



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

LATHROP Gómez, FABIOLA

EL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE. UNA MIRADA
CRÍTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS
ESTATUTOS NORMATIVOS IBEROAMERICANOS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA
Y DE LA ADOLESCENCIA

Revista Chilena de Derecho, vol. 40, núm. 3, septiembre, 2013, pp. 929-952

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177030099007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE. UNA MIRADA CRÍTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS ESTATUTOS NORMATIVOS IBEROAMERICANOS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

CHILDREN AND ADOLESCENT'S RIGHT OF PERSONAL PORTRAYAL IN CHILE. A CRITICAL INSIGHT IN LIGHT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND LATIN AMERICAN REGULATORY STATUTES OF COMPREHENSIVE PROTECTION OF INFANCY AND ADOLESCENCE

FABIOLA LATHROP GÓMEZ*

RESUMEN: La inexistencia de normativas específicas, tanto a nivel nacional como internacional, de protección del derecho a la imagen como derecho autónomo de la personalidad, en especial a favor de niños, niñas y adolescentes, ha generado graves problemas frente a la sanción de conductas lesivas de este derecho. El no contar con regulación especial al respecto, sino solo con normativas genéricas derivadas de escasas normas constitucionales y civiles existentes referidas a otros derechos conexos, ha dificultado, en efecto, la determinación de elementos claves para sancionar estas conductas. Esta situación ha sido objeto de crítica en la doctrina y en la jurisprudencia modernas, las cuales han realizado un esfuerzo por otorgar a este derecho una fisonomía jurídica independiente, esfuerzo que se ha visto reflejado en las últimas Leyes y Códigos de protección integral de la Infancia y de la Adolescencia publicadas en Iberoamérica.

Palabras clave: Derecho a la Imagen, Infancia, Niñez, Adolescencia.

ABSTRACT: The absence of a specific regulation, both domestically and internationally, of the right of personal portrayal as an independent personality right, especially for children and adolescences, has caused serious problems facing the punishment of harmful behaviors this right of personality, for not having a special laws, but only with generic rules derived from the few existing constitutional and civil rights, has hampered, in fact, the determination of key elements to punish such conducts. This situation that has been reviewed by the effort of recent case law and practice in the construction of the independent appearance of this law, an issue that has been reflected in the latest laws and Codes published in Latin America regarding the comprehensive protection of infancy and adolescence.

Key words: Right of Personal Portrayal, Infancy, Childhood, Adolescence.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Abogada, Universidad de Chile; Investigadora Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: fabiola.lathrop@uccentral.cl.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS CASOS DE “CISARRO” Y DE “NATY”

“Cisarro” es el apodo con que en el año 2008 se conoció en Chile a un niño de 10 años, cuyo nombre completo y verdadero –e, incluso, su fotografía– es posible determinar actualmente ingresando a buscadores de internet.

Los medios de comunicación informaron de la participación de este niño en un asalto a un reconocido economista de la capital, situación que desencadenó gran interés de la prensa por conocer el contexto familiar de “Cisarro”. De esta forma, pudo saberse que su madre había sido formalizada por microtráfico de drogas; que era el octavo de diez hermanos; que los mayores de ellos –de 16 y 13 años– tenían antecedentes por consumo de pasta base; que otras hermanas habían sido víctimas de violencia intrafamiliar y se encontraban internas en un hogar; que su padrastro había estado encarcelado; y que la última vez que había visto a su padre biológico, “Cisarro” tenía un año de edad.

La televisión reprodujo repetidamente la imagen del niño saliendo de un tribunal, rodeado por cámaras y periodistas, propinando a estos puntapiés y empujones. Luego de que fuera internado en un centro del Servicio Nacional de Menores (SENAME), se supo, también a través de la prensa, que había sido “rescatado por sus compañeros de banda delictual”. Incluso, pudimos conocer el contenido de los propios informes psicológicos encargados por SENAME, luego que estos se filtraran a la prensa.

Un poco antes, el año 2007, conocimos el caso “Wena Naty”, referido a la grabación y posterior difusión de un video en el cual una adolescente de 14 años realizaba sexo oral a un joven de 17 en un parque; situación que habría acarreado la expulsión de “Naty” de su establecimiento educacional, y luego, la formalización del joven que efectuó las grabaciones con su celular y de los administradores de la página web en la cual se difundió el video, por los delitos de producción y distribución de material pornográfico infantil, respectivamente.

Ambos casos produjeron gran impacto mediático, pasando a formar parte de la memoria colectiva nacional. En mi opinión, el primero constituye un caso paradigmático de la forma en que la prensa chilena contribuye a la criminalización de la pobreza, mientras que el segundo, lo es de la estigmatización social que puede producir la difusión inadecuada de la imagen de una persona en nuestro país¹.

Por otra parte, en los casos reseñados, los medios de comunicación, en el ejercicio de la libertad de prensa y amparados por una escasa regulación legal, vulneraron el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a la imagen, de este niño y de esta adolescente². El reclamo de voces que denunciaron estas violaciones no fue suficiente para detener el grave daño causado a los derechos de la personalidad de “Cisarro” y de “Naty”³, cuyas consecuencias siguen produciéndose hasta el día de hoy.

¹ Al respecto, desde el periodismo se ha afirmado que todo contenido mediático ejerce una suerte de persuasión al mostrar una determinada visión de la realidad al receptor. Se sostiene que la televisión es una tecnología del imaginario que, día tras día, produce y reproduce cultura, a través de sus contenidos narrativos, informativos y de entretenimiento. Cfr. Pou (2008) p. 339.

² En efecto, no todos los medios de comunicación procuraron disimular adecuadamente el rostro de estos menores de edad al difundir sus imágenes, por lo que sus rasgos faciales eran fácilmente identificables y reconocibles.

³ En este sentido, resulta interesante la opinión del jurista argentino D’ANTONIO, quien asevera que el derecho

Pues bien, situaciones como las descritas motivaron el análisis de las Leyes de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia en Iberoamérica, de la normativa internacional de Derechos Humanos aplicable, y de cierta doctrina y jurisprudencia relevante, constatando lo que paso a exponer en estas páginas.

2. EL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El derecho a la imagen está vinculado al derecho a la intimidad y al derecho al honor, entre otros derechos de la personalidad. Todos ellos pueden resultar *eventualmente* lesionados –sea en bloque o separadamente– en virtud de un mismo acto vulneratorio, razón por la cual, a continuación, trataré de precisar brevemente la naturaleza de estos derechos potencialmente conectados⁴.

En primer término, la libertad de intimidad, a juicio de Bidart⁵, es una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, en virtud de la cual pueden excluirse las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado de ciertos aspectos por parte de terceros; así como también, en razón de esta esfera de reserva, se pueden llevar a cabo acciones autorreferentes que caigan en ese conocimiento público.

En este sentido, siguiendo a Basterra⁶, podemos decir también que el derecho a la intimidad permite a un individuo retraer de la publicidad o del conocimiento de terceras personas, ciertas manifestaciones que reserva para un espacio íntimo. A mayor abundamiento, este derecho no comprendería solo el derecho a no ser molestado o a no ser conocido en algunos aspectos por los demás, sino también poder controlar el uso que otras personas hacen de la información concerniente a sí mismo.

El derecho al honor, en cambio, es el derecho a ser respetado ante sí mismo y ante los demás, con fundamento en la dignidad personal; comprendiendo en ello el *honor subjetivo*, que es la autovaloración, es decir, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia; y el *honor objetivo*, que es el buen nombre o la buena reputación adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia que se trate, dentro del ámbito social en el que se desenvuelve. De esta forma, vinculando el derecho al honor y el derecho a la intimidad, puede decirse que para que exista vulneración del

a la intimidad de los niños tiene primacía en relación a la libertad de prensa, sosteniendo que es el derecho del niño el que cabe privilegiar. En efecto, según este autor, la jurisprudencia de este país ha afirmado que este derecho tiene mayor preponderancia constitucional, desde la perspectiva del orden jerárquico de los derechos civiles. Cfr. D'ANTONIO (2009) p. 446.

⁴ Al respecto, quisiera prevenir al lector que las reflexiones efectuadas en este trabajo provienen del Derecho de la infancia y de la adolescencia. Por esta razón, las referencias de carácter constitucional relacionadas con el derecho a la imagen son generales, habiéndose preferido reconducir a doctrina especializada en ello.

⁵ Cfr. BIDART (2001) p. 51. Por su parte, ALBALADEJO define derecho a la intimidad como “el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado” ALBALADEJO (1996) p. 66. Por último, DE CUPIS señalaba, en la década de los sesenta, que el derecho a la esfera secreta de la propia personalidad –*diritto della riservatezza*– comprendía dos aspectos: derecho a la imagen y derecho al secreto. Cfr. DE CUPIS (1960) p. 48.

⁶ Cfr. BASTERRA (2012) pp. 150-151.

derecho a la intimidad, los hechos difundidos deber ser *verdaderos*, pues si la información difundida resulta falsa o errónea, lo que se está afectando es el derecho al honor o la honra⁷.

En cuanto al derecho a la imagen, en particular, la doctrina distingue tres etapas de desarrollo. La primera, que va entre 1839 y 1900, se caracteriza porque este derecho es considerado como un aspecto particular de otro derecho, esto es, el derecho de autor. La segunda, que comprende los años 1900 a 1919, influenciada por la doctrina alemana, considera el derecho a la imagen como un bien esencial de la persona. La tercera, en cambio, que abarca los años 1920 a 1948, lo vincula a los derechos de la personalidad y a los derechos humanos⁸. Es esta última concepción del derecho a la imagen la que inspira las reflexiones contenidas en estas páginas.

Al respecto, la evolución normativa argentina de este derecho evidencia las etapas enunciadas. Así, el actual proyecto de Código Civil y Comercial de este país, haciéndose eco de la crítica doctrinal sobre la ausencia de regulación del derecho a la imagen y su restricción al tratamiento de cierto tipo de propiedad como es el derecho de autor, establece en su art. 53⁹ que “*para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento (...)*”.

En efecto, en concepto de Saltzer¹⁰, esta norma vendría a identificar el acto ilícito vulneratorio del derecho a la imagen comprendiendo no solo la reproducción de esta última sino su sola captación, en el entendido de que esta tiene entidad suficiente para generar daño al menos extrapatrimonial a la persona. Además, este artículo reconocería también, dentro del derecho a la imagen, la captación o reproducción de la voz propia, pues al contenido material de la imagen se agregan contenidos inmateriales, como la *individualidad*, esto es, la alusión a alguien concreto, único y diferente de los demás; la *individualización*, es decir, aquello que apunta la función identificadora; y la *reconocibilidad*, esto es, la posibilidad de ser percibido por particulares rasgos individualizadores e identificadores. Cabe recordar en este último punto, que la doctrina clásica entiende que el derecho a la imagen implica la prerrogativa de los individuos para impedir que se reproduzca su *aspecto físico* a través de cualquier medio sin su consentimiento, es decir, incluye como ámbito de protección lo visual o lo gráfico, no así la voz¹¹. De esta forma, en la norma proyectada argentina, se observaría una ampliación importante del concepto tradicional de la imagen y de su protección jurídica.

En general, en la regulación del derecho a la imagen, independientemente de la edad del sujeto titular del mismo, existen dos tendencias. De acuerdo con una de ellas, este derecho existe plena e independientemente de otros derechos; para la otra, en cambio, el

⁷ BASTERRA (2012) pp. 151-152.

⁸ BASTERRA (2012) pp. 152-153.

⁹ La norma completa reza así: “*Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general*”.

¹⁰ Cfr. SALTZER (2012) p. 55.

¹¹ SALTZER (2012) p. 55.

derecho a la imagen no existe como tal, y la persona de cuya imagen otros han obtenido *provecho* solo puede reclamar su protección si resulta perjudicada en su prestigio moral.

El primer punto de vista lo encontramos acogido en el art. 15 del Código Civil peruano, de 1984, que distingue, por una parte, el derecho a la imagen y, por otra, el derecho al honor, el decoro o la reputación. En efecto, esta norma expresa que la violación del primero de estos derechos puede importar la vulneración de los segundos, pero solo eventualmente, de manera que les otorga fisonomías jurídicas diversas, protegiéndolos de forma separada¹².

La segunda tendencia descrita es acogida en el Código Civil boliviano, de 1975, que prescribe, en su art. 16¹³, que el juez, a solicitud de la parte interesada, puede ordenar el cese de un hecho lesivo cuando se comercia, publica, exhibe o expone su imagen, exigiendo que con ello se afecte su reputación o decoro. Es decir, esta norma concebiría el acto como ilícito siempre que a través de la imagen se vulnere la reputación o el decoro.

Entre ambas posturas, la primera me parece más garantista en cuanto procura proteger de forma más completa a la persona humana y sus distintas facetas y esferas de actuación y realización de su dignidad. Por otra parte, el distinguir claramente los contornos de estos derechos de la personalidad, cuya infracción suele lesionar derechos de la personalidad conexos, otorga mayor certeza jurídica al determinar los supuestos de vulneración y establecer las eventuales sanciones de indemnización de perjuicios que procedan.

Por último, cabe señalar que el Derecho internacional no protege directa y expresamente el derecho a la imagen. En efecto, es posible encontrar en él normas relativas a la protección de la vida privada y familiar, aunque no sobre el derecho a la imagen en particular. Esta situación se debe a que constituye una característica de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, el que su redacción positiva no recoja expresamente la evolución doctrinal del contenido de estos derechos. En todo caso, si bien los textos de estos instrumentos puedan no evidenciar el dinamismo con que la voz experta los va desarrollando, sus disposiciones deben ser interpretadas de forma evolutiva¹⁴.

¹² El art. 15 del Código Civil peruano establece que “*La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.*”

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

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde”.

¹³ La norma citada prescribe que “*Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.* Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona”.

¹⁴ Así, por ejemplo, de las normas de interpretación contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica se desprende el carácter evolutivo de este instrumento. En efecto, su art. 29 establece: “*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir*

En este sentido, los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵, el art. 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁶, los arts. 14.1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷, y el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica¹⁸, se refieren a la vida privada de la persona, de su familia, a su domicilio y/o su correspondencia, a la honra y a la reputación, mas no al derecho a la imagen en específico.

En particular, en cuanto a este último instrumento mencionado, cabe señalar que sobre la aplicación e interpretación de su art. 11, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia recaída en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, ha señalado que el Pacto de San José de Costa Rica “*prohíbe toda injerencia arbitraria, o abusiva en la **vida privada** de las personas (...)*”, que “*el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*”, y que esta norma “*reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la **honra o reputación** e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques*”¹⁹.

Asimismo, esta Corte, en el caso *Escué Zapata contra Colombia*, mediante sentencia de 4 de julio de 2007, señaló que “*si bien el artículo 11 de la Convención se llama “Protección de la Honra y de la Dignidad”, este tiene un contenido más amplio que incluye la protección del*

la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁵ Esta norma establece que “*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*”.

¹⁶ Este artículo prescribe que “*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”.

¹⁷ Estas normas establecen lo siguiente: “*Art. 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores*”; “*Art. 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.

Con respecto a este último artículo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “*(...) el término “ilegales” del art. 17 de este Pacto significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los estados solo puede lugar en virtud de la ley que, a su vez, debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto*”. Observación General N° 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988) (párrafo 3).

¹⁸ Esta disposición ordena lo siguiente: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

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

¹⁹ *Tristán Donoso contra Panamá* (2009).

domicilio, de la vida privada, de la vida familiar y de la correspondencia”, sin mencionar expresamente el derecho a la imagen²⁰.

En cuanto al ámbito de la Niñez y de la Adolescencia, los arts. 16 y 40 inc. 2° b) vii de la Convención de los Derechos del Niño²¹, establecen la obligación de respetar la vida privada de este, la de su familia, su domicilio, su correspondencia, su honra y su reputación.

Asimismo, en el ámbito penal en especial, el art. 87 letra e) de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad²², establece que en el desempeño de sus funciones, el personal de los centros de detención deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores y, en especial, la intimidad de estos.

Como puede observarse, no existe una protección particular del derecho a la imagen en la normativa internacional –tanto universal como regional– relativa a niños, niñas y adolescentes. En efecto, estos instrumentos aluden solo al derecho a la intimidad del niño, la cual solo alcanza cierto grado de especificidad en el ámbito penal.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible encontrar en la jurisprudencia extranjera, decisiones judiciales que, invocando normativa internacional atingente, han arribado a interpretaciones garantistas de los derechos de niños, niñas y adolescentes, efectuando un esfuerzo por determinar y proteger las especiales dimensiones de los derechos de estos sujetos. Es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en un fallo de 2004 –que confirma el emanado de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Civil–, que decidió acoger la demanda de reparación de daño moral promovida en nombre y representación de un menor de edad, como consecuencia de la afectación de derechos personalísimos producida por la difusión televisiva del juicio oral y público seguido en contra de su padre, debido a que dicho menor de edad habría sido identificado mediante fotografías que eran totalmente ajenas al acta de debate cuya filmación fue autorizada.

En este fallo, la Corte desestimó el argumento de los demandados en cuanto a que la afectación no se había producido porque el niño no había visto el programa televisivo, señalando que cuando lo afectado es el honor, la intimidad, la imagen u otro derecho subjetivo extrapatrimonial, la proyección existencial de la persona resulta menoscabada aun cuando esta no lo comprenda o perciba actualmente²³.

²⁰ Escué Zapata contra Colombia (2007).

²¹ Estas normas señalan lo siguiente: “Art. 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”; “Art. 40.2 b) vii. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

²² Esta regla ordena que “En el desempeño de sus funciones, el personal de los centros de detención deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores y, en especial: e) Todo el personal deberá respetar el derecho de los menores a la intimidad y, en particular, deberá respetar todas las cuestiones confidenciales relativas a los menores o sus familias que lleguen a conocer en el ejercicio de su actividad profesional”.

²³ Fallo citado en GIL *et al.* (2006) pp. 245-246.

En esta misma línea, un año antes, el 31 de agosto de 2003, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de Argentina, conociendo un caso en que se había requerido el consentimiento de los demandantes para exhibir fotografías de sus hijos menores de edad para una publicación que, finalmente, había resultado referirse a la clonación, extralimitando la temática para la cual se había prestado dicho consentimiento, estimó que el hecho de no haberse individualizado a los niños no obstaba al daño causado, señalando que no importaba si la persona resultaba o no conocida por otros ni si cambió el aspecto o fisonomía por el transcurso del tiempo y la edad.

En suma, la autonomía conceptual del derecho a la imagen y la construcción de una fisonomía que le sea propia debe, fundamentalmente, a un esfuerzo doctrinal de las últimas décadas. Esto se ve reflejado en la reciente publicación de cuerpos normativos de protección de la Infancia y de la Adolescencia en Iberoamérica, tal como se analizará enseguida.

3. EL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS ESTATUTOS NORMATIVOS IBEROAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

Como señalé en la introducción de este trabajo, ciertas situaciones mediáticas pueden llevar a reflexionar cómo y en qué medida los niños, niñas y adolescentes tienen protegidos sus derechos de la personalidad. Ante esto, efectuado un análisis exhaustivo de las Leyes de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia en Iberoamérica, puede concluirse lo que indico a continuación.

En primer lugar, estos cuerpos legales consagran diversos principios informadores de los sistemas nacionales de protección de la Infancia y de la Adolescencia de sus países, sistemas que buscan garantizar efectivamente la satisfacción de estos derechos.

En segundo lugar, estas leyes y códigos consagran, especialmente, catálogos de derechos, entre los cuales destaca la inclusión –particularmente en las leyes más recientes de nuestra región– de derechos económicos, sociales y culturales, que se suman a los de carácter civil ya reconocidos, y a los de índole política también enunciados (aunque de forma más escasa estos últimos).

En cuanto a los derechos de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, puede afirmarse que ellos se encuentran, en su gran mayoría, mencionados en el elenco de estos catálogos. En particular, el derecho a la imagen suele estar asociado a los derechos de intimidad personal y familiar, a la vida privada y familiar, a la honra de la persona y su familia, y al honor. En efecto, al igual que lo que se advierte del análisis de la doctrina especializada comentada anteriormente, el derecho a la imagen se ha perfilado solo recientemente como un derecho independiente, de naturaleza definida y autónoma frente a otros que le están emparentados.

Por otro lado, los contextos que suelen identificarse en estas leyes como áreas en que potencialmente pueden vulnerarse estos derechos, son los medios de comunicación y contextos judiciales de carácter penal en que pudieran estar involucrados, directa o indirectamente, menores de edad. En cuanto al primero de estos ámbitos, cabe señalar que varios ordenamientos, regulando la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes,

establecen un mandato de abstención a los medios de comunicación, en cuanto a no presentar contenidos que pudieren causar daño a estos sujetos, por lo que, con ocasión de la protección del derecho a la imagen y otros derechos vinculados a ella, se limita la naturaleza de ciertas emisiones, garantizando así la indemnidad de otros bienes jurídicos, como la integridad psicológica de los niños, niñas y adolescentes.

Así, en el contexto iberoamericano, España fue uno de los primeros países en legislar en la materia a través de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Esta ley, como la gran mayoría de las legislaciones relativas a la Infancia y a la Adolescencia en Iberoamérica, se refiere al derecho a la imagen conjuntamente con el derecho al honor y a la intimidad (ha sido la doctrina especializada quien le ha concedido naturaleza autónoma). Por otra parte, limita el supuesto de hecho de la norma a vulneraciones cometidas en los medios de comunicación y siempre que la utilización de la imagen menoscabe la honra o la reputación. En efecto, esta ley considera como intromisión ilegítima al derecho al honor y a la intimidad, solo aquella utilización de la imagen o del nombre de una persona en los medios de comunicación²⁴.

En este caso, vemos cómo el derecho a la imagen no guarda total independencia frente a otros derechos que pudieran estarle emparentados en determinadas violaciones, pero que no necesariamente se entienden vulnerados de forma simultánea.

Una tendencia a otorgarle fisonomía propia y protección específica al derecho a la imagen en Iberoamérica, puede desprenderse del análisis de leyes más recientes, sean de aplicación general, o bien, específica para niños, niñas y adolescentes.

En este último ámbito, se encuentra la ley salvadoreña –Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, de 2009– que establece en su art. 46 que “*se prohíbe, a través de cualquier medio, divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en contra de su voluntad y sin el conocimiento y aprobación de sus madres, padres, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones que lesionen el honor o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad personal y familiar*”. Como puede advertirse, esta norma no limita el supuesto de hecho a los medios de comunicación, y contrapone la utilización de la imagen a la lesión del honor y reputación, con lo cual se entiende que otorga al primero una naturaleza diversa que la atribuida a los segundos²⁵.

²⁴ El art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece que “*Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*”.

²⁵ La amplitud con que esta ley determina los ámbitos en que este derecho puede vulnerarse se ve reflejada en su art. 47, en cuanto, refiriéndose a las prohibiciones específicas frente a la utilización de la imagen y afectación de la intimidad personal de niñas, niños y adolescentes, prohíbe la utilización de la imagen de niñas, niños y adolescentes en: “*a) Programas, mensajes publicitarios y producciones de contenido pornográfico; b) Programas, mensajes publicitarios y producciones cuyos contenidos inciten a la violencia o sean inadecuados para su edad; c) La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que de manera directa o indirecta identifiquen a las víctimas de maltrato o abuso; d) La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación directa o indirecta o la individualización de una niña, niño o adolescente víctima de cualquier delito; y, e) La publicación del nombre, así como de la imagen de las niñas, niños o adolescentes procesados o sentenciados por delitos o faltas*”.

En esta misma línea se encuentra Venezuela, cuya Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de 2007, en su art. 65, consagra que se prohíbe exponer o divulgar, *a través de cualquier medio*, la imagen de niños, niñas y adolescentes, es decir, no restringe el supuesto normativo a los medios de comunicación; y, por otra parte, prohíbe exponer o divulgar no solo la imagen sino los datos o informaciones relativos a estos sujetos, que lesionen su *honor o reputación* o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar. Es decir, esta norma, al igual que la ley salvadoreña, reconoce la autonomía e independencia del derecho a la imagen y del derecho al honor, al regularlos de forma separada²⁶.

Por último, en cuanto al contexto en que estos derechos pueden resultar vulnerados, se refiere expresamente al ámbito penal, la propia ley venezolana, en cuanto prohíbe exponer o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a niños, niñas y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de *hechos punibles*²⁷.

²⁶ Esta norma reza así: “Se prohíbe exponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen de los niños, niñas y adolescentes contra su voluntad o la de su padre, madre, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones, a través de cualquier medio, que lesionen el honor o la reputación de los niños, niñas y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

²⁷ El mencionado artículo 65 continúa estableciendo: “Está prohibido exponer o divulgar, por cualquier medio, datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los niños, niñas y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de hechos punibles, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad u orden público”.

En la misma tendencia de protección del derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes, se encuentran diversos países latinoamericanos que han iniciado un proceso de codificación del Derecho de Familia y del Derecho de la infancia y de la adolescencia. Así, en República Dominicana, el Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de 2003, establece en su art. 26, que “Se prohíbe disponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen y datos de los niños, niñas y adolescentes en forma que puedan afectar su desarrollo físico, moral, psicológico e intelectual, su honor y su reputación, o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada e intimidad familiar o que puedan estigmatizar su conducta o comportamiento”.

Asimismo, en Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, de 2003, establece en su art. 51, referido al derecho a la libertad personal, dignidad, reputación, honor e imagen, que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete:

a) Su libertad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los progenitores y responsables de sus cuidados los orientarán en el ejercicio de este derecho; y,

b) Su dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia. Deberá proporcionárseles relaciones de calidez y buen trato fundamentadas en el reconocimiento de su dignidad y el respeto a las diferencias”. Y su art. 52, en especial en cuanto a las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen, proscribió: “1. La participación de niños, niñas y adolescentes en programas, mensajes publicitarios, en producciones de contenido pornográfico y en espectáculos cuyos contenidos sean inadecuados para su edad;

2. La utilización de niños y niñas o adolescentes en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso;

3. La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso;

4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan; y,

5. La publicación del nombre, así como de la imagen de los menores acusados o sentenciados por delitos o faltas.

Aun en los casos permitidos por la ley, no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien solo la dará si no lesiona los derechos de su representado”.

Como puede apreciarse, existen en Iberoamérica Códigos y Leyes de Protección Integral que se refieren específica y expresamente al derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes. El modo en que se protege el disfrute de estos derechos, y en general de las garantías establecidas en su favor, es el establecimiento de recursos de carácter judicial y administrativo, y de medidas de protección de carácter individual en situaciones de vulneración²⁸. A su vez, para la defensa de intereses colectivos que pudieran estar vinculados a estos derechos, estas leyes prevén una Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia. No existe, de esta forma, un mecanismo particular para el restablecimiento del derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes; salvo el caso de la ya mencionada ley salvadoreña, de 2009, que prevé, en su art. 48, un derecho especial de rectificación o respuesta, actuable judicialmente de forma personal o a través de su madre, padre, representantes o responsables. Esto último es interesante, en cuanto la posibilidad de actuación directa de niños, niñas o adolescentes ante los tribunales de justicia es un mecanismo que tiende a la garantía efectiva de sus derechos.

Por su parte, en Argentina se ha defendido también la posibilidad de censurar previamente actos potencialmente lesivos, en sede judicial, a través de la concesión excepcional de medidas precautorias y siempre que exista certeza respecto del daño, lesión del derecho anterior a la publicación, y que el acto verse exclusivamente respecto de noticias y no de ideas²⁹.

4. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

En Chile, el derecho a la imagen no está regulado de forma expresa y separada³⁰. Sin embargo, a la luz de dos numerales del art. 19 de nuestra Constitución, se ha desarrollado

²⁸ Este tipo de recursos y medidas se encuentran desarrollados en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas referidas a la Niñez y la Adolescencia. En especial, en cuanto a la posibilidad de impetrar medidas en casos de amenazas de violaciones de derechos, destaca la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061 de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, cuyos arts. 33 y 39 rezan así: “Art. 33. Medidas de protección integral de derechos. Son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”; “Art. 39. Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen”.

²⁹ Cfr. D’ANTONIO (2009) p. 437.

³⁰ La Doctrina civilista chilena ha abordado escasamente el derecho a la imagen. Dentro de ella destaca CORRAL, quien defiende la independencia de este derecho señalando que se trata de un bien jurídico particular y que debe ser tratado como un derecho autónomo e independiente. Cfr. CORRAL (2001) p. 161. En este mismo sentido, desde el Derecho Público, NOGUEIRA ha defendido la autonomía de este derecho, señalando que tutela la proyección exterior y concreta de la persona en su figura física visible independientemente de la afectación de su honra, de su vida privada y del eventual derecho de propiedad, dotando a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen sin intromisiones ilegítimas, en la medida que expresan cualidades morales de la

la normativa aplicable a la protección de derechos que le están vinculados: intimidad personal y familiar, vida privada, honra y honor. Así, a nivel constitucional, el art. 19 número 4 protege el “*respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”; disposición a la que suele vincularse el numeral 12, que garantiza “*la libertad de emitir opinión y la de informar (...), sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades (...)*”³¹.

Por otra parte, a nivel legal, existen disposiciones aisladas referidas a fotografías y retratos. En efecto, se ha intentado desprender del art. 34 de la Ley núm. 17.336, de 1970, sobre propiedad intelectual³², el reconocimiento del derecho a la imagen. Este artículo prescribe que corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra.

En mi opinión, esta norma protege de manera muy indirecta el derecho a la imagen, en relación a los límites que este profesional debe respetar en el ejercicio de su actividad. Así, en su primera parte, la disposición comentada se refiere al derecho del fotógrafo a exponer y comerciar “sus” fotografías (aquellas que no ha obtenido en virtud de un contrato), no estando facultado para vulnerar el derecho a la imagen que la persona fotografiada posee. En suma, se restringe a hechos lesivos de un profesional en específico, y entiende vulnerada la imagen de quien contrata sus servicios en los casos en que, existiendo relación jurídica entre el fotógrafo y su cocontratante, el objeto del derecho de este al retrato –fotografía o retrato– es expuesto, publicado o vendido (se entiende que sin el consentimiento de este cocontratante).

También a nivel legal, la Ley núm. 19.039, de 1991, sobre privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial, protegería indirectamente el derecho a la imagen al concepto de retrato. En efecto, establece en su art. 20 que “*no pueden registrarse como marcas comerciales el nombre, el seudónimo, el retrato de una persona natural cualquiera*”³³, salvo que medie consentimiento para ello.

En relación a la forma en que nuestro ordenamiento jurídico concibe el establecimiento de estos derechos, se han identificado los siguientes mecanismos, no excluyentes entre sí. En primer lugar, la existencia de un mecanismo compensatorio concretado en la

persona y emanaciones concretas de su dignidad. Cfr. NOGUEIRA (2007) p. 261. Sobre el derecho a la imagen, también desde la perspectiva del Derecho Público, puede consultarse también a PEÑA (2002) pp. 283-308.

³¹ Nuestra Carta Fundamental establece: “*La Constitución asegura a todas las personas: “4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (...) 12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.*”

³² Esta norma prescribe que: “*Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24.*”

La cesión del negativo o del medio reducción de la fotografía, implica la exclusivo reconocido en este artículo”.

³³ En efecto, esta norma reza así: “*No podrán registrarse como marcas: c) El nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido. Sin embargo, serán susceptibles de registrarse los nombres de personajes históricos cuando hubieran transcurrido, a lo menos, 50 años de su muerte, siempre que no afecte su honor.*”

Con todo, no podrán registrarse nombres de personas cuando ello constituya infracción a las letras e), f), g) y h).”

indemnización de perjuicios, sea en sede contractual o extracontractual. En segundo lugar, a través de una acción reparatoria destinada a que desaparezca o se rectifique el perjuicio que provoca la acción abusiva, materializado en el derecho de réplica, opción de formular descargos o retractación pública del ofensor. Y, por último, un mecanismo preventivo o represivo que opera para eliminar o suprimir la injerencia indebida y lesiva, que se manifiesta judicialmente en las medidas cautelares, o en la determinación de una sanción penal, respectivamente³⁴.

Lo anteriormente dicho se refiere a la regulación del derecho a la imagen en general, cualquiera sea su sujeto titular. Pues bien, este vacío legal resulta especialmente sensible y reprochable cuando el titular de este derecho es un niño, niña o adolescente.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico existe solo una débil mención a estos sujetos en el art. 33 de la Ley núm. 19.733, sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo —conocida como Ley de Prensa—, al establecer que “*se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la **identidad de menores de edad** que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de **delitos**, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella*”. Como se puede apreciar, el ámbito de protección del derecho a la imagen en esta norma es muy reducido, en tanto se refiere en general a la identidad de los menores de edad, es decir, no específicamente a su imagen, intimidad y/o honor. Por otra parte, alude solamente a menores de edad vinculados a la comisión de delitos³⁵; y, finalmente, limita el contexto de lesión de derechos a los medios de comunicación social, lo cual es lógico dado el objeto de regulación esta ley especial —la libertad de prensa—.

5. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE DERECHO A LA IMAGEN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La situación de desprotección legal del derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes queda en evidencia en las situaciones mediáticas comentadas en la introducción y también en nuestra jurisprudencia, en cuanto este derecho no adquiere ninguna dimensión especial de protección, ni sus infracciones son consideradas y sancionadas con mayor recelo que las cometidas contra mayores de edad³⁶. Esto resulta especialmente grave si considera-

³⁴ Cfr. PFEFFER (2000) p. 472.

³⁵ Esta norma agrega: “*Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación*”. Los delitos del Título VII del Libro II del Código Penal son el aborto, abandono de niños y personas desvalidas, crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas, violación estupro y otros delitos sexuales, ultrajes públicos a las buenas costumbres, incesto y celebración de matrimonios ilegales.

³⁶ Nuestra jurisprudencia se ha referido solo aisladamente al derecho a la imagen. Así, en *Caszely Carlos y otros contra Salo Editores* (1982), entiende que la imagen consiste en “(...) la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso (...)”, agregando que “(...) el derecho sobre la propia imagen podría ser una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo (...)”. Más recientemente, puede citarse *Christian Antonio Caroca Rodríguez contra Electrónica Sudamericana Limitada* (2009), en que se establece que el derecho a la propia imagen constituye “uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma”, estimando que el mecanismo de resguardo de este derecho se suministra al afectado mediante el art. 19 n°

mos que el bien jurídico protegido en el caso de niños, niñas y adolescentes reviste mayor importancia por tratarse de sujetos cuyas capacidades y autonomía se encuentran en desarrollo, lo que puede dejarlos en situaciones de indefensión.

Es más, como podrá apreciarse, varios de los casos que se comentan a continuación han tenido como sujetos responsables a organismos públicos, cuestión que resulta sumamente reprochable, pues es el Estado el que se encuentra llamado prioritariamente a satisfacer las garantías a que se refieren estas sentencias.

Un primer fallo data del 3 de agosto de 2000³⁷, emanado de la Corte Suprema, que decide sobre un recurso de protección entablado luego de que la Municipalidad de Arica utilizara una imagen que reproduce la foto de una niña de 10 años para una campaña publicitaria contra el maltrato infantil. La foto en cuestión había sido tomada tiempo atrás con ocasión de la participación de la madre de la niña en un programa nacional de Jefas de Hogar. El recurso entablado por el respectivo representante legal de la niña es rechazado por la Corte de Apelaciones de Arica, al estimar que de la foto no puede desprenderse que la niña ha sido maltratada. La Corte Suprema, por su parte, revoca la sentencia aplicando el art. 19 núm. 4 de la Constitución –referido al derecho a la honra–, sin ordenar medidas específicas de restablecimiento de derechos, al constatar que la publicidad había sido retirada.

Otro fallo, emanado de la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 3 de noviembre de 2004³⁸, se refiere a los siguientes hechos. Una de dos hermanas mellizas que se desempeñan como educadoras de párvulo en un jardín infantil del que son propietarias, adopta a una niña. Dicha madre y su hija adoptiva son entrevistadas para un reportaje que se publicará en una prestigiosa revista nacional. Sin embargo, con posterioridad, la fotografía que les habría sido tomada en esa oportunidad es reproducida en un calendario de CONACE (Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes). La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de apelación interpuesto afirmando que no hay conexión entre las drogas y la imagen reproducida. Por el contrario, la Corte Suprema establece que sí hay vulneración de derechos, pues la autorización de la madre se había otorgado solo para el mencionado reportaje, con lo cual ordena el retiro del calendario.

Por último, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, el 25 de octubre de 2010³⁹, falla un recurso de protección referido a la siguiente situación. Las madres de tres niños reclaman que una compañía telefónica ha empleado las fotos de sus hijos –quienes solían participar como modelos en campañas publicitarias– sin sus consentimientos. La Corte de

24 de la Constitución chilena, es decir, entendiendo que hay un derecho a la propiedad de la propia imagen, sin que esta dé lugar a un derecho diverso. Este fallo ha sido citado también como argumento de lo decidido, en *Cristian Iván Rocha Pardo contra Tandem S.A.* (2012). En cuanto a la propietarización del derecho a la imagen que sostiene el fallo de la Corte Suprema citado, NOGUEIRA afirma que ella no tiene justificación ni apoyo dogmático alguno y que cosa diversa es el que la propia persona, en casos específicos, consienta el uso comercial de su imagen, para lo cual se celebra un contrato. Cfr. NOGUEIRA (2007) p. 270.

³⁷ *Doris Campos contra I. Municipalidad de Arica* (2000).

³⁸ *María del Pilar Larraín Fuenzalida y María José Fuenzalida Larraín contra Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes “CONACE”* (2004).

³⁹ *Andrea Carolina Meyer Suazo y Viviana S. Hernández Alvarado contra Telefónica del Sur S.A.* (2010).

Apelaciones establece que esta es una materia de lato conocimiento que no cabe resolver mediante el recurso de protección.

Como vemos, los casos referidos a la imagen de niños, niñas y adolescentes conocidos por nuestros tribunales superiores de justicia son allegados a esta mediante la interposición de recursos de protección, es decir, no a través del ejercicio de mecanismos específicos de protección de sujetos menores de edad, y se refieren, como se desprende de las sentencias comentadas, más bien al derecho a la honra y a la existencia o no del consentimiento del representante legal en orden a disponer de la imagen del niño, niña o adolescente representado⁴⁰. Solo aisladamente se encuentran fallos que efectúan una interpretación acorde a los derechos de los especiales sujetos titulares involucrados, como el de 19 de agosto de 2010⁴¹, pronunciado por la Corte Suprema conociendo sobre un recurso de protección interpuesto a favor de dos niños, de 13 y 14 años, cuyas imágenes habían sido exhibidas en una página de Facebook, sindicándolos como partícipes de un saqueo producido con ocasión del terremoto del año 2010. La Corte Suprema revoca el fallo de la Corte de Apelaciones que había rechazado la protección, invocando el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño –mencionado más arriba–, referido a la situación de menores de edad involucrados en ilícitos penales.

6. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA DISPOSICIÓN DE CIERTAS PROYECCIONES DE SU DERECHO A LA IMAGEN

La doctrina chilena ha afirmado que ante la ausencia de legislación nacional sobre la procedencia de la representación en materias relacionadas con los derechos de la personalidad, no puede exigirse que el incapaz con discernimiento contribuya con su voluntad al consentimiento del representante; agregándose, sin embargo, que tratándose de un derecho tan vital como es el derecho a la imagen de una persona, el representante debe proceder con especial cuidado para no lesionar el interés del representado⁴².

⁴⁰ Al respecto, cabe señalar que un mecanismo eventualmente idóneo para proteger el derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes podría constituirlo el ejercicio de la potestad cautelar que la Ley de Tribunales de Familia núm. 19.968 concede al juez. Así, el inciso 1° del art. 22 de la mencionada ley establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”. En todo caso, cabe mencionar que este cuerpo legal no contiene medidas de protección especiales tendientes a resguardar derechos de la personalidad tales como el derecho a la vida privada, el honor, la intimidad y la imagen de niños, niñas y adolescentes.

⁴¹ Nicolás Alexis Alborno Aranedo y Martín Vicente Moreno Jorquera contra Fernando José Cuevas Mardones (2010).

⁴² Cfr. CORRAL (2001) p. 171. Este autor funda la exigencia de este especial cuidado en el art. 222 del Código Civil chileno, que establece que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés del niño. En efecto, este artículo señala que “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En mi opinión, la regla general debe ser la exigencia de esta suma diligencia de parte de los representantes en la celebración de actos de relacionados con los derechos de la personalidad de menores de edad representados. Es más, la aplicación del principio de autonomía progresiva en los actos de disposición de ciertas proyecciones –generalmente de índole económica– del derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes (y de otros de sus derechos de la personalidad), a mi parecer, refuerza el argumento de que la representación debe ser la regla excepcional en estas materias, puesto que el reconocimiento y protección de los diversos estadios evolutivos de las facultades de dichos representados, exige otorgar mayor protagonismo a estos últimos en la celebración de estos actos⁴³.

Así las cosas, en primer lugar, he de señalar que el reconocimiento del principio de autonomía progresiva en aspectos relacionados con el derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes, se vincula mayormente a la posibilidad de consentir, sin la representación o autorización de sus padres o representantes legales, en la celebración de actos en que, directa o indirectamente, se disponga de algunas proyecciones de su derecho a la imagen.

Existen, en este sentido, leyes de protección de la infancia y de la adolescencia que no efectúan reconocimiento expreso de este principio, exigiendo sus textos que concurra indefectiblemente el consentimiento paterno en todos estos actos. Existen también leyes que prescinden del asentimiento paterno solo a partir de cierta edad del niño, niña o adolescente. Por último, se encuentran ordenamientos que hacen referencia a categorías abstractas, como el de la “suficiente madurez”, para determinar la procedencia de la actuación individual, personal e independiente del niño, niña y adolescente en cuestiones relacionadas con su derecho a la imagen.

En general, las legislaciones de la infancia y de la adolescencia en Iberoamérica no establecen edades a partir de las cuales los niños, niñas y adolescentes puedan consentir libremente en la disposición de su derecho a la imagen. Así, en el contexto regional, aisladamente, es el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador de 2003, el cuerpo normativo que prescribe, en su art. 52, que: “(...) *Aun en los casos permitidos por la ley, no se podrá utilizar públicamente la imagen de un adolescente mayor de quince años, sin su autorización expresa; ni la de un niño, niña o adolescente menor de dicha edad, sin la autorización de su representante legal, quien solo la dará si no lesiona los derechos de su representado*”. Como he señalado, esta es una norma excepcional, en cuanto fija los 15 años como edad a partir de la cual es obligatoria la autorización expresa para ejercer actos respecto de un derecho de la personalidad, como es el derecho a la imagen de su titular.

Ejemplo de la otra tendencia descrita es la ley de El Salvador –Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, de 2009– que establece en su art. 46 que “*se prohíbe, a través de cualquier medio, divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en contra de su voluntad y sin el conocimiento y aprobación de sus madres, padres, representantes o responsables*”. Como se puede apreciar, esta ley exige copulativamente la vo-

⁴³ Este principio está consagrado en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece lo siguiente: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

luntad del niño, niña o adolescente y el conocimiento y aprobación de otros sujetos a cuyo cargo ellos se encuentran. Puede suponerse, a falta de texto expreso en este artículo, que la voluntad del sujeto menor de edad ha de exigirse copulativamente al consentimiento de sus padres o representantes legales solo cuando los primeros sean capaces de expresar adecuadamente esta voluntad, por lo cual, en mi concepto, el criterio de suficiencia de su madurez será, en los hechos, aplicable igualmente. Una interpretación garantista impediría sustituir la voluntad si esta no puede expresarse dado el desarrollo evolutivo del niño o niña.

Ejemplo de la tendencia mayoritaria es el caso español. En efecto, en concepto de Morillas⁴⁴, en España, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar⁴⁵ regula estos derechos independientemente de la mayoría de edad del sujeto titular, pero matiza dos cuestiones en relación al consentimiento expreso si el sujeto es menor de edad, como causa de inexistencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido. En primer lugar, que este consentimiento deberá prestarse por los propios menores de edad si sus *condiciones de madurez* lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En segundo lugar, en los casos restantes, es decir, cuando el menor de edad no sea suficientemente maduro, el consentimiento debe prestarse por escrito por su representante legal, quien está obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. En este último caso, si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, el juez es el llamado a resolver.

Por otro lado, comentando la exigencia de la frase “suficiente madurez”, se ha señalado que el art. 162 del Código Civil español⁴⁶ —que sería la legislación a que esta ley de 1982 se remite— deja claro que los derechos de la personalidad están fuera del ámbito paterno, pues ellos son propios del sujeto menor de edad. Así, para el ejercicio de los derechos

⁴⁴ Cfr. MORILLAS (2008) p. 170. Sobre la exigencia de la escrituración, cierta doctrina española la ha interpretado de forma flexible, en cuanto se ha entendido, de forma minoritaria, que basta que el consentimiento sea expreso, es decir, que cuando de la forma en que los menores de edad aparecen en el soporte físico con que se capta o reproduce su imagen pueda deducirse inevitablemente que se ha prestado dicha autorización, no sería necesaria la escrituración. En este sentido, FERNÁNDEZ (2004) p. 730 y O’CALLAGHAN (1991) p. 137. En mi opinión, la exigencia de escrituración es clara en la ley y no admite una interpretación diversa que la que emana de su tenor literal, más aun considerando los bienes jurídicos que se encuentran en juego.

⁴⁵ El art. 3 de 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, establece: “Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Dos. 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”.

⁴⁶ Esta norma establece lo siguiente: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

de la personalidad, existiría una acertada limitación, cual es poder realizar los actos referidos a tales derechos por sí mismos, atendiendo a sus condiciones de madurez.

En todo caso, en cuanto al consentimiento del menor de edad, cabe tener en consideración el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que legitima al Ministerio Fiscal para que, incluso en los casos en que un menor de edad que ha prestado su consentimiento con la suficiente madurez, intervenga de oficio si estima que el acto en que el menor de edad ha consentido le causa menoscabo. De esta forma, la protección del niño, niña o adolescente preliminarmente “maduro” estaría resguardada por la actuación de este órgano.

Estas dos leyes mencionadas se encuentran complementadas por la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, que se refiere a la prestación y revocación del consentimiento otorgado por los menores de edad respecto de actos de disposición en el ámbito patrimonial sobre su derecho a la imagen, distinguiendo si concurre o no la referida madurez.

Este instrumento exige, para el caso que el menor de edad no sea suficientemente maduro, que los padres que ejercen la patria potestad sobre él presenten el consentimiento en su nombre. En cambio, cuando el menor de edad presenta madurez suficiente, la intervención del Ministerio Fiscal es excepcional, de forma que antes de demandar, este órgano debe oír al menor de edad para solo luego de este examen y cuando resulte evidente la falta de madurez de quien parecía tenerla, se presente la demanda respectiva.

En cuanto a la autorización de actos de disposición del derecho a la imagen de niños, niñas o adolescentes por parte de los padres, esta Instrucción otorga ciertas pautas para determinar la intervención del ministerio fiscal. Así, distingue el caso de normalidad, es decir, de padres que ejercen la patria potestad de forma responsable, en cuyo caso la intervención del fiscal debe justificarse en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión. En segundo lugar, la situación de desamparo o maltrato de parte de los progenitores del menor de edad, hipótesis en la cual la actuación del fiscal, como se entenderá, es de gran importancia. Y, por último, la situación intermedia, de aparente normalidad, en que antes de intervenir, el fiscal debe ponderar: el hecho de que los padres puedan estar privados o suspendidos de la patria potestad, el que estén imposibilitados de accionar, la existencia de conflicto de intereses, y la actitud irrazonable de inhibición o pasividad en el cuidado del hijo.

En mi concepto, si bien el criterio de suficiencia de la madurez del niño, niña o adolescente puede ser criticable por su abstracción e indeterminación, permite al intérprete arribar a la solución adecuada con mayor apego a las circunstancias del caso concreto, sin aplicar criterios fijos de edades ajenos a dichos elementos fácticos. Además, con esta fórmula se evita recurrir a la exigencia *sine qua non* de la voluntad del niño, niña o adolescente, que puede ocasionar dudas acerca de cuándo se entiende expresada tácitamente esta voluntad.

Por último, comentaré cierta jurisprudencia relevante pronunciada en España y Argentina en que se ha aplicado –aunque sin utilizar esta nomenclatura– el principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, en cuestiones relacionadas con su derecho a la imagen.

Así, por ejemplo, en torno a la determinación del concepto de suficiente madurez, cabe señalar que el Tribunal Superior de Justicia español, el 19 de julio de 2000 pronunció

un emblemático fallo rechazando el amparo interpuesto por el padre de un joven de 16 años que había participado en un programa televisivo sin la aprobación paterna, considerando como válido y eficaz el consentimiento prestado por el propio interesado⁴⁷. En este caso, una cadena de televisión había emitido un programa consistente en la participación de dos concursantes femeninas y otro concursante masculino, a los que se les formulaban preguntas sobre historia y anécdotas de una determinada ciudad; si ellos no acertaban en la respuesta, se perdía una prenda de vestir, ganando el concurso el participante que no quedaba desnudo. Pues bien, luego de que un menor de 16 años de edad y su novia participaran en este programa televisivo, el padre del primero demandó a la cadena de televisión solicitando una indemnización por el hecho de utilizar al menor de edad sin el consentimiento de quien gozaba de la patria potestad sobre el adolescente. Este tribunal desestimó la demanda al considerar que los 16 años era una edad suficiente, en los tiempos actuales, para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica. En suma, consideró que el menor de edad había expresado un consentimiento válido y eficaz pues contaba con la suficiente madurez para ello, aplicando, en mi opinión, el criterio de la autonomía progresiva, conforme al cual la protección y desarrollo de los derechos de niños, niñas y adolescentes debe ajustarse a la evolución de sus facultades (de acuerdo al art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño).

De forma muy diversa razonó la sala K de la Cámara Civil de Argentina en un fallo de 1995 que, ante la denuncia del Asesor de Menores e Incapaces, desechó el argumento de que la exposición de dos niños muy pequeños desnudos en una película fuera una intromisión excesiva en su vida privada y una violación de su intimidad de la cual los padres no pudieran disponer en forma alguna. Así, afirmó que, en virtud de la patria potestad, son los padres quienes disponen de los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad y que el único límite a esta atribución se presenta cuando al hacerlo no se apegan a la moral y las buenas costumbres⁴⁸.

Cabe señalar que muy por el contrario al sentido de este fallo, la doctrina de este país, desarrollando el art. 10 de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061 de la ciudad de Buenos Aires⁴⁹ —que reconoce el derecho a la vida privada e intimidad familiar de niñas, niños y adolescentes—, y recogiendo el principio de autonomía progresiva, ha señalado que esta norma se refiere a dos cuestiones que involucran distintos niveles de interacción. Esto es, el *derecho a la vida privada* de niños, niñas y adolescentes, lo cual concierne, en primer lugar, a la relación entre estos y la familia; y, por otra parte, el *derecho a la vida familiar*, que constituye un límite principalmente para el Estado, aunque también para los particulares. Aplicando el principio de autonomía progresiva, esta doctrina señala que el primero de estos derechos limitaría la potestad de los padres, en cuanto,

⁴⁷ Fallo citado y comentado en GARCÍA (2004) pp. 171-172; y en MORILLAS (2008) p. 170. Esta última autora se refiere también a un fallo posterior de este Tribunal, de 27 de junio de 2003, en el que se señaló que debe protegerse la intimidad de las personas pero, muy especialmente y con mayor razón, si se trata de la infancia, “siempre más desvalida y por ello más vulnerable”.

⁴⁸ Fallo citado en GIL *et al.* (2006) p. 238.

⁴⁹ Esta norma establece que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

bajo el prisma de la doctrina de la protección integral que inspira a esta Ley, los primeros deben atender a las decisiones de niños, niñas y adolescentes en ámbito tales como el cuidado del propio cuerpo, el derecho a la salud, y los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, en el ámbito doméstico, el derecho a la intimidad del niño ofrecería otras variables, en especial en etapa adolescente, como sucede con la reserva de la correspondencia y de los papeles privados, protección de espacios y objetos personales⁵⁰.

7. CONCLUSIONES

La inexistencia de una regulación específica sobre la esfera de actuación de los particulares en materias relacionadas con su derecho a la imagen y, en especial, tratándose de niños, niñas y adolescentes, ha generado graves problemas frente a la posible sanción de conductas lesivas de este derecho de la personalidad; problemas que han querido evidenciarse con la referencia inicial a situaciones mediáticas que nuestra sociedad ha observado permanentemente en los medios de comunicación en los últimos años y que han quedado en la impunidad.

El no contar con una normativa especial, sino solo con una normativa genérica derivada de las escasas normas constitucionales y civiles existentes, ha dificultado, en efecto, la determinación de elementos claves para sancionar estas conductas. Me refiero, en primer lugar, a cuestiones como la imposibilidad de delimitar los contornos de ciertas garantías vulneradas cuyo restablecimiento se persigue mediante el recurso de protección en Chile; y también a la prueba de la antijuricidad y del daño⁵¹ que, en sede de responsabilidad civil, pudiera rendirse para que se ordene reparar, mediante la indemnización de perjuicios, esas vulneraciones.

Puede concluirse que las legislaciones iberoamericanas consagran adecuadamente el derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto las Leyes de Protección de la Infancia y de la Adolescencia lo han regulado de manera autónoma, y ampliado crecientemente, en los últimos años, el ámbito objetivo de su protección.

En este sentido, es dable señalar que Chile presenta un gran retraso normativo frente a la obligación de proteger efectivamente los derechos de la Infancia y de la Adolescencia.

Las razones de este reproche son, entre otras, que nuestro país no cuenta, a diferencia de sus vecinos, con una Ley de Protección Integral de la Infancia y de la Adolescencia que garantice la protección del derecho a la imagen y de otros derechos de la personalidad de niños, niñas y adolescentes⁵². La jurisprudencia, por su parte, no ha suplido ade-

⁵⁰ Cfr. GIL *et al.* (2007) pp. 214-215.

⁵¹ En este sentido, puede consultarse a MOSSET (2011) p. 119; y considerar que ciertas legislaciones, como la española, establecen reglas especiales para la determinación de la responsabilidad civil derivada de actos contra el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señalando que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, y que 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 (conforme al art. 9 de 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).

⁵² En este aspecto, cabe destacar que no se trata de emprender solo una labor de sistematización de la normati-

cuadamente este vacío normativo en los casos en que se le ha solicitado restablecer estos derechos. A decir verdad, ni aun la aplicación de la normativa internacional pertinente habría podido venir en su auxilio de forma concreta, por cuanto, como he señalado, ella es bastante escasa y su interpretación por los órganos internacionales competentes es también incipiente.

A mayor abundamiento, y también a diferencia de sus países hermanos, Chile carece de un Defensor de los derechos de la Niñez y de la Adolescencia que, en la defensa de intereses difusos y conforme a los sistemas nacionales de protección en la región, cumple una importante función de efectividad de este y otros derechos de la personalidad.

En ese sentido, es relevante mencionar que solo recientemente se ha acatado, en forma parcial, la recomendación del Comité de Derecho del Niño de Naciones Unidas –reiterada frente a los dos últimos informes emitidos por Chile⁵³– de separar el Servicio Nacional de Menores en dos servicios diversos, esto es, el relativo a la responsabilidad penal adolescente y el de protección universal y especial de derechos⁵⁴; quedando pendiente la promulgación de la mencionada Ley de Protección Integral y la implementación de la referida Defensoría.

Con lo anterior, quiero significar que Chile no ha efectuado un reconocimiento *integral* de los principios especiales establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, ni cuenta tampoco con una adecuada estructura institucional que vele por su aplicación y desarrollo. En suma, no se han concretado avances significativos en la realización del principio de efectividad de los derechos, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y desarrollado por los organismos internacionales de Derechos Humanos⁵⁵.

va ya existente, sino de construcción de una normativa que no existe. Así, si bien podría sostenerse que a partir de la década de los noventa Chile ha intentado poner a tono su Derecho de Familia con el Derecho Internacional y Comparado, el estatuto que rige de forma transversal la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en sus aspectos extrafamiliares es extremadamente escaso. Sin perjuicio de que en Chile estén reconocidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, así como en la consagración de ciertas garantías en la Constitución y en alguna legislación especial –como la Ley de Tribunales de Familia y la de Responsabilidad Penal Adolescente, que hacen mención a principios concretos en materia de infancia–, el reconocimiento no es global, esto es, no dice relación con todas las materias legales, administrativas, judiciales, económicas y políticas. En este sentido, es pertinente reproducir opiniones autorizadas en la doctrina en cuanto a “la importancia de contar con cuerpos normativos sistematizados y orgánicos para el reconocimiento –en su apropiada dimensión– de las prerrogativas del sujeto de derecho niño y la necesidad de que tales instrumentos legales no solo contemplen derechos sino que, al mismo tiempo, perfilen con claridad su naturaleza y sean comprensivos de las situaciones en las que tales derechos pueden llegar a ser conculcados o impedirse o perturbarse su adecuado funcionamiento”. D’ANTONIO (2009) p. 437.

⁵³ El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las recomendaciones finales de los años 2002 y 2007 efectuadas a los Informes Periódicos enviados por el Estado chileno, ha observado a este la necesidad de contar con institucionalidades separadas para cada una de dichas materias y, también, la necesidad de adecuar la legislación en materia de Niñez y Adolescencia a los estándares internacionales de Derechos Humanos, reemplazando la Ley de Menores de 1967 por una Ley de Protección Integral de los derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Por otra parte, este Comité ha hecho hincapié en la necesidad de contar con una figura autónoma, independiente e imparcial, institucionalmente diseñada para la promoción y defensa de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, esto es, el Defensor de los derechos de la Niñez y de la Adolescencia.

⁵⁴ En efecto, actualmente se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados, un proyecto de ley que suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia (Boletín 8487-07).

⁵⁵ Me refiero al art. 4 del mencionado instrumento, que señala que “Los Estados Partes adoptarán todas las me-

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho civil* (Barcelona, Bosch, T. I, vol. 2) 562 pp.
- BASTERRA, Marcela (2012): *Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni) 542 pp.
- BIDART, Germán (2001): *Tratado Elemental de Derecho constitucional argentino. Nueva edición ampliada y actualizada a 2000-2001* (Buenos Aires, Ediar, T. I-B) 646 pp.
- CORRAL, Hernán (2001): “La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial”, *Revista de Derecho*, N° 8: pp. 159-175.
- D’ANTONIO, Hugo (2009): “La intimidad de los niños en leyes integrales y Códigos de la Infancia”, en: VILLAGRASSA, Carlos y RAVETLLAT, Isaac (eds.), *Por los derechos de la Infancia y de la Adolescencia* (Barcelona, Bosch) pp. 437-448.
- DE CUPIS, Adriano (1960): *Teoría y práctica del Derecho civil* (Traducc. Juan MARTÍNEZ, Barcelona, Bosch) 478 pp.
- FERNÁNDEZ, María (2004): “Derecho a la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, núm. 7: pp. 725-739.
- GARCÍA, María del Carmen (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen* (Navarra, Aranzadi) 261 pp.
- GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2007): *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes* (Buenos Aires, Ediar) 742 pp.
- GIL, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2006): *Derecho constitucional de familia* (Buenos Aires, Ediar, T. I.) 701 pp.
- MORILLAS, Marta (2008): “Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad”, en: GARCÍA, María del Carmen (Directora), *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria* (Thomson Aranzadi, Navarra) pp. 165-180.
- MOSSET, Jorge (2011): *Derecho civil constitucional* (Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni) 567 pp.
- NOGUEIRA, Humberto (2007): “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Ius et Praxis*, año 13, N° 2: pp. 245-285.
- O’CALLAGHAN, Xavier (1991): *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen* (Madrid, La Ley) 281 pp.
- PEÑA, José Ignacio (2002): “La protección del derecho a la propia imagen”, *Revista de Derecho Público*, N° 64: pp. 283-308.
- PFEFFER, Emilio (2000): “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”, *Ius et Praxis*, año/ vol. 6, N° 1: pp. 465-474.

didadas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional. Ello, en relación con la Observación General N° 5 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.

- POU, María José (2008): “La presencia de la familia en los medios de comunicación a través del relato y la persuasión”, en: BENEYTO, Remigio, TORRERO, Magda y LLOPIS, Juan Manuel (coordinadores), *Retos del siglo XXI para la familia* (Valencia, Editorial Práctica del Derecho) pp. 337-376.
- SALTZER, Anderson (2012): “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial”, *Derecho Privado* (Argentina), año I, núm. 2: pp. 39-64.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Caszely Carlos y otros contra Salo Editores* (1982): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 1982 (Protección) Rol N° 32-82.
- Doris Campos contra I. Municipalidad de Arica* (2000): Corte Suprema, 3 de agosto de 2000 (Apelación Protección) Rol N° 2.373-00.
- María del Pilar Larraín Fuenzalida y María José Fuenzalida Larraín contra Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes “CONACE”* (2004): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de noviembre de 2004 (Protección) Rol N° 430-2004.
- Escué Zapata contra Colombia* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2007, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, serie C núm. 165 (párrafo 91).
- Tristán Donoso contra Panamá* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de enero de 2009, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, serie C núm. 193 (párrafos 55 y 57).
- Christian Antonio Caroca Rodríguez contra Electrónica Sudamericana Limitada* (2009): Corte Suprema, 9 de junio de 2009 (Apelación Protección) Rol N° 2506-2009.
- Andrea Carolina Meyer Suazo y Viviana S. Hernández Alvarado contra Telefónica del Sur S.A.* (2010): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de octubre de 2010 (Protección), Rol N° 253-2010.
- Nicolás Alexis Alborno Araneda y Martín Vicente Moreno Jorquera contra Fernando José Cuevas Mardones* (2010): Corte Suprema, 19 de agosto de 2010 (Apelación Protección) Rol N° 4740-2010.
- Cristian Iván Rocha Pardo contra Tándem S.A.* (2012): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de enero de 2012 (Protección) Rol N° 807-2011.

NORMAS CITADAS

- Ley 17.336, sobre Propiedad Intelectual, *Diario Oficial*, 2 octubre de 1970 (Chile).
- Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 115 de 14 de mayo de 1982 (España).
- Ley 19.039, de Propiedad Industrial, *Diario Oficial*, 25 enero de 1991 (Chile).
- Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15 de 17 de enero de 1996 (España).

Ley 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, *Diario Oficial*, 4 junio de 2001 (Chile).

Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004 (Chile).

Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, *Boletín Oficial*, 26 de diciembre de 2005 (Buenos Aires, Argentina).

Ley Orgánica N° 5.859 para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 10 de diciembre de 2007 (Venezuela).

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo N° 839, *Diario Oficial* N° 68, Tomo 383, 16 de abril de 2009 (El Salvador).