



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Nogueira Alcalá, Humberto

El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización

Ius et Praxis, vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 245-285

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713211>

- ▶ 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 propia imagen como derecho fundamental implícito.
Fundamentación y caracterización.
Humberto Nogueira Alcalá
páginas 245 - 285

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO. FUNDAMENTACIÓN Y CARACTERIZACIÓN.*

Humberto Nogueira Alcalá**

RESUMEN

Este artículo entrega el fundamento del derecho a la imagen como un derecho fundamental implícito en nuestro ordenamiento constitucional, con las consiguientes consecuencias jurídicas de su efectiva garantía como tal e integrante del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. Asimismo se precisa su carácter de derecho fundamental autónomo respecto del derecho a la privacidad y su naturaleza bifronte, en la medida de que tiene una dimensión de legalidad ordinaria en su ámbito propiamente comercial o patrimonial.

PALABRAS CLAVES

Derecho a la propia imagen, derechos implícitos, derechos fundamentales.

ABSTRACT

This article provides the basis of the image right as an implicit fundamental right in our constitutional ordinance, with the resulting legal consequences of its effective guarantee as such and a member of the controlling standard of the

* Artículo recibido el 2 de agosto de 2007 y aprobada su publicación el 5 de septiembre de 2007.

** El autor es doctor en derecho, Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Campus Santiago. E-mail: nogueira@utalca.cl.

constitutionality of the infra-constitutional rules. Likewise, it is necessary its character of autonomous fundamental right in relation to the privacy right and its two-faced nature, insofar as it has a dimension of ordinary lawfulness in its strictly commercial or patrimonial field.

KEY WORDS

Self-image right, implicit rights, fundamental rights.

1. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales.

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución chilena precisa: “Las personas nacen libres e iguales *en dignidad y derechos*”

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

Von Wintrich sostiene que la dignidad del “hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea.”¹ A su vez, González Pérez nos señalará que la dignidad es la categoría que corresponde al ser humano por estar dotado de inteligencia y voluntad, distinto y superior a todo lo creado, que establece un tratamiento en toda circunstancia concordante con la naturaleza humana².

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

¹ Von Wintrich, *Zur Problematik der Grundrechte* (1957), citado por Fernández Segado, Francisco. 2003. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Universita Católica del Sacro Cuore, Milán, p. 205.

² González Pérez, J. *La dignidad de la persona*. Madrid, 1986. p. 112.

Günter Durig dirá que la dignidad de la persona humana consiste en el hecho de que, cada ser humano es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de si mismo, de autodeterminar su conducta y dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Todo individuo humano es un ser que desarrolla su libertad autonomía, autodeterminando su conducta.

Häberle señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana”³.

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menoscabo del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación se desarrolla sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución, constituye una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional, constituye una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, como señala Ríos Álvarez, la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre la “Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos”, ha establecido sobre la materia:

³ Häberle, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.), *Dimensões da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 104.

⁴ Ríos Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En obra colectiva, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, p. 205.

“Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1º inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “las personas nacen libres e iguales en derechos”. pues bien, la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”⁵.

De la dignidad del ser humano emana la libertad y la igualdad como principios básicos que, a su vez, concretan los derechos humanos.

La autodeterminación del ser humano, de la persona, lleva al libre desarrollo de la personalidad, posibilitando el despliegue de sus capacidades psíquicas, morales, sociales, culturales y económicas, la búsqueda de los ideales de ser humano y de protagonista de la sociedad en que vive en un momento histórico determinado.

La dignidad humana se vincula y relaciona con la soberanía estatal en la medida que le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, espacialmente localizada y temporalmente desarrollada, públicamente vivida y abierta al futuro.

La dignidad humana, se expresa también como derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, dando lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política, que se explicita como derechos políticos y ciudadanía activa.

Obviamente, el orden material de valores que implica la dignidad humana, como asimismo la libertad e igualdad esencial de todos los seres humanos es considerado por la Constitución chilena como anteriores a ella misma, en la medida que el texto de la Carta Fundamental no crea dichos valores, sino que se limita a reconocerlos, asegurarlos y garantizarlos, su fundamento último se encuentra en la idea de ser humano que asume la cultura occidental.

La dignidad de la persona es la fuente y fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

La Corte Constitucional alemana ha precisado que el artículo 1º de la ley Fundamental de Bonn conocido como intangibilidad de la dignidad humana, “no puede ser modificado mediante

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando decimoséptimo.

una reforma constitucional tal y como lo dispone el art. 79 inciso 3º. 3º de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana.

El trato que afecta la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un trato abyecto”⁶.

Conforme a tales consideraciones podemos sostener que ningún derecho puede considerarse como derecho fundamental si contradice la dignidad humana, esta constituye un límite intangible para cada uno y todos los derechos fundamentales.

La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular, en efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el no poder nunca ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, generando derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad humana. Como tarea, constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por parte de los órganos estatales para la protección de la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas o prestacionales como asimismo a través de actividades promocionales que implican particularmente, la remoción de obstáculos que impiden el desarrollo la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el mas pleno goce y ejercicio de dicha dignidad. A través de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

2. Los derechos fundamentales.

El artículo 5º inciso 2º de la Constitución prescribe «*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana*».

*En nuestro sistema constitucional consideramos que los derechos no están en las normas (internas o internacionales),»no se constituyen» en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanen de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica*⁷.

⁶ BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, citada por Schawe, Jürgen. 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS, p. 17.

⁷ Bidart Campos, Germán. 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. UNAM, México, p. 98.

Como sostiene Maritain, «se trata de establecer la existencia de derechos ...(..). inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción»⁸.

La Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales lo que da lugar a un *catálogo de derechos abierto*, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

No es posible seguir sosteniendo a inicios del siglo XXI lo que señalaban autores de la segunda mitad del siglo XIX, como Gerber⁹ o Jellinek¹⁰, para los cuales los derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación impuesta y siempre revocable por el propio Estado.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

La denominación utilizada de *derechos “esenciales” o fundamentales*, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreducible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo, dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano, en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Asumimos así la perspectiva que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, desechariendo la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos.

⁸ Maritain, Jacques. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre. Ed. Debate. Madrid, España, 1991. p. 116.

⁹ Gerber, K.F. über öffentliche Rechte (1852).

¹⁰ Jellinek, Georg. Das system der subjektiven öffentlichen Rechte (1892).

Los derechos fundamentales en cuanto tienen su fuente en la dignidad humana y en cuanto buscan el libre desarrollo de la persona, exigen del ordenamiento jurídico positivo su protección y garantía. De hecho, puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras.

Como señala Ferrajoli, «Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer»¹¹.

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa, «La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar»¹², la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

2.1. El concepto de derechos fundamentales.

La Carta Fundamental utiliza los conceptos de “derechos” (artículo 1º, inciso 1º), “derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana” (artículo 5º inciso 2º), de “derechos humanos” (artículo 9º), a su vez, se refiere a “derechos constitucionales” el encabezamiento del artículo 19º, como asimismo, el tribunal constitucional en diversas sentencias se refiere a ellos con la expresión “derechos fundamentales”.

Dichos conceptos pueden ser considerados análogos o considerar que constituyen conceptos jurídicos diversos.

2.1.1. El concepto de derechos constitucionales.

El concepto de derechos constitucionales se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica.

El profesor *Cea Egaña* señala que los derechos fundamentales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”¹³.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. op.cit. p. 65

¹² Ferrajoli, Luigi. Op.cit. p. 63.

¹³ Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221.

El profesor *Antonio Truyol y Serra* escribe «*Decir que hay derechos humanos ... equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados*»¹⁴.

Así *Fernández Galiano* podrá señalar que son «*aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana*»¹⁵.

Castán Tobeñas define los derechos del hombre «*como aquellos derechos fundamentales de la persona humana -consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común*»¹⁶.

2.1.3. Los derechos fundamentales como expresión genérica que incluye tanto los derechos constitucionales como los derechos humanos.

Al efecto, *Peter Häberle* señalará que los derechos fundamentales constituyen “*el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales*”¹⁷.

A su vez, el profesor francés *Louis Favoreu* considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “*el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional*”¹⁸.

En este trabajo utilizaremos el concepto de derechos fundamentales en esta última perspectiva, como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados.

¹⁴ Truyol y Serra, Antonio. En «Estudio Preliminar a los derechos humanos. Declaraciones y Convenciones internacionales». p.11.

¹⁵ Fernández Galiano, Antonio. Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho. p. 134

¹⁶ Castán, Tobeñas, José. Los derechos del hombre. Págs. 13 y 14.

¹⁷ Häberle. Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En Problemas actuales de los derechos fundamentales. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, p. 94.

¹⁸ Favoreu, Louis. L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux jurisdictions administratives et judiciaires, RFDC N°4,1990, pp. 581 y siguientes. Traducción nuestra.

Los derechos fundamentales en una conceptualización afín con nuestra Carta Fundamental, son el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario- , en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

La normativa jurídica constitucional chilena no permite que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentalizada¹⁹, sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

El ámbito normativo de cada derecho fundamental está conformado por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia insita en los mismos derechos.

Como señala Bidart Campos: “La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser – ni debe ser – de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional”²⁰.

Sin embargo, en el ámbito americano, los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional, ya que además se encuentran los *derechos implícitos* y los *derechos contenidos en tratados internacionales* ratificados y vigentes, además de las otras fuentes del derecho internacional como el ius cogens y el derecho consuetudinario internacional.

¹⁹ Cancado Trindade, Antonio. 1998. Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos. En AA. VV. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Ed. UNAM, p. 109.

²⁰ Bidart Campos, Germán. 1994. La interpretación de los derechos humanos, Buenos Aires, Ed. Ediar, pp. 30-31.

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implicitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25º, determina:

“...la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

“Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”.

En el mismo sentido, la *Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95*, determina:

«De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.»

En Europa, el Tribunal Constitucional Italiano en sentencia 38/1973 y luego en la 159/1973, incluyó como derechos inviolables, algunos no considerados por el texto constitucional como eran el derecho a la dignidad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la reputación, entre otros, que derivarán indirectamente de otras normas constitucionales y de los artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como del artículo 2º de la Constitución Italiana.

A su vez, como señala T. Ohlinger, «el *Tribunal Federal suizo* define en gran medida lo que quiere proteger como derechos constitucionales. Derechos fundamentales centrales como

la libertad individual, la libertad de opinión, el derecho a ser escuchado y la prohibición de la arbitrariedad no figuran en el texto de la Constitución federal suiza, pero son reconocidos por el Tribunal federal como derechos constitucionales no escritos»²¹.

El *Concejo Constitucional francés* ha reconocido como derechos fundamentales no considerados en el texto constitucional al derecho a la libertad de contraer matrimonio (CC 97-389 DC) y el derecho a desarrollar una vida familiar normal (decisión del 13 de agosto de 1993) el derecho de asilo y los derechos de defensa en el proceso (CC 93-325 DC), la libertad de pensamiento y de expresión (CC 94-345 DC, 29 de julio de 1994), entre otros.

Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la fuente internacional que los aseguran, como asimismo, considerando la jurisprudencia de las Cortes supra o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico.

Por otra parte, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando la perspectiva que los derechos fundamentales no son solo los derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que una línea sostenida y consolidada ha sostenido que también lo son aquellos *asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes*.

La *Constitución Chilena, reformada en 1989, artículo 5º, inciso 2º*: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, lo que reconocido por los estados lleva a estos a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema Chilena, en fallo reciente:

²¹ Citado por Bon, Pierre, «La protección constitucional de los derechos fundamentales. Aspectos de Derecho Comparado Europeo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 11, Madrid, España, 1992, p. 53.

“TRIGÉSIMONONO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

“En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mencionado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro)”²².

3. El bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos *el conjunto de derechos de la persona (haz de atributos y facultades) asegurados por fuente constitucional o por fuentes*

²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007. Las negritas son nuestras.

del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH²³, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Chilena vigente⁽²⁴⁾), como asimismo integran el parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución, como lo establece explícitamente en Chile, el artículo 5º inciso 2º.

El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales que limita la soberanía no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la persona humana.

El artículo 29, literal b), de la CADH, exige aplicar al operador jurídico que se encuentra frente a diversas normas de derechos humanos o fundamentales aquella norma que mejor protege los derechos, aplicando la norma interna o la internacional, dependiendo de cual sea aquella que optimice el goce y ejercicio del derecho.

Así puede sostenerse que tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en las normas constitucionales formales como los contenidos en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de ius cogens constituyen un *bloque en materia de derechos fundamentales* de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales.

La Corte Suprema de Justicia chilena ha reconocido que los derechos esenciales contenidos en los tratados constituyen límites al poder estatal, incluido el poder constituyente:

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile

²³ Dicha disposición establece lo siguiente: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”

²⁴ Sobre esta materia consultar Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. En Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, pp. 403 – 466.

reconoce colmo límite los derechos que emanen de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º)”²⁵.

“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanen de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”²⁶.

Asimismo, los tribunales superiores de justicia chilenos han reconocido jurisprudencialmente la integración de los principios de ius cogens y de derecho consuetudinario internacional, los cuales se incorporan al derecho interno sin ningún acto de formalización:

“Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho nacional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho derecho internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o ius cogens, que pasan a formar parte del derecho interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales participes de la Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

“Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencias – conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución – es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”²⁷.

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, página 236.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerando 22º.

²⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerando

La Constitución exige a todos los operadores jurídicos y, en especial, a los órganos de jurisdicción constitucional dentro sus competencias, remover los obstáculos que posibiliten el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales como asimismo maximizar el plexo de tales derechos y sus garantías.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo, los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

Nada impide, en una perspectiva técnico jurídica, la introducción de garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un “plus” respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de normas que mejoren el contenido de derechos y sus garantías no pueden ser consideradas inconstitucionales, si se aplican las reglas interpretativas “favor homine” o “favor persona” y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

Los valores, principios y fines del capítulo de Bases de la Institucionalidad, en materia de derechos, son preceptos constitucionales directamente aplicables, a la luz de los cuales debe interpretarse todo el resto de la normativa constitucional y del ordenamiento jurídico, como lo ha explicitado el Tribunal Constitucional.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en un protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

En materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

Es posible «proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester «interpretar» (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas*»²⁸.

4. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito.

Este derecho es concebido por una parte de la doctrina como integrante de la faceta externa del derecho al respeto de la vida privada de la persona, constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía y control respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente a ella. La protección de la imagen de la persona señala esta doctrina, salvaguarda la intimidad y “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”, nos dirá un autor español²⁹.

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que el derecho a la propia imagen es un derecho esencial de la persona que se encuentra implícito en nuestro ordenamiento constitucional, teniendo un carácter autónomo, aunque tiene vinculaciones con la privacidad en un sentido amplio, el cual debiera tener una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1. Delimitación del derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo.

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

A la realidad corpórea del ser humano es necesario el agregarle la dimensión cultural, ya que los individuos actuamos sobre nuestro propio cuerpo moldeando la imagen que queremos presentar frente a los demás. La existencia y presencia de los otros o de los demás es un elemento

5º y 6º. Revista Gaceta Jurídica N° 313, Julio 2006, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 243 – 254. Las negritas son nuestras.

²⁸ Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994 p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia N° 22 de 1995, en el que reconoció que si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (art. 19 N° 12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores ordinarios (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) en diversos fallos han reconocido el derecho a la propia imagen pese a no estar consignado en el texto constitucional como derecho fundamental.

²⁹ Alegre Martínez, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Ed. Tecnos, Madrid, España. 1997, p.85.

necesario para comprender la importancia de la imagen, ya que esta proyecta socialmente al individuo.

El derecho fundamental a la propia imagen garantiza un ámbito de libertad respecto de sus atributos más característicos y propios de la persona, que la identifican en cuanto tal, como es la imagen física visible. Asimismo protege el poder de decisión sobre los fines a los que haya de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de la imagen y un ámbito de libre determinación sobre la materia.

El derecho a la propia imagen protege frente a la captación, reproducción y publicación de la imagen en forma reconocible y visible. Cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuando, como, por quién y en qué forma quiere que se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso.

El derecho a la propia imagen 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 persona y emanaciones concretas de su dignidad de ser humano, configurando su ámbito personal e instrumento básico de su identificación, proyección exterior y reconocimiento como ser humano. Quedan fuera del ámbito del derecho a la propia imagen las representaciones que requieren mediación intelectual como es el caso de los retratos literarios u otras formas de mediación intelectual.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Caszely Carlos y otros contra Salo Editores Ltda. determina que el derecho a la propia imagen consistiría:

“[...] en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente. El derecho sobre la propia imagen podría ser así una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo”, agregando que

“[...] Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural o innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley”³⁰.

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 5 de julio de de 1982, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 9 agosto de 1982. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, pp. 368 y ss.

Esta sentencia fuera de fijar el contenido del derecho a la propia imagen, lo reconoce como un derecho fundamental implícito de toda persona en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional español en materia de derecho a la propia imagen ha sostenido:

*“En la medida que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen [...], sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. sí, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”*³¹.

El derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, forma parte de los derechos de la personalidad, protege el patrimonio moral de la persona, que protege un ámbito propio de la persona que es necesario para el libre desarrollo de la personalidad y para mantener un mínimo de calidad de vida propiamente humana, evitando la captación, reproducción o publicación incondicionada de la imagen de la persona. Este derecho esencial de la persona, en los ordenamientos constitucionales en que no se reconoce como derecho fundamental, se le vincula o conecta con los derechos de privacidad como ocurre en diversos países europeos (España, Francia, Italia, entre otros), el Convenio Europeo de Derechos del Hombre, en su artículo 8º, y diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Son pocos los ordenamientos constitucionales que consideran el derecho a la propia imagen como un derecho independiente y autónomo en sus catálogos de derechos fundamentales, al respecto pueden mencionarse la Constitución de Portugal, en su artículo 16; la constitución Española, artículo 18.1 y 20.4; la Constitución de Brasil de 1988, artículo 5 V y X; y la Constitución del Perú de 1993, artículo 2, numeral 7º.

El *derecho a la propia imagen tiene una doble dimensión*, la primera de carácter positiva, que faculta a la persona para captar, reproducir y publicar su propia imagen; la segunda de carácter negativa, consistente en la facultad para impedir su captación, reproducción o publicación por un tercero no autorizado, cualquiera que sea su finalidad, salvaguardando un ámbito necesario para el libre desarrollo de la personalidad.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 81/2001, de 26 de marzo de 2001, fundamento segundo.

Como señala el Tribunal Constitucional Español:

“El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar el ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre. FJ 13). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, de 26 de diciembre. FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).”

“En la medida que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que la protección constitucional de la imagen se preserva no solo en el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas” (STC 81/2001, FJ. 2)³².

En otra sentencia el mismo Tribunal Constitucional Español señala que el derecho a la propia imagen:

“Es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”³³.

En una tercera sentencia que nos parece oportuno reproducir, el Tribunal Constitucional Español insiste en precisar el contenido constitucional del derecho a la propia imagen, señalando:

³² Sentencia citada por Goig Martínez, Juan Manuel (coord.). *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Editorial universitas Internacional, S.L. Madrid, 2006, pp. 219-220.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de 24 de abril de 2000. F.1. (RJ 2000, 2673).

“En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen [...] atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien capta o difunde”³⁴.

En la misma perspectiva, el tribunal Constitucional Español, precisa:

“Lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir que aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”³⁵.

Como señala Marc Carrillo, el derecho a la propia imagen posibilita a su titular la potestad de autodeterminación en el flujo de información gráfica sobre si mismo, con el fin de controlar su reproducción y difusión³⁶, lo que salvaguarda un ámbito de decisión libre de la persona en el desarrollo de su propia personalidad.

No se identifica así el derecho a la propia imagen con el derecho a la protección de la vida privada, aun cuando puede conectarse con el mismo en algunos ordenamientos constitucionales que no lo consideran dentro de su catálogo de derechos fundamentales, sin perjuicio de reconocer su identidad y autonomía de la vida privada, ya que se puede vulnerar el derecho a la propia imagen independientemente de la vulneración de la intimidad y vida privada de la persona, por lo que la imagen no puede ser utilizada libremente por el hecho de ser captada en espacios públicos, ya que se protege también el derecho a la propia imagen en ámbitos públicos; en estos lugares se renuncia a la privacidad pero no necesariamente al derecho de control de su propia imagen y a su reproducción y socialización posterior.

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

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/2001, de 26 de marzo, F.2.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 83/2002, de 22 de abril, F. 4 (RTC 2002, 83).

³⁶ Carrillo, Marc. *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*. Ed. Thomson – Aranzadi. Navarra, 2003. p. 18.

Vercellone precisa que la relación del derecho al honor y a la imagen puede dar lugar a cuatro situaciones diferentes³⁷: se pueden lesionar conjuntamente ambos derechos, se puede lesionar el derecho al honor y no el derecho a la imagen cuando se publica la imagen en forma justificada en atención a otros bienes constitucionales, pero se produce un menoscabo de la integridad personal; se puede lesionar el derecho a la imagen y no el derecho al honor, cuando se publica la imagen sin el consentimiento de la persona y sin justificación por otros bienes constitucionales, pero sin afectar la integridad de la persona; puede que no se lesione ninguno de los dos derechos cuando la captación, reproducción o publicación de la imagen se encuentra justificada por otros bienes constitucionales y no se afecta la integridad de la persona; se pueden afectar ambos derechos cuando no existe justificación por otros bienes constitucionales de la captación, reproducción o publicación de la imagen de la persona y al mismo tiempo se afecta su integridad personal.

La misma perspectiva puede darse en la relación derecho a la imagen y derecho a la protección de la vida privada. A su vez, también se puede producir la vulneración conjunta de los tres derechos.

El derecho a la propia imagen es así un derecho autónomo, identificable y separable del derecho al honor y del derecho a la protección de la vida privada³⁸.

Ello no ha sido entendido adecuadamente por una parte importante de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos.

Una parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha confundido protección de la vida privada y protección de la imagen, considerando que la imagen sólo se protege en ámbitos privados, a modo ejemplar, citaremos la siguiente sentencia:

“Que, en relación con este punto el problema consiste en determinar si los hechos que se desarrollan en lugares públicos o abiertos pueden considerarse como parte de la vida privada de una persona. La respuesta adecuada es negativa, porque la circunstancia de que sean realizados en un lugar público está indicando que la presunta afectada no lo considera privado sobre el particular su voluntad es en este aspecto decisoria. En consecuencia, no puede estimarse vulnerada la garantía constitucional señalada en el fundamento anterior, si se considera que la hija del recurrente se hallaba en la playa, que es lugar público”³⁹.

³⁷ Vercellone, P. *Il diritto sul proprio ritrato*. Turín, 1959. pp. 103-104.

³⁸ Alegre Martínez, M.A. *El derecho a la propia imagen*. Ed Tecnos, Madrid. 1997, p. 60; Rovira Sueiro, M.E. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Comares SL, Granada, 2000, p. 22.

³⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de 1º de Agosto de 1989, “Julio Alvarado Solari con Diario La Cuarta”, considerando séptimo.

En algunas sentencias se tratan el derecho a la propia imagen confundido con el derecho a la privacidad y al honor. A modo ejemplar señalamos una sentencia que explicita la protección de la imagen de la persona dentro del ámbito de protección de la vida privada y la honra:

“Que es indudable, [...] que el Diario La Cuarta presenta en su portada, frecuentemente, fotografías de mujeres jóvenes, en poses sugestivas, exhibiendo las partes eróticas del cuerpo, al desnudo o medio cubiertas, con sólo sus prendas íntimas, que resaltan sus atributos femeninos, como puede apreciarse, por lo demás, en los ejemplares de los días [...] del año en curso, [...] y crea, obviamente, una imagen en el público, desfavorable a la dignidad, respeto y consideración de quién aparece en ese recuadro, y por ese solo hecho”;

*Que, por tanto, la sola circunstancia de aparecer la fotografía de la menor [...] en primera plana, en bikini, mas no fuera en forma recatada, sin contar con su consentimiento y menos con su anuencia, y/o de sus padres, afecta inevitablemente a su vida privada y a su honra, en el círculo de quienes la conocen y pudieron percatarse de que era ella, y solo con éstos, pues no se la identifica en el recuadro, cuidando el periódico de su anonimato, al quedar expuesta a que se la asocie, en alguna medida con mujeres que exhiben su cuerpo en forma liviana y aún provocativa, situación resulta inconfortable e inconveniente”.*⁴⁰

En esta última sentencia citada, el tribunal sin lograr determinar adecuadamente el derecho a la propia imagen y confundiéndola con la protección de la vida privada y la honra, logra considerar que la captación de la imagen requiere el consentimiento de la persona afectada cuando no hay un interés público relevante comprometido en la difusión de la imagen.

A su vez, hay diversas sentencias que protegen el derecho a la propia imagen conectado con el derecho de propiedad incorporal garantizado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Al respecto señalamos la siguiente sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique:

“Que, en el presente caso se trata de la perturbación a la recurrente del legítimo ejercicio de su derecho de propiedad sobre su propia imagen contenida en una fotografía, lo que se desprende de lo establecido en forma amplia en el artículo 19 N° 24, inciso 1°, de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”, entendiendo así a la imagen como un atributo de la personalidad.

[...]

Sexto. Que atendidos los antecedentes de autos y no existiendo prueba en contrario, es

⁴⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 604-93, “Díaz Colom, José con Diario La Cuarta, considerando cuarto y quinto.

dable dar por establecido que la fotografía reproducida en el aviso en cuestión pertenece a la recurrente doña Viviana Aquea de Rosa.

[...]

*Octavo. Que visto todo lo precedentemente expuesto, es un hecho que la empresa “St. Patrick S.A.” no le pidió a la recurrente su consentimiento para insertar su imagen en forma destacada en este aviso comercial, por lo cual no cabe sino concluir que ha infringido la garantía constitucional contenida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en lo referente a la propiedad que cada persona tiene sobre su imagen”*⁴¹.

En otra sentencia similar, en recurso de protección se resuelve el uso de la imagen de una determinada funcionaria de una empresa en impresos de publicidad de la empresa, sin el respectivo consentimiento, a lo cual la Corte le otorga protección por vía del derecho de propiedad incorporal del artículo 19 N° 24. Al respecto, la Corte de Apelaciones precisa:

*“Que el derecho a la propia imagen de doña Hilda del Carmen Orellana Barrera [...] queda comprendido en el derecho a la 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 e incorporales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporales que pertenecen a toda persona por el solo 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 solo por el sujeto mismo, sin que nadie se pueda beneficiar de ello, sin su expreso consentimiento”*⁴².

En una nueva sentencia en materia de recurso de protección planteada por el padre del tenista Fernando González Ch., don Fernando González Ramírez, en contra del canal VTR, el cual aprovecha para campaña publicitaria y comercial la imagen del tenista sin su consentimiento, la Corte Suprema de Justicia precisa:

“7. Que el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, que se ha estimado vulnerado, establece (La Corte reproduce el art. 19 N° 24, inciso primero). La imagen corporal es un atributo de la persona y, como tal compete a la persona el uso de su reproducción por cualquier medio con fines publicitarios o lucrativos; conforma en consecuencia un derecho incorporal protegido por la norma constitucional señalada.

⁴¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique de 12 de enero de 2007, Rol N° 709-2006. N° ID. Lexis Nexos: 3554. En La Semana Jurídica, 22 al 28 de enero de 2007, pp. 552-554.

⁴² Sentencia de la Corte de apelaciones de Valparaíso, de 27 de marzo de 1997, considerando 13. Sentencia confirmada por la Corte Suprema de Justicia. En Revista de Derecho y Jurisprudencia. Segunda parte, Sección quinta, Tomo XCIV, N° 3, septiembre – diciembre de 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 245 y ss.

“Cabe precisar, además, que la persona de que se trata es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos a través de su propio esfuerzo individual, en este caso, en el terreno deportivo-tenístico y por consiguiente el uso de ilustraciones en que ella aparezca tendrá ciertamente una decisiva influencia en el público consumidor, a favor del anunciante, quien de esta manera usufructúa del beneficio económico que de tal difusión se deriva, en perjuicio del recurrente. De aquí entonces, que la empresa recurrida, para poder utilizar la referida imagen, ha debido contar, necesariamente, con la autorización de la persona en cuyo favor se recurre, cuya es la facultad de otorgarla o no, y si lo hace es a él a quien compete fijar las condiciones en que se realice, o acordar los términos pertinentes con quién desea difundirla como base para implementar alguna campaña publicitaria. En la especie, está claro que ello no ocurrió y en consecuencia, la difusión denunciada constituye una conducta ilegal que trasgrede la garantía señalada” ⁽⁴³⁾

En otro caso, referente al conocido futbolista Iván Zamorano Zamora, el cual plantea un recurso de protección por el uso de su imagen sin su consentimiento por parte de VTR Global Com S.A. la que utiliza la imagen con aprovechamiento comercial a través del canal de televisión por cable Fox Sport Premium que transmite los partidos de la Copa Libertadores de América. La Corte en la materia que nos interesa determina:

“Que, en virtud de lo expuesto precedentemente queda claro que la fotografía del aludido deportista ha sido expuesta sin contar con su anuencia, y, como resulta que el derecho a la propia imagen de una persona natural queda amparado por 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 e incorporales; entre estos últimos se encuentran aquellos bienes incorporales que pertenecen a las personas por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Además, el derecho a la propia imagen constituye uno de los atributos de la personalidad, del que se puede disponer solo por el sujeto mismo, sin que nadie pueda beneficiarse de ello sin su expreso consentimiento” ⁽⁴⁴⁾.

En otra sentencia de protección, el tribunal distingue un derecho a la propia imagen, el cual para ser protegido a través del recurso de protección que establece los derechos taxativamente sujetos a protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental, asimila dicho derecho como un ámbito protegido por el derecho a la protección de la vida privada:

“Que aunque como manifiesta el recurrido no puede efectivamente afirmarse que con la sola publicación de la fotografía en referencia -seguida de la expresada leyenda- se haya afectado la honra de la recurrente, no es menos cierto que, al haberse procedido a ello sin su

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3.479-03 de 29 de septiembre de 2003, en La Semana Jurídica N° 155, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 5.

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1009-2003, de fecha 8 de mayo de 2003.

consentimiento previo, se ha perturbado el derecho que el respeto y protección de su vida privada y pública le asegura la constitución. En efecto, el nombre y la imagen del individuo, como atributos de la personalidad, no han podido ser utilizados como en este caso sin el consentimiento previo y expreso de su titular, ni tampoco en provecho y beneficio exclusivo de un tercero no facultado por la ley para ello”;

*“Que no obsta a lo concluido precedentemente el hecho de que la indicada fotografía haya sido tomada en un ‘lugar público repleto de asistentes’ ni que lo haya sido sólo para exaltar ‘una vez mas la reconocida belleza de la mujer chilena’ como se afirma literalmente en el informe del recurrido. En efecto: el hecho de que la fotografía se haya tomado en un lugar público no puede extenderse más allá del arbitrio de la recurrente en cuanto a esa precisa y limitada significación. Es decir, con la sola determinación de la señorita [...] de asistir y beneficiarse de esa playa o lugar público de recreo y veraneo no puede presumirse ni suponerse consentimiento alguno suyo para que mediante la divulgación pública y masiva de ese hecho o decisión discrecional y privada pueda afectarse sus demás derechos esenciales, como son, entre otros, su voluntad de permanecer transitoriamente en un lugar determinado sin el necesario conocimiento de otros, lo que resulta consubstancial y de la esencia y naturaleza misma del derecho que a la protección de su vida privada le asegura la Carta Fundamental”.*⁴⁵

Esta última sentencia citada identifica mejor el derecho a la propia imagen, no la confunde con el derecho a la honra o a la protección de la vida privada, ni con el derecho de propiedad, explicitando que el derecho a la propia imagen también debe ser respetado aunque la imagen sea captada en lugares públicos.

No podemos dejar de comentar que si bien la jurisprudencia de los tribunales mas reciente tiende a identificar claramente el derecho a la propia imagen, existe disparidad de criterios para integrarla o conectarla con el derecho a la privacidad o con el derecho de propiedad. Ya hemos precisado que el derecho a la propia imagen constituye un derecho fundamental autónomo del derecho a la vida privada o a la honra, como asimismo del derecho de propiedad. Es probable que el tema de la conexión con uno de estos derechos tiene por objeto estratégico garantizarlo a través del recurso de protección, al no encontrarse dentro de los derechos constitucionales expresamente señalados en el artículo 20 de la Constitución y, por tanto, se establece la conexión a otro derecho fundamental para protegerlo.

En esta perspectiva, nos parece que la vinculación o conexión más correcta es con el derecho a la privacidad, ya que forma parte de los derechos de la personalidad, los cuales tienen un carácter extrapatriomial, siendo inherentes a la persona humana, indisponible,

⁴⁵ Sentencia en Recurso de Protección, Rol N° 3322-97, Rischmaui Francisca con Consorcio Periodístico de Chile S.A., considerando cuarto y quinto.

inalienable e imprescriptible. La conexión con el derecho de propiedad nos parece inadecuada, ya que este se encuentra dentro de los derechos patrimoniales, lo que ya genera una diferenciación profunda con el derecho fundamental a la propia imagen que es de carácter moral o extrapatrimonial y, por tanto no subsumible en el derecho de propiedad, el cual por naturaleza es negociable, transferible y prescriptible.

La propietarización del derecho a la propia imagen no tiene justificación ni apoyo dogmático alguno. Otra cosa distinta, es que la propia persona, en casos específicos, consienta el uso comercial de su imagen por terceros con objetivos de publicidad, para lo cual se realiza al respecto un contrato y se percibe una remuneración, con lo cual dicho acto jurídico que faculta el uso y explotación comercial de la imagen, lo cual entra en el ámbito patrimonial, como veremos mas adelante en el punto 4.1.3.

La toma en consideración de los actos propios de la persona tiene implicancias en el ámbito de la propia imagen, aún cuando el consentimiento del uso de la propia imagen en determinadas ocasiones, no genera una prescripción del derecho de reacción ante otras nuevas captaciones o difusiones de imagen en otras oportunidades no consentidas. El derecho a la propia imagen no prescribe por no hacerse efectiva la reacción jurisdiccional en un caso determinado.

Asimismo, la irrenunciabilidad abstracta del derecho a la propia imagen no implica que la persona puede consentir un parcial desprendimiento temporal y limitado de alguna facultad o atributo componente que integra este derecho. El consentimiento consiste en una renuncia a la calificación del acto ajeno como constitutivo de intromisión ilegítima en ese caso concreto, constituyendo una autorización cuyo efecto es la supresión de la ilicitud como causal de exclusión de antijuridicidad.

Así puede sostenerse que no hay intromisión ilegítima en la imagen de una persona cuando ella lo ha consentido o cuando está expresamente autorizado por la ley⁴⁶, de manera tal que el legislador y la propia voluntad de la persona delimitan el derecho al respeto de la propia imagen.

Puede sostenerse que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se ha consentido en posar para una fotografía, cuando luego dicha fotografía es publicada o comercializada sin el consentimiento de la persona afectada, ya que la difusión y comercialización de la fotografía requiere de un consentimiento expreso y específico.

La intromisión es también ilegítima cuando la publicación de la imagen se concreta en un

⁴⁶ Crevillén Sánchez. *Derecho de la personalidad, Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Actualidad Editorial Madrid, España. 1995, pp. 100 y ss.

contexto o con una finalidad diferente de la que fue consentida por la persona. La autorización del uso de la imagen puede estar también circunscrita en el tiempo o darse en un momento determinado, transcurrido el cual el uso legítimo de la imagen de la persona se extingue.

En casos de eventuales tensiones entre el ejercicio del derecho a la propia imagen y el ejercicio de determinados roles dentro de establecimientos educacionales, empresas u otros, corresponderá a los tribunales de justicia, determinar analizando las circunstancias de cada caso concreto.

En tal caso es necesario preguntarse si el individuo está relacionándose por si mismo con las demás personas y la comunidad, o si representa la imagen de una institución, la que está determinada en sus respectivos estatutos jurídicos. Si estamos en el segundo caso, consideraremos que la imagen debe ajustarse a los cánones e imagen corporativos. Por el contrario, si sólo está en juego la individualidad del sujeto, en la medida que toma contacto con los demás desde su propia individualidad, puede elegir las opciones estéticas que considere conveniente, por lo cual la imposición de un determinado estereotipo sería un atentado al derecho a su propia imagen.

El derecho a la apariencia en la actividad laboral debe conjugarse con la libertad de empresa y la actividad productiva.

El contrato de trabajo no es un título legitimador de recortes de derechos fundamentales de los trabajadores, aunque la inserción en una empresa modula tales derechos, en aquello que es estrictamente indispensable para el adecuado desarrollo de la actividad productiva o los requerimientos organizativos de la empresa.

No basta que una orden sea legítima *prima facie*, sino que es necesario acreditar que la restricción del derecho a la imagen del trabajador sea instrumental al efectivo desarrollo de su trabajo explicitado en su contrato de trabajo.

La difusión de la imagen de un trabajador que no es una persona de notoriedad pública o involucrada en una función pública carece de relevancia pública, por lo cual requiere de su consentimiento para reproducirla y difundirla.

Por otra parte, en el ámbito laboral, la vigilancia y control para verificar la actividad laboral del trabajador mediante cámaras de video o análogas debe estar debidamente justificada en virtud del principio de proporcionalidad, debiendo ser idónea, necesaria y equilibrada.

En el caso de menores de edad y de incapaces la captación de imágenes y su difusión debe ser con consentimiento expreso, concreto e inequívoco, de su representante legal, salvo el caso en que dichas imágenes repercutan en el interés superior del menor, en cuyo caso, ellas no podrán ser captadas ni difundidas.

Es necesario precisar que cuando se consciente en el uso de la imagen se está ejerciendo el derecho a la propia imagen en su sentido positivo, no existiendo así renuncia al ejercicio del derecho a la propia imagen.

En todo caso, la persona en virtud de principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la propia imagen puede, en cualquier momento, desautorizar o revocar la autorización anteriormente dada para difundir su imagen como expresión del derecho de la personalidad, sin perjuicio de indemnizar los daños o perjuicios patrimoniales producidos con tal decisión.

4.1.1. Derecho a la imagen y derecho a la apariencia.

El derecho a la propia imagen, debemos distinguirla también del *derecho a la apariencia*, el cual incluye el derecho a presentar a los demás una apariencia y a cambiarla, basada en la creatividad en el vestir y el arreglo personal, el adoptar una estética propia en materia de peinados, color del pelo, uso de barba, uso de tatuajes, etc., el cual debe armonizarse con las normas sobre imagen corporativa que desea proyectar la institución en que la persona estudie, trabaje o ejerza alguna actividad.

4.1.2. Derecho a la propia imagen e imagen artística.

El derecho a la propia imagen *no protege la imagen artística* que una persona busque proyectar, ya que ella constituye una representación que es ajena al espacio de los derechos de la personalidad y a su propia imagen como atributo moral de la persona. La imagen artística queda entregada a ámbito legal y contractual, generándose un derecho mercantil y patrimonial de la propia imagen.

4.1.3. La patrimonialización de la imagen y el derecho de publicidad.

La facultad de consentir el uso de la propia imagen por terceros ha propiciado una patrimonialización de la imagen insertándola en el tráfico jurídico. Las personas pueden disponer de la propia imagen, pudiendo autorizar su captación, transmisión y publicación de ella, a título oneroso. Esta perspectiva surge en aquellas profesiones o actividades que por su carácter específico implican la toma o publicidad de la imagen como es el caso de deportistas destacados, artistas, modelos, locutores de televisión, conductores de programas, actores, entre otros.

En tal perspectiva se ha desarrollado el *derecho patrimonial sobre la propia imagen*, vale decir, su utilización como *right of publicity*⁴⁷, consistente en la explotación de signos

⁴⁷ Barnett, S.R. "El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español", en *Revista de Derecho Mercantil* N° 237, Julio-septiembre 2000, España.

característicos de la personalidad con fines comerciales o publicitarios⁴⁸. Se reconoce así un derecho a ser pagado por el uso comercial de nombres, imágenes, voces. Se desarrolla así un derecho de explotación comercial de la imagen de las personas, la que opera en una dimensión patrimonial, sometido a la legalidad ordinaria en los aspectos correspondientes a derechos de uso de la imagen y su remuneración, las indemnizaciones y sanciones por uso ilegal de la misma, entre otros aspectos.

En el ámbito jurisdiccional constitucional, el Tribunal Constitucional Español ha establecido una categórica y clara diferenciación entre el derecho fundamental a la propia imagen y la dimensión patrimonial de la misma:

“El derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida –o incluso en determinadas circunstancias la consentida– de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

“Es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico –especialmente en la Ley orgánica 1/1982....- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo esta dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 C.E.”⁴⁹

En el derecho norteamericano se ha desarrollado lo que se denomina el *right of publicity* como una rama separada del *right of privacy*, desde mediados del siglo XX, donde se reconoce que el primero consiste en la facultad exclusiva de explotación comercial del nombre o de la imagen comercial de la persona, donde lo que se busca no es reparar un daño por intromisión en la privacy, por la difusión de la imagen de la persona, sino una indemnización por el aprovechamiento comercial de la imagen susceptible de valorarse en el mercado⁵⁰.

⁴⁸ Iguartua Arregui, F. La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos. Ed Tecnos, Madrid, 1991, p.17

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/2001, de 26 de marzo, F.2. Un comentario de esta sentencia se encuentra en Pulido Quecedo, M. “La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el derecho a la imagen como derecho personalísimo, Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo”. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional N° 6, 2001, España, pp. 9 – 12.

⁵⁰ Celedonia, Baila. “Recent development in the right of publicity in the United States”. En <http://www.cll.com/articles/article.cfm?articleid=10>.

Melvine Nimmer distingue el *right of privacy* y el *right of publicity* de la siguiente forma:

”Personalidades famosas conectadas a estas industrias (publicidad, cine, televisión y radio) no solicitan la “soledad y privacidad” que Warren Brandais pretendieron proteger. En efecto, privacy es lo único que ellos “no quieren o necesitan”. De lo que se trata es del publicity, aquel puede ser considerado el otro lado de la moneda del privacy. Sin embargo, aunque la personalidad famosa no desee ocultar su luz bajo el privacy, tampoco quiere que su nombre, fotografía e imagen reproducidas y publicadas sin su consentimiento o sin una remuneración a su favor”⁵¹.

La dimensión patrimonial de la propia imagen consideramos que no forma parte del derecho fundamental, el que se relaciona con la protección del ámbito moral de la personalidad, con fundamento en la dignidad humana y que garantiza un ámbito libre de intromisiones ajenas. La protección de valores económicos, comerciales o patrimoniales de la imagen afectan bienes jurídicos de rango legal protegidos por el ordenamiento jurídico pero no forman parte del derecho fundamental y no revisten carácter constitucional.

En el caso de mercantilización de la propia imagen como valor autónomo, sometido al tráfico negocial, distinto del ámbito del derecho a la personalidad, la decisión del titular de la imagen de obtener su desmercantilización debe considerar las condiciones contractuales desarrolladas por las partes, la efectiva voluntad de retirar su imagen del tráfico comercial o si solo se trata de proseguir su explotación comercial en mejores condiciones, ya que aquí está empeñado el principio de buena fe, en este último caso la revocación del consentimiento consideramos que no puede referirse a situaciones anteriores buscando ilegitimizar intervenciones antes consentidas.

Ello no impide señalar que el uso comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento sigue constituyendo una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, al interferir en el ámbito de libre determinación individual que ampara el derecho. El hecho de que el uso sin consentimiento de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye el daño moral al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial⁵².

Por último, el uso de la imagen puede ser revocado por el titular atendiendo a las relaciones jurídicas y derechos creados en favor de terceros, donde ya nos encontramos en el ámbito de los derechos patrimoniales producto del uso de la imagen y no en el marco del derecho fundamental a la propia imagen.

⁵¹ Citado por Marciani Burgos, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Ed. Palestra, Lima, 2004, p. 263.

⁵² Pascual Medrano, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen*. Ed Thomson- Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 81-82

Es necesario tener presente esta dimensión bifronte de la propia imagen en su regulación jurídica, precisando los aspectos que constituyen parte del derecho fundamental y las dimensiones que quedan entregadas a la legalidad ordinaria y al tráfico negocial.

4.2. Los titulares del derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen es propio de los seres humanos y no de personas jurídicas, las cuales pueden tener una imagen comercial pero no un derecho de la personalidad que es propio únicamente de las personas naturales.

Asimismo, tal como el artículo 19 N° 4 de la Constitución protege la honra de la persona y su familia, incluyendo ésta última la memoria de los fallecidos, analógicamente puede señalarse que igual respeto merece la imagen de los fallecidos, la cual puede ser protegida igualmente por su familia o sus herederos.

En el caso de las personas fallecidas, la muerte extingue los derechos de la personalidad, pero su memoria constituye una extensión o prolongación de la personalidad que debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico como bien jurídico digno de protección. Fallecido el titular del derecho y extinguida su personalidad civil, nos parece que su familia y sus herederos pueden invocar legitimación activa para su defensa, como asimismo las instituciones que tienen por fin proyectar su memoria.

4.3. Los límites al derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen admite, como la gran mayoría de los derechos fundamentales, limitaciones derivadas de otros valores y derechos fundamentales, los cuales directa o inmediata o indirecta o mediataamente conforman límites a los respectivos derechos, tal es el caso de la existencia de una información de relevancia pública (artículo 19 N° 12 de la Constitución) y la libertad de creación artística (artículo 19 N° 25 de la Constitución), o de limitaciones derivadas de las leyes, las cuales pueden configurar regulaciones y limitaciones en el ejercicio de los derechos, sometidas a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como asimismo sin afectar el contenido esencial del derecho.

En efecto, el derecho a la propia imagen puede ser objeto de regulación o restricción en virtud de fines constitucionalmente legítimos, compatibles con una sociedad democrática, por el legislador de un modo suficiente y claro, con la finalidad que sean previsibles para sus titulares; asimismo, su aplicación debe ser motivada y ajustarse al principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Así el ordenamiento jurídico puede imponer limitaciones al ejercicio del derecho a la propia imagen como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula.

Constituyen limitaciones legítimas del derecho a la propia imagen las establecidas por las autoridades de conformidad con los preceptos legales en virtud de razones de seguridad pública, los que en todo caso deben respetar su contenido esencial, (video cámaras en lugares de uso público).

El *derecho a excluir a terceros* de la captación de la propia imagen deberá ser ponderado con otros derechos, como es *la libertad de informar* por una parte cuando hay un interés de relevancia pública en ello, como asimismo, con los *derechos patrimoniales* cuando se trata de uso comercial o publicitario de la imagen de las personas, lo que será regulado por las estipulaciones contractuales respectivas, con la libertad empresarial en el ámbito laboral.

La captación y difusión de la imagen de una persona no puede justificarse por si misma, sino solo en virtud de los acontecimientos o acciones en que esté involucrada la persona, vale decir, cuando dichas acciones carecen de repercusión social o relevancia pública, la difusión de la imagen carece de sentido y protección jurídica. Ello nos permite sostener que la difusión de imágenes es legítima cuando reflejan acontecimientos que tiene repercusión social y el protagonista cuya imagen se difunde se encuentra en relación directa con la comunidad o en el ejercicio de una función pública. Por tanto, en esta materia cabe un rol muy importante al juez, el cual debe examinar con prudencia la respectiva acción o acontecimiento y su repercusión y relevancia social para resolver el respectivo caso.

En efecto, en esta materia es conveniente citar un caso español, referente a la publicación en una revista de las fotos de un conocido empresario y una señora de habitual presencia en revistas de la prensa rosa en una reserva federal de Kenia, fotos que habían sido tomadas por un pariente del empresario, sin que pudiera saberse por qué cauce llegaron a una Agencia, la cual las vendió a la revista, dejándose claro que ellas no fueron facilitadas ni por los fotografiados ni por el autos de las fotografías.

El Tribunal Supremo Español determinó al conocer del asunto, que el empresario y la dama eran personajes de notoriedad pública y que las fotos fueron tomadas en un lugar abierto al público, no existiendo en las poses de los fotografiados ninguna situación que implicara una especial intimidad, por lo cual no había en la publicación de las fotografías nada reprochable⁵³.

El caso llega por amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual a diferencia del Tribunal Supremo, parte de la naturaleza de las imágenes difundidas, para determinar si hay o no injerencia ilegítima en el derecho a la propia imagen, determinando que tales imágenes tienen un carácter estrictamente privado y familiar, al margen del derecho a la intimidad, al respecto el tribunal Constitucional español precisa:

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 1997. F. 2. [R.J. 1997, 7176].

“Dichas imágenes se insertan en el ámbito propio y reservado de lo que es la esfera personal de los afectados y, por lo tanto, también de la esfera personal del recurrente en amparo. Su pertenencia a dicho ámbito personal y privado queda además acreditado por las propias circunstancias del hecho que han rodeado a las fotografías cuestionadas: su obtención por un pariente del ahora recurrente, con la cámara de éste, en el contexto de un viaje privado de familiares y amigos y con destino a un recuerdo íntimo. En el contexto que acaba de expresarse queda evidenciado dicho carácter personal, privado y reservado de las expresadas fotografías, cualesquiera que fueran las personas a las que reproducían y el lugar en que se hubieran hecho”⁵⁴.

Esta sentencia pone en evidencia que las personas públicas tienen derecho a la propia imagen cuando no están en el ejercicio de sus funciones públicas, aún cuando se encuentren en lugares públicos, ya que tienen al igual que cualquier otra persona derecho a la protección de la propia imagen como cualquier otro particular que se encuentra de vacaciones en el extranjero, sin perjuicio de contar también con el derecho a la protección de su vida privada, en los cuales el público no tiene ningún interés relevante en conocer.

Siempre será legítimo captar la imagen de una persona, reproducirla o publicarla por cualquier medio cuando ella se encuentre en el ejercicio de un cargo o función pública o el ejercicio de una profesión de proyección pública y la imagen se capte durante el desarrollo de actos públicos o en lugares abiertos al público con objeto de información a la ciudadanía, con la excepción de aquellas personas que desempeñan funciones que por su naturaleza necesitan del anonimato del individuo que las realiza. En todo caso, es necesario señalar que la captación, reproducción y publicación de dichas imágenes solo pueden emplearse para el uso informativo, siendo contrario al ordenamiento jurídico utilizarlas para efectos comerciales, publicitarios o análogos, sin el consentimiento de la persona afectada.

Asimismo, es necesario precisar que hay hechos o acontecimientos de personeros o funcionarios públicos desarrollados en lugares de acceso al público que carecen de relevancia pública, en cuyo caso, su imagen no puede ser socializada sin su consentimiento, ya que en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre ni al desempeño de funciones o actividades públicas, careciendo la imagen de interés general público o la información no confirma o refuta la consistencia de aspectos de su vida que la persona o figura pública ha expuesto al público, siendo tales imágenes de carácter estrictamente privado.

Asimismo consideramos que es lícita la información gráfica de acontecimientos públicos cuando la imagen de una persona determinada aparece como elemento meramente accesorio de la misma.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español citada por Pascual Medrano, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen*. Ed. Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 139-140.

Por otra parte, hay funcionarios públicos que en virtud de la naturaleza de la función que desempeñan deben ser protegidos en su anonimato en virtud de las tareas de orden público o seguridad nacional encomendadas, como puede ser un ejemplo los agentes encubiertos en tareas de investigación de delitos de narcotráfico o de actos terroristas, dentro de la normativa legal vigente y compatible con la sociedad democrática.

Finalmente, consideramos lícito el uso de caricaturas de personajes públicos o que desarrollan funciones públicas, ya que ellas se justifican en el derecho que tiene la comunidad, dentro de un sistema democrático, de opinar y criticarlos, cuando está presente el *animus criticandi* o *iocandi* pero no el *animus injuriandi* o su utilización como escarnio o en un sentido ultrajante, todo lo cual debe considerar el uso social en dicha sociedad, lo que debe ser analizado caso a caso.

Bibliografía

- Alegre Martínez, Miguel Ángel. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, León, España, 1996.
- Alegre Martínez. *El derecho a la propia imagen*. Ed. Tecnos, Madrid, España, 1997.
- Ariel Dotti, René. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. Ed. R.T. São Paulo, Brasil. 1980.
- Armijo, Gilbert. “La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Talca, Chile. Ed. Universidad de Talca. 2003.
- Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. 1997.
- Bala, G. *The right of publicity. The first Amendment: Reconciling the conflict between a proprietary interest of the plaintiff and the constitutional guarantee of free Speech*. En *Villanova Law review*, 27, 1981, pp. 1205 – 1243.
- Barnett, Stephen. “The right to One’s Own Image: publicity and Privacy Rights in the United States and Spain”. En *The American Journal Of Comparative Law*. Vol. 47, 1999.
- Barnett, S.R. “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 237, julio-septiembre 2000, España.
- Bidart Campos, Germán. *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna*. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. UNAM, México. 1998.
- Bidart Campos, Germán. *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Méndez Silva, Ricardo. (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México D.F., 2002.

- Carpio Marcos, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima. 2004.
- Carrillo, Marc. *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*. Ed Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Ed. Tecnos. Madrid, España. 1995.
Casas Vallés, R. "Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82", en *Revista Jurídica de Catalunya* N° 2, 1989, pp. 286 – 369.
- Cea Egaña, José Luis. "El derecho constitucional a la intimidad". *Revista Gaceta Jurídica*, Santiago, Chile, Agosto de 1966.
- Cea Egaña. *Derecho Constitucional chileno*. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002.
- Cea Egaña. *Derecho Constitucional chileno*. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.
- Concepción Rodríguez, José Luis. *Honor, intimidad e imagen*. Ed Bosch, Barcelona, 1996.
- Corral, Hernán. "Configuración jurídica del derecho a la privacidad II: Concepto y delimitación. En *Revista Chilena de derecho*, Vol. 27 N° 2.
- Crevillen Sánchez. Derecho de la personalidad. honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Actualidad Editorial Madrid, España, 1995.
- Cumplido Cereceda, Francisco. "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N°1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Talca, Chile, 2003.
- De Cupis, A. I diritti della personalità. En *Tratado de Diritto Civile e Comerciale*, Volumen IV, Segunda edición, Milán, Italia. 1982
- De Domigo. Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*. ED: Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Delperée, Francis. "O Derecho a dignidade humana", en Barros, S.R., Zilveti, F.A. (Coords). *Direito Constitucional. Estudos en Homenagem a Manuel Goncalves Ferreira Filho*, Ed. Dialetica, Sao Paulo, 1999.
- De Mattia, A; Paladino, A y Galli, G. *Il diritto alla riservatezza*. Giufré, Milán, 1963.
- Desantes Guarner, José María. Y Soria, Carlos. "Los límites de la información". *Cuadernos de periodistas* N° 2. Servicio de Publicaciones de la Asociación de la Prensa, Madrid, España. 1991
- Diez Urzúa, Sergio. Personas y valores, su protección constitucional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1999.
- Dulitzky, Ariel. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano, en Buergenthal, Thomas y Cancado Trindade, Antonio, *Estudios Especializados de derechos humanos*. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996.
- Espin Templado, E. "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8 (1991).

- Espin Templado, E. "La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia", *Estudios de Jurisprudencia Colex*, 8 (1993)
- Eguiguren, Francisco. "las libertades de expresión e información: Alcances y límites. En Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión. Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002.
- Eguiguren, Francisco. "La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano. En Revista *Ius et Praxis*. Año 6 N° 1, Ed. Universidad de Talca, Chile, 2000.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I y II. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1997.
- Fariñas Matoni, L. M. *El derecho a la intimidad*. Trívium. Madrid, 1983
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*. Tercera edición puesta al día. San José, Costa Rica. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004.
- Favoreu, Louis. L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel aux jurisdictions administratives et judiciaires, RFDC N°4, 1990, pp. 581 y ss.
- Fernández Segado, Francisco. 2003. "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos", en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Universita Católica del Sacro Cuore, Milán.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. *El secreto profesional de los informadores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, España, 1985.
- Gitrama González, M. Imagen (derecho a la propia), en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XI, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1962, pp. 301 – 376.
- Goig Martínez, Juan Manuel (Coord). *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Editorial Universitas Internacional, S.L. Madrid, 2006.
- Gómez Bernales, Gastón. *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.
- González, Gorka. "El derecho a la propia imagen". En *Antekirtta*. Universidad Nacional de Piura, Año 1 N° 1, Perú, 1999.
- González Pérez, J. *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas. Madrid, 1986.
- Häberle, Peter. "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005.
- Häberle, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España.
- Haro, Ricardo. « Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos ». En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1.

- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Talca, chile, 2003.
- Haro, Ricardo. « Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales ». En *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 6-2006*. Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2006.
 - Harce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
 - Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed Colex, Segunda edición, Madrid, 1994.
 - Herrero Tejedor, F. *La intimidad como derecho fundamental*. Ed Colex, Madrid, 1998.
 - Higueras, Inmaculada. *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*. Ed. EUNSA, Pamplona, 2001.
 - Iguartua Arregui, F. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Ed Tecnos, Madrid, 1991.
 - Isgour, M. y Voncotte, B. *Le droit a l'image*. Ed. Larcier. Bruxelles. 1998.
 - Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2^a ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille/ Economica. Aix-en-Provence/París, Francia. 1990.
 - López Guerra, L.; Espin Templado, E; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P. y Satrustegui, M. *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1991.
 - Madrid, Fulgencio. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, Valencia, España, 1984.
 - Manili, Pablo Luis. « La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano ». En Méndez Silva, Ricardo. (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México D.F., 2002.
 - Marciani Burgos, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Ed. Palestra, Lima, 2004
 - Maritain, Jacques. *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*. Ed. Debate. Madrid, España, 1991.
 - Martín Retortillo-Baquer, L. y Otto, I. De: *Derechos fundamentales y Constitución*, Ed. Cívitas. Madrid, España. 1988.
 - Medina, Cecilia. *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile. 1994.
 - Mieres Mieres, Luis Javier. *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
 - Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica; Cayuso, Susana. *Constitución y derechos humanos*. Tomo 2. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1991.
 - Montanari, L. *I Diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*. Torino, Italia, 2002.
 - Modugno, F. I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza Della Corte Costituzionale, Torino, Italia,

1995

- Nogueira Alcalá, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia". En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile. 2003.
- Nogueira Alcalá. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. 2003.
- Nogueira Alcalá. *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2002.
- Nogueira Alcalá. *Dogmática Constitucional*. Ed. Universidad de Talca, Chile. 1997.
Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. Ed. Librotecnia. Santiago, 2006.
- Nogueira Alcalá. Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del Hábeas Data, en *Revista Ius et Praxis*, año 3 N° 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile 1997.
- Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. 2^a Ed. Ed. Siglo Veintiuno editores, México. 1981
- O'Callaghan, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Ed. Revista de Derecho Privado. EDERSA, España 1991.
- Pace, Alessandro. *Problematica delle libertà Costituzionali*. parte especial, 2^a ed. Cedam. Padua, 1992.
- Pace. "El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass Media", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 52, Madrid, 1998.
- Padilla, Miguel. *Lecciones de derechos humanos y garantías*. Tres tomos. Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1986.
- Pascual Medrano, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen*. Ed Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.
- Pérez Luño, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- Prieto Sanchís, Luis. Estudios de Derechos Fundamentales. Ed. Debate, Madrid, 1990.
- Pulido Quecedo, M. "la negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el derecho a la imagen como derecho personalísimo. Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo". Repertorio Aranzadi del tribunal constitucional N° 6, 2001. pp. 9 – 12.
- Quiroga León, Aníbal. "Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 6-2006. Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2006.
- Ravanas, J. *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*. Ed. L.G .D.J ;, Paris, 1978.
- Rebollo Delgado, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Segunda edición actualizada, Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2005.

- Ríos Álvarez, Lautaro. *La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español*. En obra colectiva, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso. 1985.
- Rivero, J. *Les libertés publiques*, 4^a ed. Presses Universitaires de France. París, Francia, 1989
- Rigaux, F. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. ED. LGDJ, Paris, 1990.
- Robert, J. y Duffar, J. *et Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6^a ed. Montchrestien. París, Francia. 1996.
- Romero Coloma, A.M. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*. Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- Rovira Sueiro, M.E. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Comares SL, Granada, 2000.
- Roche J.: *Libertés publiques*. Dalloz, 6^a ed. París, 1981.
- Roux, André. *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*. Ed. Economica, París, Francia, 1983
- Royo Jara, J. *La protección del derecho a la propia imagen*. Madrid, 1987.
- Rubio Llorente, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales*. Ed. Ariel, España, 1995.
- Ruiz Miguel, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos, Madrid, España. 1995.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2, 2da. Ed. actualizada. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Sagüés. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias recientes”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Chile, Universidad de Talca. 2003.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. “Sobre derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 15, España, 1985.
- Schneider, H.P., «Peculiaridad y función de los Derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático», *Revista de Estudios Políticos*, N° 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979
- Schawe, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS. 2003.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.
- Soto Kloss, Eduardo. “La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos”. En *Revista de Derecho Público* N° 41-42, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1987.
- Stern, Klaus, «El sistema de los derechos fundamentales en la RFA», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1, septiembre - diciembre, Madrid, España. 1998.
- Stoufflet, J. *Le droit de la personne sur son image*. París, 1957.

- Torres-Dulce Lifante, Eduardo. *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. ED. Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Trudel, Pierre y Abran, France. *Droit du public á l'information et vie privée*. ED. Universidad de Montreal, Montreal, 1992.
- Urubayen, M. *Vida privada e información, un conflicto permanente*. Ed. Eunsa, Pamplona, 1977.
- Varas Alfonso, Paulino. “respeto a todo derecho inherente a la persona aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución”. *XX Revista Chilena de Derecho N° 2-3*. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 1993.
- Ventura, Manuel y Novato, Daniel. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. Vercellone, P. *Il diritto sul proprio ritrato*. Turín, 1959.
- Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Segunda Edición, 1997.
- “La recepción de los derechos humanos en la Constitución de 1980”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales N° 20, Santiago, 1989.
- Vidal, Tomás. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Vítolo, Alfredo. “El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 6-2006*. Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Iquique, 2006
- Vivanco, Ángela. *Las libertades de opinión e información*. Editorial Andrés bello, Santiago, 1992.
- Von Munich, I. “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, en *Revista Española de Derecho constitucional N° 5*, Madrid, 1982.
- VV. AA. *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Ed. CEC, Madrid, España. 1984.
- VV. AA., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1985.
- VV. AA. *La justicia constitucional en la actualidad*. Corporación Editora nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Ecuador, 2002.
- VV. AA. *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*. Berlín, Ed Franz Matscher – Herbert Petzold. 1996.
- VV. AA. *Dignidad de la persona*. Ed. IPF. Madrid, España, 1982.
- Warren, S.D. y Brandeis, L.D. “*The right to privacy*”, Harvard Law Pilar Baselga, introducción de Benigno Pendás (El derecho a la intimidad, Cívitas. Madrid, 1994).
- Westein, Alan F. *Privacy and Freedom*. Ed. Atheneum. 6^a Ed. Nueva York, Estados Unidos, 1970.
- Warwick, Montgomery. *Human rights and human dignity*. Probe Books, 1986.

El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito.
Fundamentación y caracterización.

- Wolfgang Sarlet, Ingo. "As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana", en
- Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005.