

José Ignacio Peña Atero\*

# La protección del derecho a la propia imagen.

## Titularidad del derecho a la propia imagen.\*\*

### 1. La persona, titular del derecho a la propia imagen.

El artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, al asegurar a todas las personas el respeto y protección de la vida pública de la persona, está garantizando el derecho a la propia imagen de toda persona, sin distinción alguna.<sup>1</sup>

\*\* Este artículo es la continuación del trabajo publicado en el volumen 63 de la Revista de Derecho Público (pág. 279-309).

1 La interpretación del concepto de "derecho a la vida pública", que afirma que este debe entenderse como el derecho de toda persona a que la imagen y apariencia que exhibe ante el público no sean utilizados o distorsionados por terceros, y que comprende al derecho a la propia imagen, es perfectamente admisible si se considera la historia fidedigna del establecimiento de este precepto.

En efecto, en las Actas Constitucionales no existen antecedentes respecto de la inclusión del concepto de "vida pública" en el texto constitucional.

El texto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución señalaba, de acuerdo a como se acordó en la sesión 129, que se aseguraba "el respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia", sin hacer referencia a la "vida pública". El Consejo de Estado agregó el concepto de "vida pública", sin que tengamos información acerca del contenido que quiso dársele.

Por otra parte, el concepto de "vida pública" fue mencionado por Jaime Guzmán en la misma sesión, pero en relación con la garantía de la vida privada. No obstante, su pronunciamiento puede resultar interesante para la cuestión que ahora nos interesa. Guzmán señaló que "en cuanto a que se fije por la jurisprudencia los límites [de la intimidad], le parece que va a ser inevitable que así sea. No cree que la Constitución pueda, al tratar de los medios de comunicación, ser demasiado precisa en cuanto hasta dónde se extiende el ámbito de la privacidad, porque es evidente, por ejemplo, que la persona que actúa en la vida pública deba entender, en su opinión, que cierta parte de su vida privada está puesta en tela de juicio en una mayor medida que la de una persona que jamás ha intentado actuar en la vida pública".

Pareciera que el comisionado Guzmán entendía que la vida pública era la vida de quienes ejercen funciones de relevancia pública y, por lo tanto, están sometidos a la crítica pública.

Pero, en sentido contrario, el comisionado Ovalle, en la sesión 129 de la Comisión Constituyente, señala que entiende que la vida pública se contraponen a la vida privada. Así, sostiene que "...la vida privada; la vida familiar o la vida personal, y no la vida pública, la vida externa, que sí puede ser discutida. Puede decirse, por ejemplo: "Tal abogado intervino en una defensa"...Esa no es vida privada, sino su vida hacia el exterior". Por lo tanto, él entiende que la vida pública no es la vida de los personajes públicos, sino que aspectos de la vida de cualquier persona, que se realizan en el ámbito público y, por lo tanto, son conocidos por los demás.

\* Profesor de la Universidad de Los Andes.

Jijena, sostiene que el derecho a la propia imagen forma parte del derecho a la vida pública, si bien no profundiza su afirmación. En efecto, este autor señala que “el resguardo de la vida privada se encuentra consagrado, básica y constitucionalmente, en el artículo 19 N°4, inciso primero, de la Constitución Política de 1980, en vigor desde el 11 de marzo de 1981, norma que textualmente señala: “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 4° *El respeto y protección a la vida privada y pública, y a la honra de la persona y de su familia*”.

La norma fundamental transcrita también alude a otros derechos de la personalidad –la honra y la propia imagen (“vida pública”)–, distintos de la intimidad.<sup>2</sup>

Pero la consideración del sujeto activo de este derecho nos exige analizar algunos titulares en particular, respecto de los cuales se presentan dificultades, ya sea, porque resulta cuestionable que sean titulares de este derecho o, porque el ejercicio de éste importa determinadas peculiaridades o presenta problemas que deben analizarse.

## 2. *Las personas jurídicas.*

En relación con la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares del derecho a la propia imagen, habrá que tener en consideración que el concepto de este derecho que adoptemos nos permitirá determinar si es posible que ellas sean sujeto activo del derecho que ahora nos ocupa.

La noción que la doctrina mayoritaria ha adoptado respecto del derecho a la propia imagen no permite extenderlo a entidades colectivas, desde el momento en que ellas no tienen existencia real física, y no es posible captar, reproducir o difundir su imagen corporal.<sup>3</sup>

No obstante, en sentido contrario, el concepto amplio que de este derecho ha dado Amat, permitiría extenderlo a las entidades sin existencia física concreta. En efecto, Amat concibe tres aspectos en relación con el derecho a la propia imagen. En primer lugar, el derecho a preservar la propia imagen, como una vertiente del derecho a la

En todo caso, habrá que tener en consideración que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no adoptó un concepto de “vida pública”, por lo que al respecto parecerá atingente lo que, en relación con la vida privada, señaló el comisionado Jaime Guzmán en la misma sesión: “Se inclina claramente, sí, por el hecho de que el ámbito de la privacidad o vida privada quede reservado a la jurisprudencia, sin necesidad de que se haga ninguna referencia al legislador, ni menos aún a la jurisprudencia, porque fluye del sentido natural y obvio del derecho que se está consagrando, que no se entenderá lesionada la privacidad de una persona porque se diga, por ejemplo, que tiene tres hijos. Es evidente que la jurisprudencia lo irá diciendo en cada caso y no es necesario, le parece, hacer ninguna mención al legislador en el sentido de que sancione las injerencias arbitrarias...”, de modo que parece lícito que sea la jurisprudencia la encargada de dar al concepto de “vida pública” un contenido, puesto que no se le otorgó por el constituyente.

2 Jijena, Renato, “La protección penal de la intimidad y la criminalidad informática”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, 1991-1992, pág. 400.

3 Así, Clavería, Luis Humberto, “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, 1994, pág. 62, quien se ha manifestado contrario a la posibilidad de admitir que las personas jurídicas posean derecho a la propia imagen.

intimidad de la persona. En segundo lugar, considera que importa el derecho de evitar que nuestra imagen se asocie con ideas que, consideramos, rebajan el concepto que de nosotros tiene la sociedad o que distorsionan nuestra manera de pensar. Finalmente, concluye que importará el derecho a controlar el uso comercial de la propia identidad, y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado u obtenido sobre nuestra imagen.<sup>4</sup>

Este concepto amplio de derecho a la propia imagen es perfectamente extensible a las personas jurídicas, pero pareciera que Amat confunde tanto el derecho a la privacidad, como el derecho a la identidad, con el derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen, como lo ha entendido la doctrina mayoritaria, no permite extenderlo a las personas jurídicas sin tener que forzar el concepto.

Por esta razón, Balaguer, al reconocer que el concepto de imagen hace referencia a la figura humana, excluye un concepto abstracto de imagen, sin perjuicio de resaltar la necesidad de que se reconociera, con el objeto de proteger a las personas jurídicas, frente a los ataques a su fama o buen nombre. Pero en todo caso, es claro que del concepto de propia imagen se excluye a las personas jurídicas.<sup>5</sup>

Concepción, en tanto, aclara que “por lo que al derecho a la imagen se refiere, sólo tendremos que acudir a la definición [...] ‘representación gráfica de la figura humana’, para colegir fácilmente la imposibilidad de predicarlo de una persona moral”.<sup>6</sup>

De igual modo, Corral, afirma que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la propia imagen, en virtud de su falta de apariencia sensible.<sup>7</sup>

Azurmendi destaca el hecho de que “las personas jurídicas no tienen imagen [...] como representación visible de la figura humana. En un significado preciso, el concepto de imagen sólo cabe atribuirse a las personas físicas, y a las personas jurídicas se les atribuye este concepto únicamente en sentido figurado. Como consecuencia lógica, no se aplica a las personas jurídicas la normativa referente al derecho a la propia imagen, puesto que lo que habitualmente entendemos por imagen de una empresa, o una institución, no entra dentro del objeto de este derecho”<sup>8</sup>.

No obstante, parecerá legítima la afirmación de que es posible concebir una hipótesis que importe violación del derecho a la propia imagen, en el caso de las personas jurídicas. Tal es el caso de la utilización de la imagen de los “edificios institucionales” de una empresa o del logotipo de una institución. No obstante, en este caso, pareciera

4 Cfr. Amat, Eulalia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992, págs. 3-4.

5 Cfr. Balaguer, María Luisa, *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 29.

6 Concepción, José Luis, *Honor, intimidad e imagen*, Bosch Casa Editorial S.A., 1ª edic., Barcelona, 1996, pág. 151.

7 Cfr. Corral, Hernán, “La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N°8, 2001, pág. 171.

8 Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, 1ª edic., Madrid, 1997, pág. 26.

estarse afectando el derecho a la identidad de las personas jurídicas, expresado en los bienes que simbolizan su existencia, cuestión que queda abierta para el desarrollo que haga la doctrina y la jurisprudencia.

En sentido diverso, Corral, cree que “la imagen o apariencia corporativa, puede quedar suficientemente garantizada por los mecanismos de protección de la propiedad industrial y las leyes de libre competencia”.<sup>9</sup>

### 3. *Las personas fallecidas.*

La titularidad del derecho a la propia imagen respecto de las personas fallecidas presenta importancia en cuanto a la determinación de la supervivencia del derecho más allá de la vida de la persona y en relación con el ejercicio de las acciones tendientes a proteger a la persona que ha visto lesionado su derecho.

El carácter de intransmisible del derecho a la propia imagen ha sido analizado con anterioridad e importa la idea de que éste, al igual que los otros derechos de la personalidad, no son susceptibles de transmitirse a los herederos del difunto, pues, por no formar parte del patrimonio, no se pueden transmitir hereditariamente con él.

Así, la regla general será que, con la muerte del titular del derecho, se extingue su derecho a la propia imagen.<sup>10</sup>

El carácter de derecho personalísimo<sup>11</sup> hace que éste sea intransmisible mortis causa, pues se extingue con la muerte del titular.<sup>12</sup>

No obstante, se ha admitido la posibilidad de que los herederos del difunto o sus parientes puedan accionar para impedir la publicación o utilización en general de la imagen de la persona fallecida.

Para Herce de la Prada, “responde tal criterio a un concepto admitido por muchos autores, en el sentido de que son representantes de la personalidad del difunto”.<sup>13</sup>

Rovira, en tanto, señala que “la forma más sencilla de encontrar la justificación es evitarla, entendiendo que la protección deriva de la necesidad de proteger intereses o derechos de las personas vivas, en la medida en que éstas resulten afectadas”.<sup>14</sup>

Finalmente, esta autora afirmará que para “intentar resolver la cuestión de la protección de las intromisiones producidas postmortem, debe partirse de diferenciar los

9 Corral, Hernán, op. cit., pág. 171.

10 Cfr. Royo, José, *La protección del derecho a la propia imagen*, Colex, Madrid, 1987, pág. 84.

11 El carácter de derecho personalísimo ha sido resaltado por Pfeffer, Emilio, “Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información”, en *Ius et Praxis* (U. de Talca), año VI, 2000, Nº1, pág. 469. Cfr. También Cea, José Luis, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999, págs. 93-94.

12 Cfr. Herce de la Prada, Vicente, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 37.

13 Herce de la Prada, Vicente, op. cit., pág. 38.

14 Rovira, María E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 137.

derechos de la personalidad del fallecido y los derechos de la personalidad de las personas vivas ligadas al mismo. Con relación a los primeros, aun en el caso de que sean ejercitados por los familiares, se trataría de derechos distintos de los eventuales derechos de éstos, derivados de su propia relación con el difunto. Con relación a los segundos, la explicación se encontraría en el hecho, ya apuntado, de que las relaciones de afecto diluyen el patrimonio moral del fallecido con el de sus familiares, de tal suerte que existen zonas comunes en ambos patrimonios que son, en definitiva, las que permiten a éstos invocar el derecho como propio”.<sup>15</sup>

Herce de la Prada fundamentará la facultad de los descendientes del difunto para accionar procurando que se respete la memoria del difunto, en los sentimientos de piedad en relación con los muertos.<sup>16</sup>

Rovira, en tanto, añadirá que “al margen de que las personas que están legitimadas actúen para defender un derecho propio cuando resulten afectadas, los demás legitimados, si bien ejercitan un derecho ajeno o al menos los efectos reflejos de una personalidad ajena, también sirven en cierto modo a un interés propio, esto es, a que la lesión de su imagen cuando ellos falten tampoco quede impune”.<sup>17</sup>

Finalmente, Herce de la Prada señala que la solidaridad entre el difunto y sus causahabientes “exige que las ofensas dirigidas al difunto, mediante la publicación de la imagen, hieran los sentimientos de aquellos que pretenden conseguir el cese de la perturbación reivindicando así la buena memoria del muerto”<sup>18</sup>.

Pero, más allá de determinar el fundamento del accionar de los familiares, con el objeto de impedir que se utilice la imagen del difunto, será importante hacer referencia al momento en que se produce la violación del derecho, pues no da lo mismo que la violación se produzca con anterioridad a la muerte de la persona, y sin que ella haya iniciado acciones para proteger su derecho, o que esta violación se haya producido con posterioridad a la muerte de la persona.

En la primera hipótesis, cuando la violación del derecho a la propia imagen se ha producido con anterioridad a la muerte de la persona, y sin que ésta haya ejercido ninguna acción tendiente a evitar la lesión de su derecho o a procurar la reparación del daño producido, habrá que preguntarse si es admisible que sus familiares accionen para proteger el derecho vulnerado.

Respondiendo a esta cuestión, aunque en relación con el derecho a la privacidad, Corral señala que “los herederos no podrían actuar en su nombre porque se trata de

15 Rovira, María E., op. cit., pág. 138.

16 Cfr. Herce de la Prada, Vicente, op. cit., pág. 39. Del mismo modo, cfr. Azurmendi, Ana, op. cit., pág. 172.

17 Rovira, María E., op. cit., pág. 139.

18 Herce de la Prada, Vicente, op. cit., pág. 38.

un derecho intransmisible y segundo, porque no siempre podría suponerse que el afectado quisiera recurrir a la justicia”.<sup>19</sup>

Diferente será la hipótesis en el supuesto de violación del derecho a la propia imagen, luego de la muerte de la persona.

Según lo señalado precedentemente, el fundamento de la acción de los parientes podría radicar en el daño que se les ha producido personalmente con la publicación.

No existirá violación del derecho a la propia imagen cuando en la especie opere alguna de las causales de justificación de la utilización de la imagen que serán analizadas posteriormente. En particular podrá mencionarse que justifican la publicación de la imagen de una persona fallecida, tanto el interés informativo como la autorización expresa dada por la persona fallecida antes de su muerte, pues si bien en este caso el derecho a la propia imagen no subsiste a la muerte del titular, nadie puede explotar el interés patrimonial comprometido en la imagen sin que esté expresamente facultado.

#### **4. Los incapaces.**

En principio, podrá sostenerse que los incapaces, en cuanto personas, son titulares de los derechos de la personalidad, pero que tienen disminuida su capacidad de ejercer estos derechos.

Así, Corral afirmará que “una cosa es que no puedan ejercer por sí mismos las acciones tendientes a la tutela judicial del derecho o ejecutar los actos que puedan implicar un consentimiento o autorización (...), y otra cosa es que no sean titulares del derecho. Debe distinguirse el derecho como tal, que corresponde a cualquier persona, y el ejercicio. La incapacidad sólo afecta al ejercicio del derecho.

No obstante, si se sostiene que, al tratarse de un derecho de la personalidad, no procede la representación legal, es decir, que no puede el representante ejercer a nombre del incapaz el derecho, entonces la frontera entre titularidad y ejercicio se difumina tanto, que podría sostenerse que los incapaces no tendrían derecho (...).<sup>20</sup>

Concluirá que esta objeción se resuelve en función de la operatividad que se otorgue a la representación, respecto a los derechos de la personalidad. Al reconocer la representación legal en estas materias, se deben establecer precisiones para evitar que el representante actúe contra la voluntad del incapaz que puede discernir sobre sí mismo o contra sus intereses en caso contrario.<sup>21</sup>

19 Corral, Hernán, *El respeto a la vida privada ante el Derecho Civil. Reconstrucción dogmática de su fundamento, contenido, límites y mecanismos de tutela jurisdiccional*, Proyecto Fondecyt N°198006, Santiago, 2000, pág. 117.

20 Corral, Hernán, “La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N°8, 2001, pág. 170.

21 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 170.

## Causales de justificación para la utilización de la imagen humana.

### 1. *El interés informativo.*

Aunque el derecho a la propia imagen faculta en forma exclusiva a su titular para autorizar que su imagen personal sea captada, reproducida o difundida por otro, esta facultad admite como excepción que los medios de comunicación puedan utilizar la imagen humana personal, sin mediar consentimiento del titular cuando exista un legítimo interés informativo.<sup>22</sup>

Así, la existencia de un interés informativo autoriza al medio de comunicación para captar y difundir la imagen de una persona, cuando tenga por objeto ilustrar un acontecimiento.

Azurmendi señala que *“el respeto al derecho a la información es uno de los fundamentos de la vida democrática. La participación de los ciudadanos en el acontecer público se realiza en buena medida a través de los medios de comunicación. Conocer los acontecimientos relevantes de índole cultural, artística, política, deportiva, criminal, etc., contribuye a la satisfacción de una necesidad prioritaria del individuo: sentirse ciudadano en un ámbito social que conoce y comprende en sus rasgos característicos, más que por su experiencia personal, por la actuación de los medios. Interés informativo no es equivalente a curiosidad del público, ni se puede medir con el criterio del número mayor o menor de ventas que provocan determinadas noticias, o con los resultados de los índices de audiencia en el caso de los espacios audiovisuales. No es el interés informativo el punto de encuentro entre la curva de la oferta periodística y la curva de la demanda del público”*.<sup>23 24</sup>

En este sentido, Azurmendi concluye que el interés informativo abarcará hechos, opiniones e ideas actuales que tienen trascendencia pública.<sup>25</sup>

Clavería coincide con esta postura, pues reconoce que el interés informativo tiene el carácter de causal de justificación, señalando que la intromisión que, en principio, tiene el carácter de antijurídica, deja de serlo cuando concurre un interés público que sólo se puede satisfacer con la intromisión.<sup>26</sup>

22 Cfr. Herce de la Prada, Vicente, op. cit., pág. 55. Cfr. también, Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 8ª edic., Madrid, 1992, pág. 377.

23 Azurmendi, Ana, op. cit., págs. 211-212.

24 Referente a lo anterior, Vivanco, Ángela, *Las libertades de opinión y de información*, Editorial Andrés Bello, 1ª edic., Santiago, 1992, págs. 225-226, señala que “corresponde al informador aplicar elementos objetivos y subjetivos para definir qué es de interés general o no. Para ello, no debe confundir lo que interesa al público con lo que quiere el público y por ello, el informador –lo quiera o no– se constituye en un seleccionador de intereses. Lo que interesa al público es lo que satisface sus necesidades racionalmente, lo que resulta absolutamente diverso de la curiosidad. Por eso, cuando (...) hablábamos del derecho a ser informado del público, precisamente decíamos que sobre lo que tiene tal derecho es sobre lo que racionalmente necesita, no sobre lo que desea saber por capricho”.

25 Cfr. Azurmendi, Ana, op. cit., pág. 212.

26 Cfr. Clavería, Luis Humberto, op. cit., pág. 41.

De acuerdo con lo que señala Azurmendi, “en el supuesto de la presencia del interés informativo, la propia imagen no es sólo un atributo personal del individuo, sino que constituye además un contenido al que tienen derecho a acceder todos y cada uno de los ciudadanos”.<sup>27</sup>

No se requerirá el consentimiento del titular de la imagen para su utilización cuando exista un interés informativo.<sup>28</sup>

Habrà que tener en consideración que este interés se exige, pues no es lícito que de forma arbitraria y sin fundamento se capte, reproduzca o difunda la imagen de una persona.<sup>29</sup>

Esta exigencia del interés público ha sido justificada por Herce de la Prada, pues “el sacrificio de la fotografía venga unida a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público, por la razón de que todos los ciudadanos tienen derecho a interesarse por los asuntos públicos y de formarse una opinión sobre las personas que han participado en los mismos”.<sup>30</sup>

Pero, en relación con el interés informativo habrá que tener en consideración que el tratamiento será distinto cuando estemos frente a un personaje público que cuando nos encontremos con una persona que carece de relevancia pública, lo que analizaremos a continuación.

### ***1.1. La situación de las personas que carecen de relieve particular.***

Novoa afirmará que “el quid del problema del derecho a la imagen aparece en los casos en que se fotografía a alguien en un lugar público, en la calle por ejemplo, sin que el fotografiado pueda sostener que en ese momento se sentía a resguardo de toda observación y que por ello realizaba algo que entra en su vida privada”.<sup>31</sup>

En este sentido, habrá que distinguir si la captación de la imagen y su difusión responde a la exigencia del interés informativo, pues es perfectamente lícito que se busque ilustrar un acontecimiento de relevancia pública mediante fotografías del lugar y de las personas que han intervenido en el hecho.

En relación con esta hipótesis, Novoa concluye que “cuando la fotografía captada en lugar público, sin ofensa del honor o de la vida privada del fotografiado, es empleada para ilustrar informaciones periodísticas, no parece que en estas circunstancias pudie-

27 Azurmendi, Ana, op. cit., pág. 213.

28 Cfr. Azurmendi, Ana, op. cit., pág. 213.

29 Clavería, Luis Humberto, op. cit., págs. 36-37, señala que “yo no tengo derecho a exhibir –por ejemplo, mediante fotografía, pintura o caricatura– rasgos identificadores y característicos de una persona [...] sin causa de justificación aunque tal exhibición no conlleve ultraje ni ofensa, ni aunque no implique revelación de datos o hechos de su esfera privada”.

30 Herce de la Prada, Vicente, op. cit., pág. 64.

31 Novoa, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo veintiuno, 4ª edic., México, 1989, pág. 68.

ra justificarse una oposición del afectado, supuesto que la publicación de su imagen sea pertinente a una información periodística legítima”.<sup>32</sup>

Pero, una cuestión diversa se suscita cuando la imagen captada se utiliza para ilustrar un reportaje o una información, sin que la persona que se muestre haya participado en los hechos, o cuando se use la imagen para ilustrar un reportaje o una columna de opinión, de modo que se resalte una cualidad de la persona o que se le pueda asimilar a determinados conceptos o ideas que puede no compartir. Así, por ejemplo, piénsese en un reportaje sobre la gordura que se ilustra mediante la imagen de un transeúnte distraído que se encuentra excedido de peso, o en un reportaje sobre el alcoholismo que se acompaña de una fotografía de dos jóvenes que beben una copa de alcohol en un restaurante.

Frente a esta situación habrá que delimitar el ámbito del derecho objeto de nuestro estudio del ámbito propio del derecho al honor –si mediante la publicación se afecta ese derecho de la personalidad– o del derecho a la identidad, sin perjuicio de entender que pueda existir una violación conjunta de unos y de otros.

Pero, en el supuesto de que mediante la captación y publicación de la imagen corporal, no se afecte otro derecho de la personalidad, no se podrá afirmar que esta captación y difusión sea lícita, pues podrá importar una violación del derecho a la propia imagen en sí mismo.

De este modo, Vivanco sostiene que “el hecho de que alguien camine por un lugar público, no significa que desee que su imagen sea *conocida* públicamente, difundida, conservada o repetida, más allá de los momentos en que está en dicho lugar y de la vida de quienes se encontraban allí en ese momento”.<sup>33</sup>

Pero, posteriormente, esta autora señalará que a falta de rechazo, “ha de entenderse que cualquiera puede captar imágenes ajenas en lugares públicos, sin otra restricción que las necesarias para el respeto de otros derechos del hombre”.<sup>34</sup> Esta conclusión, no obstante, nos podría llevar a sostener la inexistencia del derecho a la propia imagen.<sup>35</sup>

En sentido contrario, se manifiesta Novoa, quien concluirá que “una doctrina jurídica muy elaborada nos conduce a la conclusión de que existe, aun en ese caso, un derecho de parte del sujeto cuya imagen interesa, que es el de negarse a que alguien la capte

32 Novoa, Eduardo, op. cit., pág. 70.

33 Vivanco, Ángela, op. cit., pág. 231.

34 *Ibíd.*

35 En relación con este punto, Novoa, Eduardo, op. cit., pág. 70, manifiesta que “tal hipótesis, que aparece desprovista de todo otro ingrediente ajeno, como pueden ser el aprovechamiento económico ulterior de la imagen ajena o una actitud de ella para afectar el honor o la vida privada de su titular, consideraríamos que no hay inconveniente alguno para que las imágenes sean captadas, lo que sería lo mismo que declarar que el fotografiado no tiene derecho alguno sobre ella, en tanto a través de su captación no se vulneren derechos suyos de otra clase (económicos, a su honor, a su intimidad). Esto podría explicar la posición negativa de algunos juristas acerca de la existencia de un derecho a la imagen”.

fotográficamente. Podría, en consecuencia, quien se halle en lugares públicos, oponerse a que alguien lo fotografíe, aun sin proyección que perjudique otros intereses suyos diversos de los de pura imagen. Conforme a esta concepción, el titular de la imagen siempre tendría el derecho a oponerse a que ella quede registrada en fotografías o filmes, aun tratándose de actividades suyas que se desarrollan en un lugar público y que todos los que allí se hallen pueden ver<sup>36 37</sup>.

Finalmente, habrá que señalar que una cuestión distinta es la que se plantea en el caso de las imágenes de personas meramente accesorias a la imagen principal.

Herrero-Tejedor sostiene que “la accesoriedad –imágenes de grupos– parece, en principio, ser menos dificultosa, y únicamente podría chocar con los flagrantes casos en los que el lugar o el acontecimiento fueran accesorios, convirtiéndose la captación de los rasgos físicos personales en lo esencial de la toma”.<sup>38</sup>

Así, carecería de ilicitud la captación de imágenes de un grupo de personas, cuando no es posible identificar a ninguna en particular, más aún cuando la captación responda a un interés informativo, por ejemplo, al captar a los asistentes a un evento deportivo.<sup>39</sup>

No obstante, pareciera que la prudencia aconseja que no se utilice imágenes de personas captadas en el desenvolvimiento de sus actividades normales, más aún si se considera que se ha extendido el uso de los denominados “bancos de imágenes” por parte de los medios de comunicación, lo que facilita la actividad de ilustrar ideas o situaciones mediante imágenes publicitarias que se adquieren y, de este modo, se evitan posibles lesiones a los derechos de las personas, al atribuir cualidades o asimilar a conceptos que el fotografiado podría no compartir.

36 Novoa, Eduardo, op. cit., pág. 71.

37 Una opinión distinta es sostenida por Royo, José, op. cit., pág. 97, quien señala que una persona no podrá oponerse a que la fotografíen o filmen cuando está paseando por la calle, ya que del mismo modo que no podemos impedir que otro nos mire, tampoco podemos impedirle que nos saque una foto, siempre que sea para su propio goce estético. De este modo, sostiene que es la publicación o reproducción la que puede dar lugar al atentado. Así, concluirá que “no obstante, si bien en el caso de la instantánea del transeúnte o turista que nos fotografía en la calle, podemos pensar que se trata de algo que no va a tener publicidad alguna, y que aunque pueda constituir una violación en estado potencial que se materializaría en el momento de la publicación, es razonable presumir que ésta no se producirá nunca; cuando, por el contrario, nos encontramos ante una cámara de filmación de televisión, por ejemplo, que realiza una encuesta callejera en la que podemos vernos incluidos, aquí sí que cabe pensar que ese plano puede ser insertado en un reportaje que verá en un programa más o menos atractivo, todo el país.

En este supuesto la simple captación implica, diríamos que automáticamente, la publicación en potencia, y, por consiguiente, el titular, podría oponerse a la captación y, en todo caso, hacer valer sus derechos, en caso de que viera su imagen reproducida”.

Esta postura, no obstante, llevaría a negar la existencia del derecho a la propia imagen, además de parecer inactuante en la práctica, pues no es posible sostener que el sólo hecho de que se capte la imagen mediante fotografía nos debiera llevar a pensar, por sí solo, que la fotografía no será difundida sin limitación. Por lo tanto, no parece razonable presumir que la difusión de la imagen no se producirá por el sólo hecho de que la capte un transeúnte o un turista, más aún considerando los avances que ha experimentado la tecnología.

38 Herrero -Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2ª edic., Madrid, 1994, pág. 225.

39 Cfr. Igartúa, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 134.

### *1.2. Las personas públicas.*

En relación con aquellas personas que tienen un relieve particular en la sociedad, será necesario sostener que la captación, reproducción y difusión de su imagen personal, en principio, se encuentra autorizada por existir un interés por parte de la sociedad, que lleva a que sea lícito conocer el modo en que desempeñan sus funciones.

Novoa afirma que “el personaje célebre pierde su derecho a la imagen en razón del derecho de los demás de estar debidamente informados de las actividades públicas o de las actividades que interesan al público. En consecuencia, pierde hasta ese derecho negativo sobre su imagen, y la suya puede ser captada y difundida sin otra limitación que la de no violar sus momentos privados”.<sup>40</sup>

Del mismo modo, Royo afirmará que “únicamente las actividades públicas de una persona pública, valga la redundancia, es decir, según la terminología legal, ‘que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública’, pueden ser objeto de publicación”.<sup>41</sup>

Por tanto, pareciera ser perfectamente lícita la utilización de la imagen de una persona cuando se busca informar acerca del desempeño de sus funciones, pues por tratarse de personas que desarrollan funciones públicas, concurre respecto de ellas el interés público informativo.

Una cuestión limítrofe se produce cuando la imagen de una persona pública se utiliza para ilustrar un reportaje relativo a una actividad que lo identifica.

Igartúa destaca que “encontrar la relación entre la ilustración y la información es más sencillo cuando la fotografía representa a una persona conocidamente relacionada con el tema que se trata. Puede ser una persona pública, como un famoso boxeador, cuya foto aparece en un artículo propugnando la abolición del boxeo, o simplemente conocida dentro de su profesión, como un profesor de gimnasia, cuya imagen se usa para ilustrar un artículo sobre la relación entre virilidad y desarrollo muscular”<sup>42</sup>, de modo que la utilización de la imagen del personaje célebre, para ilustrar un reportaje respecto de una materia a la que se le asimila, será lícita<sup>43</sup>.

40 Novoa, Eduardo, op. cit., pág. 72.

41 Royo, José, op. cit., pág. 165.

42 Igartúa, Fernando, op. cit., pág. 137.

43 Habrá que tener en consideración que Igartúa, Fernando, op. cit., págs. 136-137, también reconoce como lícita la utilización de la imagen de personas que carecen de relieve particular para ilustrar reportajes, según señala, “cuando existe una clara relación entre la información de interés público y la fotografía”. Así, cita como ejemplos, “la foto de un ilusionista hindú, puede ser usada para acompañar un artículo sobre el truco hindú de la cuerda mágica; o la de un joven profesional paseando en la calle, para ilustrar un reportaje acerca de la creciente clase media de color; y no hay problema en presentar una docena de fotografías de diferentes personas que asisten a una carrera vistiendo el mismo tipo de chaqueta para apoyar un artículo titulado ‘La moda sigue un modelo’”.

## 2. *El consentimiento del titular de la imagen.*

La doctrina entiende que el derecho a la propia imagen, faculta al titular del derecho para consentir que un tercero capte, reproduzca o difunda su imagen personal, sin que en la especie concurra el interés informativo y sin que la conducta del tercero pueda ser calificada como ilícita.

Corral sostiene que “una gran dificultad para construir la teoría de los actos autorizantes de las intervenciones en la vida privada o imagen, la plantea la calidad de derecho de la personalidad, y fundamental del derecho a la intimidad. En efecto, como se ha señalado, es una característica esencial de este tipo de derechos su indisponibilidad; es decir, que no pueden ser objeto de renuncia, transferencia o transmisión, sea gratuita u onerosa”.<sup>44</sup>

Clavería<sup>45</sup> ha afirmado que el consentimiento del titular podrá ser concebido como:

- a) Causa de justificación de la intromisión, al mismo nivel que el interés público; es decir, según esta concepción, la intromisión contemplada en la ley como antijurídica deja de serlo cuando concurre un interés público que sólo puede satisfacerse con dicha intromisión o cuando la persona afectada la consiente.
- b) Como excepción al régimen general de indisponibilidad e irrenunciabilidad de estos derechos: si bien tales derechos son, en principio, indisponibles, cabe una disposición parcial, eventual y concreta de estos bienes de la personalidad.
- c) Como ejercicio del contenido positivo del derecho de la personalidad.
- d) Como ejercicio de un derecho patrimonial de explotación económica o comercial de la propia imagen.

Para Corral, la tesis mejor fundada es la primera, en cuanto el consentimiento del titular de la imagen constituye una causal de justificación para su captación, de modo que la conducta deja de ser ilícita.<sup>46</sup> La tercera tesis deberá descartarse en cuanto desfigura el derecho y lo lleva al terreno de la libertad y la autonomía personal, que son valores diferentes, y la cuarta, tiende a patrimonializar en exceso, derechos que deben permanecer como extrapatrimoniales.<sup>47</sup>

Para él, “la voluntad posee un doble rol en estas materias: legitima (...) la utilización de la imagen, por una parte, y por la otra, constituye el negocio jurídico en que se dispone, no del derecho fundamental a la (...) imagen (que por propia naturaleza es indisponible), sino de intereses privados de explotación de aspectos puntuales (...) de la apariencia propia”.<sup>48</sup>

44 Corral, Hernán, op. cit., pág. 164.

45 Cfr. Clavería, Luis-Humberto, op. cit., págs. 41-42.

46 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 163.

47 *Ibidem*.

48 Corral, Hernán, op. cit., pág. 169.

Clavería, en tanto, objeta la postura de concebir al consentimiento como causal de justificación para la captación de la imagen al mismo nivel que el interés informativo, pues, según señala, esta tesis “coloca en un mismo plano lo que debe hallarse en dos diferentes: el Ordenamiento debe perfilar, en efecto, qué intromisiones o revelaciones admite, y cuáles no, y si la presencia de interés público convierte en legal lo que sin él no lo sería, pero siempre partiendo del supuesto de la inexistencia de consentimiento del afectado; cuestión diversa es el supuesto de que tal consentimiento concurra, lo que genera la necesidad de establecer un régimen destinado a ello: el consentimiento no es, a mi juicio, un elemento configurador del supuesto X (como sucede con el interés público), sino generador del supuesto Y, en cuanto que altera las bases del problema y provoca la necesidad de un régimen completo diferente”.<sup>49</sup>

Esta crítica, sin embargo, parece ser aplicable sólo al ordenamiento jurídico español, pues la “Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, no contempla al contrato dispositivo sobre el interés patrimonial comprometido en la imagen personal, de modo que sólo acepta la celebración de actos unilaterales de consentimiento para la captación de la imagen.

En este sentido, Corral sostiene que la crítica resulta poco clara, pues “la verdad es que lo que busca el autor es hacer sitio a la teoría del contrato de disposición sobre aspectos de la vida privada, que no fue contemplado en la ley española 1/1982, y de allí que mire sólo al acto unilateral que esta ley regula como causa de justificación, y no así al contrato dispositivo. Pero en cuanto a la intromisión, tanto en el acto unilateral de autorización como en el contrato, la voluntad cumple un rol justificante, es decir legitima la conducta”.<sup>50</sup>

De este modo, fuera del ámbito español, deberá aceptarse que el consentimiento del titular de la imagen –ya sea que se manifieste a través de un contrato o de un acto unilateral– cumple el rol de legitimar la conducta, operando como causal de justificación.

Más aún, el mismo autor admite esta posibilidad, pues señala que deja abierto el problema, “pues en alguna (sic) de las obras en que se opta por esta concepción, a la vista de cómo se construye el consentimiento –simple anuencia a la intromisión–, no parece tan censurable esta opción”.<sup>51</sup>

Menos clara, en tanto, parece la fundamentación de Azurmendi, quien afirma que “*si el núcleo del derecho es la facultad exclusiva del titular para difundir su imagen, el consentimiento supone una cesión parcial de ese derecho de exclusividad, sin que esto signifique una pérdida o anulación del derecho a la propia imagen*”.<sup>52</sup>

49 Clavería, Luis Humberto, op. cit., págs. 41-42.

50 Corral, Hernán, op. cit., pág. 164.

51 Clavería, Luis Humberto, op. cit., pág. 42.

52 Azurmendi, Ana, op. cit., pág. 205.

En concordancia con esta posición, Royo afirma que “el consentimiento hace relación a la cesión de alguna de las facultades que integran el unitario derecho a la propia imagen, a otra persona, sin que ello implique abdicación del derecho por parte del titular, ni adquisición del mismo por parte del beneficiario, y esto en virtud de su carácter de ser inherente a la persona misma, o dicho de otra manera, en virtud de ser un derecho de la personalidad”.<sup>53</sup>

### *2.1. Formas en que puede prestarse el consentimiento.*

Corral cree que existen dos clases de actos jurídicos legitimantes de conductas que importen utilización de la imagen personal. Por una parte, actos unilaterales, en que sólo opera la voluntad del titular del derecho que consiente en la conducta de un tercero. Por otra parte, admite la posibilidad de celebrar actos bilaterales, en los que se da un acuerdo entre el titular del derecho y la persona o empresa interesada. En este último caso, lo normal es que estos actos jurídicos asuman la forma de contratos, por cuanto ambas partes se obligan, la una a permitir la utilización de la imagen, y la otra a otorgar una contraprestación, sea en dinero u otros bienes.<sup>54</sup>

Este autor comprende que “una gran dificultad para construir la teoría de los actos autorizantes de las intervenciones en la vida privada o imagen, la plantea la calidad de derecho de la personalidad y fundamental del derecho a la intimidad. En efecto, como se ha señalado, es una característica esencial de este tipo de derechos su indisponibilidad; es decir, que no pueden ser objeto de renuncia, transferencia o transmisión, sea gratuita u onerosa”.<sup>55</sup>

Para él, resulta inadmisibles la celebración de cualquier acto por el cual una persona se despoje totalmente de su derecho a la propia imagen. Por ello, por más que una persona haya permitido repetidas veces una intromisión en su vida privada, no pierde, por eso, el derecho a repeler la agresión antes consentida o tolerada.<sup>56</sup>

Pero en relación con injerencias puntuales, que son permitidas a terceros, “el principio de la indisponibilidad, y por consecuencia de la irrenunciabilidad, (...) puede ser conjugado con la eficacia legitimante del consentimiento del afectado, si se observa que la ley no exige voluntad de disposición para otorgar el efecto justificante al acto. Es decir, no hay propiamente un acto jurídico de renuncia, que es necesariamente un acto de disposición o enajenación de un derecho o parte de él. No hay pues, una renuncia que, por excepción, haya extinguido respecto de su titular el derecho (...). Se trata, en cambio, de un derecho que se mantiene vigente, pero que ante un acto autorizante (que se satisface con una voluntad de admitir la intromisión del tercero) se entiende justificadamente limitado o afectado”.<sup>57</sup>

53 Royo, José, op. cit., pág. 96.

54 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 165.

55 Corral, Hernán, op. cit., pág. 164.

56 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 165.

57 Corral, Hernán, op. cit., pág. 165.

En cuanto a la admisibilidad de la figura contractual, Corral concluye que “puede ser admisible si se le concibe como una técnica para evitar desequilibrios económicos y externalidades judiciales negativas. Antes que esperar el litigio y dejar al juez la dura labor de determinar cómo debe participar el afectado en las utilidades económicas que ha reportado la explotación de su vida privada o imagen, parece más razonable que esa transacción la realicen directamente los implicados y sin pasar por los costos de un proceso judicial”.<sup>58</sup>

De otra parte, en relación con la forma que debe revestir el consentimiento, Clavería sostiene que, ya sea fuera o dentro de un contrato, cabrá el consentimiento tácito, aunque se presenten inconvenientes posteriores de carácter probatorio, en cuanto al contenido de estos negocios.<sup>59</sup>

Concordante con esta postura es la afirmación de Royo, en cuanto a que “el simple permiso implícito, priva a la reproducción de su carácter ilícito”.<sup>60</sup> Por tanto, este autor concluirá que “sólo en la medida en que las circunstancias no permitan la aportación de la prueba del carácter cierto del consentimiento tácito, consideramos que la captación y reproducción de tales imágenes puede considerarse ilícita”.<sup>61</sup>

Corral cree que el consentimiento legitimante puede ser declarado explícitamente o en forma tácita. Para él, habría consentimiento tácito cuando la aquiescencia se deduce inequívocamente de cierto comportamiento del titular del derecho. Pero, en todo caso, cuando por las circunstancias no pueda construirse un consentimiento, ni siquiera tácito, habrá que tener en cuenta que la exposición imprudente al daño funcionará como elemento atenuador de la responsabilidad del tercero que vulnera el derecho.<sup>62</sup>

Pero en todo caso será aconsejable que, por razones probatorias, el consentimiento se manifieste en términos explícitos por medio de un contrato.

En este sentido, Clavería afirma que “es aconsejable determinar en el texto contractual, con total claridad, el contenido de lo que se pretende publicar (fotografías, datos de la vida privada), la naturaleza del medio, el ámbito geográfico de difusión, la duración temporal y las prestaciones instrumentales o preparatorias (sesiones de toma de fotografías o grabaciones, entrevistas, etc.); asimismo debe determinarse si la persona autorizante permite al otro contratante la cesión del contrato a un tercero y en qué condiciones, debiendo entenderse que, en caso de omisión de esta cláusula, no cabe la cesión, dadas las características de estos negocios (de índole patrimonial, pero estrechamente vinculados a la personalidad) y dado que la cesión podría trastocar de hecho

58 Corral, Hernán, op. cit., pág. 169.

59 Cfr. Clavería, Luis Humberto, op. cit., págs. 62-63.

60 Royo, José, op. cit., pág. 98.

61 *Ibidem*.

62 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 166.

los otros elementos pactados (ámbito, finalidad, duración, reutilización, etc.); obviamente debe consignarse si el derecho o facultad se cede en exclusiva, lo que guarda estrecha relación con el ámbito geográfico y el límite temporal; no olvido tampoco los elementos ordinarios de todo contrato (cuantía y modo de la remuneración) ni la posibilidad de cláusulas penales u otras garantías”.<sup>63</sup>

## Mecanismos de protección del derecho a la propia imagen.

### 1. *El Recurso de protección.*

El artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1980 ha establecido el recurso de protección, como la acción que tiene por objeto proteger a la persona cuando, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que señala dicho precepto.

Dentro de los mecanismos de protección del derecho a la propia imagen, destaca, por su especial eficacia, el recurso de protección, pues por su naturaleza cautelar, será el medio que permita actuar frente a una amenaza de violación del derecho a la propia imagen o frente a una violación que se presume se seguirá cometiendo en el tiempo y con el objeto de evitar que este acto se siga realizando, pues la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho puede ser de difícil reparación con posterioridad a la exhibición que se ha realizado.

Este recurso posee dos características fundamentales que han sido resaltadas por el profesor Soto Kloss. En efecto, él señalará que es “un remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado, cada vez que una garantía de libertad o un derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares, sean entes con o sin personalidad jurídica”.<sup>64</sup> De otra parte, este autor resalta la característica de que esta acción “deja intactas las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico (general o especial) haya previsto como tutela de los derechos del agraviado”.<sup>65</sup>

Desde luego será importante destacar la naturaleza cautelar de este recurso, pues busca ser un remedio expedito, pronto y eficaz que el tribunal va a conocer, debiendo adoptar las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.<sup>66</sup> Esto será de vital importancia cuando nos encon-

63 Clavería, Luis Humberto, “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, 1994, pág. 57.

64 Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 14.

65 Soto Kloss, Eduardo, op. cit., pág. 14. Cfr. también la opinión coincidente de Díez, Sergio, *Personas y valores. Su protección constitucional*, Editorial Jurídica, 1ª edic., Santiago, 1999, pág. 273.

66 Cfr. Soto Kloss, Eduardo, op. cit., pág. 15.

tremos frente a una actuación que lesiona el derecho a la propia imagen de la persona, mediante una exhibición de la imagen que pueda preverse que será reiterada y sucesiva durante un espacio de tiempo, de modo que la única manera de evitar que la violación del derecho se efectúe será mediante la interposición de este recurso y las medidas que pueda adoptar el tribunal, sin perjuicio de que posteriormente se hagan uso de otros mecanismos para intentar reparar el daño producido a la persona. Este recurso es la herramienta eficaz y oportuna para evitar que se produzca o que se continúe produciendo una lesión del derecho de la persona, sin esperar que la lesión y sus perniciosas consecuencias se hayan producido.

El recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, se deberá interponer dentro del plazo fatal de quince días corridos ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la garantía constitucional que se ha afectado.

De importancia para el derecho que nos ocupa será determinar quién podrá ser el sujeto activo del acto u omisión que pueda privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de los derechos que protege este recurso. En este sentido, para el profesor Soto Kloss, es claro que del texto mismo del artículo 20 de la Constitución Política de la República se desprende, así como de las sesiones de la Comisión Constituyente, “que el agravio al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que este R.P. trata de proteger, puede provenir tanto de particulares o de autoridades públicas, y tanto los unos como las otras, de quienquiera sea”.<sup>67</sup>

### ***1.2. Procedencia del Recurso de protección respecto del derecho a la propia imagen.***

La comprensión del derecho a la propia imagen como una garantía comprendida dentro del artículo 19 N°4 de la Constitución Política de 1980 nos llevará a determinar que ella se encuentra protegida por el recurso de protección, de acuerdo con lo señalado por el artículo 20 del texto constitucional.

Así, para el profesor Soto Kloss, el derecho a la propia imagen se encuentra reconocido como derecho fundamental por la Constitución y protegido por ella a través de la acción de protección.<sup>68</sup>

En el mismo sentido, Diez, al entender que el derecho a la propia imagen está amparado por la Constitución cuando ésta protege la vida privada,<sup>69</sup> hace admisible este recurso para proteger este derecho.

<sup>67</sup> Soto Kloss, Eduardo, op. cit., pág.42.

<sup>68</sup> Cfr. Soto Kloss, Eduardo, Comentario al fallo de la Corte de Santiago de 17 de noviembre de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89, sec. 5ª, pág. 349.

<sup>69</sup> Cfr. Diez, Sergio, op. cit., pág. 153.

Asimismo, deberá entenderse que todos los autores que afirman que el derecho que la persona tiene sobre su propia imagen forma parte del derecho a la vida privada, deberán concluir que se encontrará protegido por la acción de protección.<sup>70</sup>

### *1.3. Providencias que podrá adoptar el tribunal con el objeto de proteger el derecho a la propia imagen.*

De acuerdo con lo prescrito por el propio texto constitucional en el artículo 20, la interposición del recurso de protección tendrá por objeto restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Por lo tanto, las providencias adoptadas por la Corte con motivo de la interposición del recurso tendrán por objeto procurar el cese de la acción que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en el caso *Rischmaui Grinblatt*, al acoger el recurso de protección interpuesto y señalar que la publicación de la imagen de una bañista en la portada del diario “La Cuarta” ha perturbado el derecho a la vida privada y pública de la persona, dispuso que el “Consortio Periodístico de Chile S.A., Copesa” destruyera todas las fotografías que de la persona de la reclamante se encontraran en su poder, en sus archivos o en cualquiera otra forma, con todas sus copias y negativos y, además, dispuso que la misma empresa otorgara a la recurrente una declaración jurada, ante Notario Público, en cuanto a haber dado cumplimiento de inmediato a lo resuelto precedentemente y a que no conservaba en su poder elemento alguno de los que se trataba.<sup>71</sup>

En la sentencia recaída en el caso *Bohme Bascuñán*, referido a la filmación de un examen de una paciente en un centro médico, en tanto, se acoge el recurso de protección interpuesto, disponiéndose “la retención y destrucción del cassette “Maxel Professional” que contiene la filmación relativa a la rectoscopia a la nombrada paciente; se recaben todas las demás copias que pudiere haber o se reciba una declaración jurada de parte del representante legal de la Clínica Alemana en el sentido de que no hay otra copia”.<sup>72</sup>

Una cuestión relevante para el tema que ahora nos interesa se suscitó en el caso *Orellana Barrera*, con la utilización de la fotografía de una ex empleada de una Caja de Compensación y de su familia para ilustrar un calendario publicitario de dicha institución.

70 Caro, Pedro, “El derecho a la propia imagen”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción*, vol. VII, N° 7, 1999, pág. 216, señala que “en cuanto a la procedencia del recurso de protección, debemos señalar que, si bien el derecho a la propia imagen no aparece como uno de los derechos expresamente protegidos por este recurso, ni tampoco dentro de la enumeración que efectúa el artículo 19 de la Carta Fundamental, se sostiene —como ya lo hemos anticipado— que sí se encontraría protegido, ya que éste se deriva implícitamente del derecho al honor y a la intimidad, que si aparecen consagrados en el artículo 19 N°4 y enumerados en el artículo 20”.

71 Cfr. *Rischmaui Grinblatt* (Corte de Santiago, 8 de septiembre de 1997; Corte Suprema, 17 de noviembre de 1997; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 94 (1997), sec. 5ª, pág. 239; *Gaceta Jurídica*, N° 209, pág. 49).

72 Cfr. *Bohme Bascuñán* (Corte de Santiago, 17 de noviembre de 1992; Corte Suprema, 16 de diciembre de 1992; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89 (1992), sec. 5ª, pág. 345; *Fallos del mes*, N° 409, pág. 935).

En este caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acoge el recurso de protección interpuesto por la recurrente por entender que en la especie, con la publicación, se ha vulnerado su derecho a la propia imagen,<sup>73</sup> y ordena como providencias que la recurrente se abstenga de hacer uso de la imagen de la recurrente y su grupo familiar y se proceda a la incautación de los diversos ejemplares del calendario.<sup>74</sup>

## 2. *El derecho a réplica.*

El artículo 19 N°12, en su inciso 3º, dispone que toda persona natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún Medio de Comunicación Social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que determine la ley<sup>75</sup>, por el Medio de Comunicación Social en que esa información hubiere sido emitida.

73 El considerando 13º de la sentencia señala que "el derecho a la propia imagen de doña Hilda del Carmen Orellana Barrera, don Eduardo Mauricio Apablaza Zenteno y don Eduardo Ignacio Apablaza Orellana, queda comprendido en el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporeales que pertenecen a toda persona por el sólo hecho de ser de la especie humana. Esto es, se trata de un atributo de la personalidad, entre los cuales está precisamente el derecho a la propia imagen, del que se puede disponer sólo por el sujeto mismo, sin que nadie se pueda beneficiar de ello, sin su expreso consentimiento.

Quien haga uso del derecho a la imagen de una persona natural, sin autorización de su detentador, y lo utilice con fines comerciales de publicidad, amenaza, perturba y lo priva del derecho subjetivo de propiedad sobre la propia imagen".

Esta sentencia, no incurre en el error de entender que en la especie se vulnera la privacidad de la persona, pero tampoco parece acertada la afirmación de que se vulnera el derecho de propiedad sobre la imagen, pues este derecho es de naturaleza extrapatrimonial y nos parece más vinculado con el derecho a la vida pública de la persona que con un supuesto derecho a la explotación comercial de la imagen.

No parece tampoco acertado afirmar que existe un derecho de propiedad sobre el derecho a la propia imagen, lo que llevaría a afirmar que existe un derecho patrimonial sobre un derecho de la persona, posibilidad que ha sido criticada por Domínguez, Ramón, op. cit., pág. 129, pues "el derecho de propiedad implica, por definición (artículo 582, C. Civil), la disponibilidad. Sin ella no hay real propiedad. Pues bien, las más de las veces, los tribunales califican de propiedad a situaciones o pretensiones subjetivas, y aun a derechos de la persona, con lo cual resulta que, como todos ellos no son disponibles, he aquí una propiedad que no es realmente tal sino sólo para fines de protección constitucional por la vía del recurso en examen".

De igual modo, para Vergara, Alejandro, "La propietarización de los derechos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, 1991-1992, pág. 291, "parecería más adecuado, lisa y llanamente, una protección dirigida directamente sobre los derechos, como tales derechos, como titularidades jurídicas, como posiciones jurídicas, con un ámbito propio", antes que recurrir al expediente de considerar protegible la propiedad que se tendría sobre el derecho. No obstante, este mismo autor reconoce que la interpretación que critica, produce los efectos prácticos queridos por los constituyentes (la protección de los derechos).

74 Cfr. *Orellana Barrera* (Corte de Valparaíso, 27 de marzo de 1997; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 94 (1997), sec. 5ª, 2ª parte, pág. 245).

75 Los artículos 16 a 19 de la Ley 19.733 repiten, prácticamente en forma íntegra, el contenido del artículo 11 de la Ley 16.643. Así, el artículo 16 dispone que "Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida".

En tanto, el artículo 17 de esta ley señala que "El ofendido o injustamente aludido por un servicio de radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o un servicio limitado de televisión tendrá derecho, pagando sólo el valor del material que se emplee en la reproducción o proporcionando el que se usará para ello, a requerir directamente la entrega de una copia fiel de la transmisión a que se refiere el artículo 15, la que deberá ser puesta a su disposición dentro de quinto día.

Esta materia se encuentra regulada por la Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que en su título IV, denominado “Del derecho de aclaración y de rectificación”, en los artículos 16 a 21, hace una explicación de esta materia y cuyo artículo 48 deroga la Ley 16.643, sobre Abusos de Publicidad

En caso de que el respectivo servicio no hiciera entrega de la copia dentro de plazo o se negare injustificadamente a hacerlo, y el juez de letras en lo criminal la estimara pertinente para acreditar un posible hecho delictivo, a solicitud del interesado y a su costa podrá requerir el envío de la copia, para ponerla a disposición de éste. El director responsable o quien lo reemplace deberá entregar al tribunal la copia fiel de la transmisión dentro de tercero día, contado desde que se le notifique la resolución que ordene enviarla”.

El artículo 18, a su vez, señala que “La obligación del medio de comunicación social de difundir gratuitamente la aclaración o la rectificación regirá aun cuando la información que la motiva provenga de una inserción. En este caso, el medio podrá cobrar el costo en que haya incurrido por la aclaración o la rectificación a quien haya ordenado la inserción.

Las aclaraciones y las rectificaciones deberán circunscribirse, en todo caso, al objeto de la información que las motiva, y no podrán tener una extensión superior a mil palabras o, en el caso de la radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción o servicios limitados de televisión, a dos minutos.

Este requerimiento deberá dirigirse a su director, o a la persona que deba reemplazarlo, dentro del plazo de veinte días, contado desde la fecha de edición o difusión que lo motive.

Los notarios y los receptores judiciales estarán obligados a notificar el requerimiento a simple solicitud del interesado. La notificación se hará por medio de una cédula que contendrá íntegramente el texto de la aclaración o rectificación, la que será entregada al director o a la persona que legalmente lo reemplace, en el domicilio legalmente constituido”.

El artículo 19 señala que “El escrito de aclaración o de rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página, con características similares a la información que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección.

En el caso de servicios de radiodifusión sonora o televisiva de libre recepción, o servicios limitados de televisión, la aclaración o la rectificación deberá difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado.

La difusión destinada a rectificar o aclarar se hará, a más tardar, en la primera edición o transmisión que reúna las características indicadas y que se efectúe después de las veinticuatro horas siguientes a la entrega de los originales que la contengan. Si se tratare de una publicación que no aparezca todos los días, la aclaración o la rectificación deberán entregarse con una antelación de, a lo menos, setenta y dos horas.

El director del medio de comunicación social no podrá negarse a difundir la aclaración o rectificación, salvo que ella no se ajuste a las exigencias del inciso segundo del artículo 18, o suponga la comisión de un delito. Se presumirá su negativa si no difundiere la aclaración o rectificación en la oportunidad señalada en el inciso anterior, o no la publicare o difundiere en los términos establecidos en los incisos primero o segundo, según corresponda.

Si el medio hiciera nuevos comentarios a la aclaración o rectificación, el afectado tendrá derecho a réplica según las reglas anteriores. En todo caso, los comentarios deberán hacerse en forma tal, que se distingan claramente de la aclaración o rectificación”.

El artículo 20 de la citada ley dispone que “El derecho a que se refiere este Título prescribirá dentro del plazo de veinte días, contado desde la fecha de la emisión. Sólo podrá ser ejercido por la persona ofendida o injustamente aludida, o por su mandatario o apoderado, o, en caso de fallecimiento o ausencia de aquella, por su cónyuge o por sus parientes por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado inclusive”.

Finalmente, el artículo 21 señala que “No se podrá ejercer el derecho de aclaración o rectificación con relación a las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, sin perjuicio de la sanción a que pueden dar lugar esos artículos, si por medio de su difusión se cometiere algunos de los delitos penados en esta ley”.

—con excepción del artículo 49 de la misma—, la cual contenía disposiciones regulatorias del derecho de réplica en sus artículos 11 a 15.<sup>76</sup>

Cea, entiende que el derecho a réplica no se funda en una mera alusión, sino que se restringe sólo a las alusiones contrarias a la razón, a la equidad o a la justicia, para facilitar así el funcionamiento de los Medios de Comunicación Social y evitar el abuso de esta facultad.<sup>77</sup>

Este autor concluye que “tal derecho ha sido ampliado en el sentido de que la ofensa o alusión injusta que lo legitima no es sólo la contenida en “alguna información”, como decía la Constitución de 1925, sino que también la que emana de opiniones, imágenes, comentarios, noticias, tiras cómicas, caricaturas y, en general, de las noticias o informaciones propiamente tales. Para que esa amplia gama de posibilidades quedara absorbida en el precepto, la Comisión acordó introducir las palabras “por algún M.C.S.” en reemplazo de “por alguna información”, que aparecía en la Constitución de 1925”.<sup>78</sup>

Cea resalta el hecho de que el afectado tenga derecho a que su declaración sea gratuitamente difundida. Destaca que ese término tenga un significado distinto del término “aclaración” que figuraba en la Constitución de 1925 y señala que “el cambio apareció sólo en la Constitución plebiscitada, de manera que no hay historia que aclare su motivo o finalidad. Pienso, sin embargo, que la declaración no precisa de aclaración, aunque ésta siempre supone a la primera, por lo que si mi interpretación es correcta, la obligación del M.C.S. ha quedado extendida a favor del replicante que se limita a declarar, sin a la vez aclarar nada”.<sup>79</sup>

Por lo tanto, será aplicable este derecho a réplica a toda utilización de la imagen de una persona mediante fotografía o caricatura que la ofenda o la aluda injustamente, situación a la que nos referimos precedentemente cuando nos planteamos la hipótesis

76 El artículo 28 de la Ley 19.733 establece sanciones para el caso de violación de lo dispuesto en la misma, en relación con el derecho a réplica, disponiendo que “El tribunal, en la resolución que ordene publicar o emitir la aclaración o rectificación, o su corrección, fijará plazo para ello y, además, podrá aplicar al director una multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales.

Ejecutoriada la sentencia condenatoria, si no se publica la aclaración o rectificación dentro del plazo señalado por el tribunal, y en los términos establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 19, según el caso, el director del medio será sancionado con multa de doce a cien unidades tributarias mensuales y se decretará la suspensión inmediata del medio de comunicación social. El tribunal alzaré la suspensión decretada desde el momento en que el director pague la multa y acompañe declaración jurada en que se obligue a cumplir cabalmente la obligación impuesta en la primera edición o transmisión más próxima.

Serán responsables solidarios del pago de las multas el director y el propietario o concesionario del medio de comunicación social.

Cuando por aplicación de las disposiciones de este artículo un medio de comunicación social fuere suspendido temporalmente, su personal percibirá, durante el lapso de la suspensión, todas las remuneraciones a que legal o contractualmente tuviera derecho, en las mismas condiciones como si estuviere en funciones”.

77 Cfr. Cea, José Luis, “Estatuto constitucional de la información y opinión”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. VI, 1982, págs. 184-185.

78 Cea, José Luis, op. cit., pág. 185.

79 Cea, José Luis, op. cit., pág. 186.

de que la imagen de la persona se acompañe por un texto que permita atribuirle opiniones o asimilarla a ideas que ella no comparta, sin que pueda afirmarse que la publicación ha lesionado su honor.

Del mismo modo, Pfeffer señala que la protección de este derecho es posible concretarla por medio del derecho a réplica, como acción reparatoria, destinada a que desaparezca o se rectifique el perjuicio que la acción abusiva provoca.<sup>80</sup>

### ***3. La protección penal del derecho a la propia imagen.***

El Código Penal chileno no contiene figuras penales que digan relación con la protección del derecho a la propia imagen. En efecto, en el párrafo 5º del Título VI del Libro II del Código Penal, se contemplan los denominados “Delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia”.

En este párrafo se pena la captación de imágenes de una persona, pero sólo en cuanto mediante ella se vulnere el derecho a la vida privada.

El artículo 161-A, en su inciso 1º, sanciona al que capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Asimismo, el artículo 161-A inciso 2º sanciona la difusión de las imágenes de carácter privado.

Estas figuras están sancionadas con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Además, el artículo 161-B sanciona la extorsión, castigando con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo 161-A.

Por lo tanto, habrá que concluir que el ordenamiento penal no contempla como delito la mera captación de la imagen de una persona o su difusión, sin que importe violación de su derecho a la vida privada.

### ***4. La protección civil del derecho a la propia imagen.***

Pfeffer entiende que la protección del derecho a la propia imagen es posible concretarla, entre otras formas, “a través de un sistema compensatorio destinado a indemnizar los daños y perjuicios responsabilidad contractual –abuso de confianza o uso indebido de la propia imagen– y extracontractual, en caso de delito o cuasidelito civil”.<sup>81</sup>

80 Cfr. Pfeffer, Emilio, op. cit., pág. 472.

81 Pfeffer, Emilio, op. cit., pág. 472.

La protección civil del derecho a la propia imagen se efectúa mediante el sistema de responsabilidad establecido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.<sup>82</sup>

La violación de un derecho fundamental, como el derecho objeto de nuestro estudio, es, por sí misma, causa de un ilícito, pues se ha vulnerado un derecho que se asegura por la Constitución a todas las personas, por lo tanto, se origina un acto antijurídico.

Para Corral “la antijuridicidad del comportamiento dañoso es uno de los elementos de necesaria concurrencia para que surja responsabilidad civil. En nuestra materia, la tipificación penal puede servir de antecedente para tener más fácilmente por establecida la ilicitud de la conducta. A falta de tipificación penal, la responsabilidad puede surgir de la violación del principio general de no dañar injustamente a otros (*neminem laedere*).

Para establecer entonces la ilicitud de la conducta habrá que determinar si existe una lesión a valores o derechos protegidos jurídicamente. Al considerarse que el derecho a la honra y a la vida privada (donde puede incluirse el derecho a la imagen), están recogidos por la Constitución, parece claro que toda acción u omisión que los vulnere puede ser reprobada como injusta e ilícita.

Pero pueden haber circunstancias que excluyan esa antijuridicidad y que funcionen a la manera de las causales de justificación del Derecho Penal”.<sup>83</sup>

En cuanto a las causales de justificación que permiten captar, reproducir o difundir la imagen ajena, nos remitimos a lo señalado precedentemente en relación con el interés informativo y el consentimiento del titular de la imagen.

En relación con el daño que deberá producir la conducta que lesione el derecho a la propia imagen, se deberá señalar que rige el principio de que todo daño debe ser indemnizado y que respecto de la lesión de la propia imagen procede la reparación del daño patrimonial y del daño moral.<sup>84</sup>

82 González, Jaime, *El derecho a la intimidad privada*, Editorial Andrés Bello, 1ª edic., Santiago, 1972, pág. 74, admite la utilización de la indemnización civil como mecanismo de protección de la imagen cuando señala que “la violación o ataque a cualquiera de los derechos de la personalidad, tales como la vida, el honor, el nombre, la imagen, la intimidad de la vida privada, etc., y que produzca daño al afectado, debe ser indemnizado, sea éste de carácter moral o patrimonial”.

83 Corral, Hernán, “Derechos al honor, vida privada e imagen y responsabilidad civil por los daños provocados por las empresas periodísticas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción*, vol. V, N° 5, 1996, pág. 87.

84 Cfr. Corral, Hernán, op. cit., pág. 93.

En lo tocante a la evaluación del daño y la fijación del monto de la indemnización, corresponderá a los tribunales una vez que se constate la responsabilidad civil, en consideración a los elementos del caso concreto.<sup>85</sup>

En cuanto al daño patrimonial, la indemnización tendrá un carácter reparatorio y debe restituir el valor de la pérdida o menoscabo que ha sufrido la víctima. En tanto que, respecto el daño moral, la indemnización es solamente compensatoria y, por lo tanto, no puede pretender sustituir el sufrimiento producido.<sup>86</sup>

### ***5. La jurisprudencia del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social.***

El Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social fue creado por los propios Medios de Comunicación en 1991, con el objeto de “velar por la plena existencia y desarrollo de las libertades de opinión y de información y, en ese espíritu, procurar que los medios de comunicación social las ejerzan con sujeción a los principios éticos que, lejos de restringirlas, las fortalezcan”.<sup>87</sup>

Una importante labor desarrolla el citado Consejo, en cuanto constituye una instancia de autorregulación de la actividad periodística, para que en todo momento ésta se enmarque dentro de los parámetros de la ética.

En otro orden de ideas, habrá que tener en consideración que este Consejo de Ética no podrá considerarse como un Tribunal que ejerza jurisdicción sobre los Medios de Comunicación Social, pues de otro modo se vulneraría el artículo 19 N°3, inciso 4° de la Constitución Política de la República, que señala que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, y que consagra el “principio de la legalidad del tribunal” entre las garantías del debido proceso.<sup>88</sup>

85 En este sentido parecerá del todo atinente la opinión de Román, Antonio, “Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad”, en *Revista de Derecho Privado*, abril, 1989, pág. 326, quien señala que “todo esto exige, por tanto, un análisis prudente y objetivo de estas situaciones, que, a nuestro entender, habrá de resolverse más en el estudio del caso concreto que en la construcción de categorías y conceptos jurídicos que pretenden utilizarse para calificar el ámbito de esta particular responsabilidad civil.

Nos encontramos ante una esfera jurídica en la cual el Derecho se manifiesta, una vez más, como técnica de auxilio al desenvolvimiento de la propia vida del hombre, interpretando y calificando las conductas humanas y estableciendo medidas de amparo para los intereses lesionados, intereses que se estiman dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico. De ahí que hayan de aproximarse las normas de las leyes civiles a la problemática que presente el caso concreto; lo cual determinará, como luego veremos, que sean de decisiva utilidad los criterios jurisprudenciales. En este ámbito se aprecia, con mayor intensidad, la tendencia a la elaboración de un “Derecho jurisprudencial”, siguiendo la terminología empleada por el profesor J.L. de Los Mozos, aumentando el valor y la autoridad de la sentencia judicial; fórmula que, con gran éxito, se ha utilizado en la tradición jurídica anglosajona en el planteamiento y resolución de la problemática jurídica que nos ocupa”.

86 Cfr. Corral, Hernán, *El respeto a la vida privada ante el Derecho Civil. Reconstrucción dogmática de su fundamento, contenido, límites y mecanismos de tutela jurisdiccional*, Proyecto Fondecyt N°198006, Santiago, 2000, págs. 244-245.

87 Resolución pronunciada con fecha 9 de diciembre de 1992 ante la solicitud presentada por el Director Ejecutivo de Televisión Nacional de Chile.

88 Cfr. Peña, Marisol, “La jurisprudencia de valores emanada del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pág. 631.

De lo anterior se desprende que las sanciones impuestas por el Consejo sólo tendrán por objeto encauzar el ejercicio de las libertades de opinión y de información, en conformidad con los principios de la ética, sin que puedan exigirse coercitivamente.<sup>89</sup>

En esta perspectiva resulta de especial importancia para nuestro estudio y, en definitiva, para una adecuada utilización de la imagen humana por parte de los Medios de Comunicación Social, el Dictamen N°17 del Consejo de Ética, sobre publicación de fotografías.<sup>90</sup>

En este dictamen, el Consejo señaló como criterios de captación y utilización de la imagen los siguientes:

- “1.- Los medios en general, no podrán difundir imágenes, ilustraciones o fotografías que sean falsas, de hecho o ideológicamente, con respecto a la realidad que pretenden mostrar; trucadas o alteradas; pornográficas; inductivas a la violencia, al odio o a los prejuicios raciales, sociales o de cualquier otra naturaleza. Se admite, sin embargo, el retoque de imágenes, ilustraciones o fotos antiguas o semidestruídas, o de mala calidad, siempre que no induzca a error tocante a lo que verdaderamente exprese el original retocado. Se admite asimismo la alteración o trucaje con fin exclusivamente humorístico y siempre que sean notorios sin necesidad de advertencia. Salvo este caso preciso, deberá advertirse al público cualquier alteración de las imágenes, ilustraciones o fotos.
- 2.- Los medios, en general, no podrán difundir imágenes, ilustraciones o fotografías de personas, que permitan su identificación, y que puedan herir su fama, su dignidad o su privacidad, sin autorización previa y expresa del afectado. Se excluyen de esta regla los casos de trascendencia social en que las identidades de las personas intervinientes tengan importancia informativa, pero esta excepción no se aplicará en ningún caso a los parientes de dichas personas”.

En tanto que, con fecha 11 de noviembre de 1992, pronunció un dictamen en relación con la denuncia formulada en contra del diario “La Tercera de la Hora” por dos estudiantes de periodismo por la utilización de sus fotografías en un reportaje sobre los jóvenes y el alcoholismo en el suplemento “La Escalera” de dicho diario, incumpléndose el compromiso verbal previo en el sentido de que las caras de los fotografiados aparecerían cubiertas para evitar que pudieran ser reconocidos y se les atribuyera el carácter de alcohólicos.

89 *Ibíd.*

90 Dictamen del 31 de marzo de 1994, sobre publicación de fotografías, en respuesta a petición de agencias fotográficas.

En esta ocasión, el Consejo de Ética dictaminó que “es obligación de todo medio, al reproducir fotos o escenas simbólicas, que se dé a conocer esta circunstancia con claridad, mediante una leyenda o explicación adjunta”.<sup>91</sup>

En sentido análogo, el Dictamen N°13, sobre ética y periodismo de investigación señaló que “si para ilustrar los reportajes periodísticos de investigación, fuere necesario emplear fotografías simbólicas o efectuar dramatizaciones que reproduzcan simbólicamente ciertos hechos reales, será de rigor enunciar al pie de la fotografía o de la imagen televisiva esta circunstancia”.<sup>92</sup>

Finalmente, será de relevancia destacar el pronunciamiento de fecha 31 de marzo de 1994, que señala que “los medios de comunicación deben:

a) Abstenerse de reproducir imágenes de una persona cuando ésta, por cualquier medio, exprese su voluntad contraria a ser filmado, fotografiado o bien, de que su imagen sea utilizada de cualquier otra manera”.<sup>93</sup>

Digno será de destacar el hecho de que la labor del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social ha permitido que se haga más efectiva aún la plena vigencia del principio de supremacía constitucional que “no supone solamente el cumplimiento y acatamiento material de los preceptos de la Carta Fundamental, sino que la aplicación cabal de ésta conforme al espíritu que la anima, y que traduce el ideal de derecho vigente en la colectividad. Ese ideal –como se ha expresado– refleja el consenso social existente en torno a un conjunto de principios y de valores conforme a los cuales esa colectividad ha querido desarrollar su convivencia.

Cuando el valor fundamental que preside la convivencia en sociedad e informa la Constitución como un todo sistemático de normas es la dignidad del ser humano, particular relevancia adquiere la jurisprudencia de un órgano que no tiene rango constitucional, pero cuya preocupación y tarea preponderante giran en torno a la defensa de valores y, particularmente, del aludido”.<sup>94</sup>

91 Dictamen de 11 de noviembre de 1992, en relación con denuncia presentada ante el Consejo en contra del diario “La Tercera de la Hora”, por faltas a la ética contenidas en la publicación del suplemento “La Escalera”.

92 Dictamen de 28 de julio de 1993, sobre ética y periodismo de investigación, en respuesta a petición del señor Washington Torrealba.

93 Dictamen de 31 de marzo de 1994, pronunciado en contra de Televisión “La Red”.

94 Peña, Marisol, op. cit., pág. 633.