo el agraviado.

Artículo 13. Cuando la imagen de una persona sea cedida para fines publicitarios o comerciales, la cesión deberá ser debidamente autorizada por el titular de la imagen y constar por escrito.

Artículo 14: Esta Ley entrará a regir al día siguiente al de su promulgación.