

El daño (moral) a la imagen personal en Internet desde el derecho civil mexicano*

El derecho a la imagen personal¹ se encuentra regulado por una diversidad normativa en nuestro país. Se localiza en las leyes autoral,² civil y penal, y en regulaciones locales.³ Esta situación ha creado una *pluralidad normativa*, cuestión que complica el reclamo de una afectación hacia este derecho por parte de las personas. Esto lo podemos ver en los diversos juicios⁴ sobre casos de gente famosa o de importancia pública. La Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ (SCJN) define al derecho a la imagen personal desde la Ley Federal de Derecho de Autor (LFDA) como “parte del derecho a la identidad, y como un derecho personalísimo que

* Elaborado por Francisco Chan Chan, docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del doctorado en derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El presente trabajo es una parte del proyecto de investigación de dicho posgrado. ORCID: 0000-0002-5733-9318.

¹ En el presente trabajo usaremos los términos “derechos a la propia imagen” y “derecho a la imagen personal” como sinónimos.

² Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 87 y 216 bis.

³ El principal ejemplo es la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México).

⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil”, en Adame Goddard, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, p. 372.

⁵ Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, 2009.

tiene todo individuo de decidir cómo se muestra a los demás, esto es la potestad de disponer en el ámbito de su propia autoridad y en forma libre de su propia imagen”.⁶ Este concepto se estableció como una limitante, por parte del autor de una obra fotográfica, para comercializar con ella siempre y cuando la persona que aparece le otorgue su consentimiento para ello.

En diversas resoluciones la SCJN ha establecido un *criterio* sobre la aplicación de la LFDA para reclamar las afectaciones al derecho a la propia imagen y solicitar la reparación del daño (material) correspondiente. Esto es así porque para la Corte no se trata de un derecho exclusivo de los autores, sino que busca proteger de forma general a las personas titulares del derecho a la imagen personal frente a actos que puedan llegar a transgredir sus derechos.

Lo anterior lo podemos observar en el amparo directo 24/2016 de la Primera Sala de la SCJN, en el cual una mujer reclamó que una revista publicó fotografías de ella, con el torso desnudo, sin su autorización, razón por la cual demandó la reparación del daño moral. La Corte determinó que la violación al derecho a la propia imagen no da lugar a la reparación del daño moral, pero sí material, en términos de la LFDA.

En este mismo sentido, en el amparo directo en revisión 4083/2020, la SCJN reiteró su criterio sobre la aplicación de la LFDA para reclamar las afectaciones al derecho a la imagen personal y solicitar la reparación del daño material correspondiente. En este caso, una persona promovió un juicio civil por sí misma y en representación de su hijo menor, en contra de una revista por el uso indebido de su imagen en una de sus publicaciones. La Sala consideró que, a diferencia de los derechos de autor, que nacen de la creación literaria o artística, el derecho a la propia imagen está indisolublemente ligado a la individualidad y dignidad de la persona para *decidir libremente* la imagen con la que quiere mostrarse frente a la sociedad, así como el poder de decisión sobre las representaciones o manifestaciones gráficas de esa imagen y los usos o finalidades que se pretenda dar a éstas.

⁶ Tesis Aislada: 2a. XXVI/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, 2016.

Algo de suma trascendencia en el amparo directo en revisión 4083/2020, es que la Primera Sala señaló que la LFDA, en sus artículos 87 y 216 bis, protegen el derecho a la propia imagen en aquellos casos en los que la utilización de una imagen se hace sin el consentimiento del titular, razón por la cual, desde su óptica, contempla la posibilidad de reparación del daño (material), además de prever otros mecanismos para la defensa y protección de tal derecho; sin embargo, la Corte no contempla el daño moral en la citada ley, y menciona en el amparo de referencia lo siguiente:

Es en esos términos que esta sala ha establecido la doctrina sobre la manera en la que la legislación autoral regula la reparación del daño por violaciones a la propia imagen pues, por un lado, se puso de manifiesto que la Ley Federal del Derecho de Autor no establece la posibilidad de reparar el *daño moral* ocasionado por la vulneración del derecho a la propia imagen, no obstante, se reconoció que, al tratarse de un derecho inmaterial que puede explotarse comercialmente, dicha legislación sí contempla la posibilidad de reclamar daños materiales por vulneraciones al derecho a la propia imagen y *los mecanismos para hacerlo, en el entendido de que la indemnización por daño moral debe analizarse y fundarse en otros cuerpos normativos.*⁷

En la actualidad, los sujetos de las relaciones jurídicas de cierta forma se *virtualizan*, lo que crea una identidad digital.⁸ Daniel Peña Valenzuela menciona que, de un territorio virtual, la regulación legal de Internet “ha construido nuevas categorías, ha resuelto nuevos problemas y en muchos casos ha reinterpretado nociones jurídicas tradicionales para adaptarlas a las

⁷ Amparo directo en revisión 4083/2020 de la Primera Sala de la SCJN. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁸ Peña Valenzuela, Daniel, “Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, vol. XXXVI, núm. 100, 2015, p. 78. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311848>.

necesidades de la sociedad de la información y para mitigar los riesgos propios del vértigo que la caracteriza”.⁹

La idea anterior la compartimos en relación con la regulación del derecho a la imagen personal. Internet crea riesgos únicos del ciberespacio, como la escalabilidad (ampliación), la transjurisdiccionalidad y el efecto en la memoria (derecho al olvido), entre otros, efectos que nos obligan a establecer nuevas categorías para estas complejidades, y el derecho a la imagen personal no es la excepción.¹⁰

El objetivo del presente trabajo es analizar el concepto de *daño* a la imagen personal en Internet desde la tutela del derecho civil, tomando en consideración los riesgos y factores de la infraestructura de Internet. Es por ello que se divide en seis secciones: *a)* el derecho a la imagen personal y la responsabilidad civil; *b)* el daño; *c)* el daño moral; *d)* teorías de la reparación del daño; *e)* elementos del daño, y *f)* una crítica.

El derecho a la imagen personal y la responsabilidad civil

Las afectaciones al derecho a la imagen personal han sido discutidas sobre diferentes ópticas. Las nuevas tecnologías, así como la facilidad de captura, almacenamiento, ampliación de la red y publicidad, nos hacen ver este derecho con independencia de otros derechos de la personalidad. Esto no quiere decir que la imagen personal no tenga un vínculo con estos últimos, sino todo lo contrario. En relación con ello, Flores Ávalos señala que “la mayoría de los casos cuando se vulnera la privacidad, la fama y el honor personal al publicarse una imagen,

⁹ *Idem*.

¹⁰ Pisanty, Alejandro, “Open Internet Governance: The 6F Framework and COVID-19”, *Medianama*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3tBik4e>.

se daña en primera instancia el respeto a la imagen personal, por ser su representación física parte indivisible de ella, y se suma a ello, los daños ocasionados al honor, fama o privacidad”.¹¹

El daño causado al derecho a la imagen personal puede abrir la puerta para la afectación de otros derechos. En relación con lo anterior, la citada autora señala:

...tenemos el innegable avance de la tecnología que cada día nos sorprende más. Las cámaras fotográficas y de video, se encuentran hasta en teléfonos celulares que permiten procesar la imagen de cualquier persona y proyectarla en computadora, incluso, manipularla y transmitirla por Internet a un grupo pequeño de personas o hasta subirla a una página *web* y exhibirla sin ningún impedimento tecnológico. Esto hace vulnerable el respeto a la imagen de la persona e implica mayor atención en el ámbito jurídico para su protección.

Aun reconociendo la independencia del derecho a la imagen, no podemos negar que habrá casos en donde la afectación a este derecho esté acompañada por daños a la *privacidad*, al *honor* y *fama*...¹²

En este sentido, se observa claramente una división entre las afectaciones al derecho a la imagen personal y la privacidad de la persona. Adicionalmente, podemos decir que también se distingue de las afectaciones causadas por el artículo 87 de la LFDA, el cual señala que “el retrato de una persona sólo puede ser *usado* o *publicado*, con consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes”.¹³ Sin embargo, este dispositivo únicamente se refiere a *usar* o *publicar*, debido a los fines comerciales de la propia LFDA. Esto se refiere al sentido *positivo*¹⁴ del derecho a la imagen

¹¹ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 374.

¹² *Idem*. Las cursivas son propias

¹³ Las cursivas son propias.

¹⁴ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 372.

personal como la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar nuestra imagen, para fines personales como recuerdos familiares, situación que puede traer aparejados consigo *beneficios económicos*, como los ejercidos por modelos profesionales, actores, actrices, deportistas, etcétera.

A diferencia de la LFDA, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, señala en su artículo 17 que “toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la *captación* o difusión de la misma”. Esta ley agrega un elemento importante, que es la captación, la cual puede ser de distintas formas, es decir, no únicamente habla de su uso o publicación, sino que agrega la acción de capturar una imagen. Esta ley nos habla de una protección *anterior* a la difusión o publicación, y que es el simple hecho de capturar la imagen de una persona, sin consentimiento.

El daño

El daño es la lesión o menoscabo de los intereses jurídicos patrimoniales y sentimentales de la víctima; en otras palabras, la lesión de un interés humano susceptible de protección jurídica. En el año 287 a. C., en la antigua Roma, en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley cuyo objeto era regular la *reparación del daño* causado a otro. A esta ley se le conoció como la Ley Aquilia.¹⁵

En el derecho civil, “daño” se relaciona, en legislaciones, con “perjuicio”, es decir, todo daño, como deterioro, destrucción, mal, sufrimiento, una pérdida patrimonial. En México,

¹⁵ El objetivo de esta ley era limitado. Se refería a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, o destruir o deteriorar una cosa. Véase en García Mendieta, Carmen, voz “daño”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, D, México, UNAM, 1983, p. 13.

el daño está regulado en el artículo 2108 del Código Civil Federal, y se define como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Así, en relación con el daño, podemos mencionar las siguientes teorías:¹⁶

- a) *Teoría de la diferencia*. Establece que el daño se produce en el patrimonio de una persona, y considera la suma global de valores, y su magnitud es la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo.
- b) *Teoría del daño concreto*. Señala que el daño patrimonial es el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales.
- c) *Teoría del daño normativo*. Surge en Alemania, y fue recogida en Italia para superar la determinación del daño mediante el cálculo diferencial y la compensación patrimonial que se pretende con la teoría de la diferencia.

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, que puede derivar de fuentes contractuales, de una declaración unilateral de voluntad, de figuras autónomas (enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios), de un hecho ilícito, de un delito, o de un mandato legal por causas objetivas.¹⁷

¹⁶ Vicente Domingo señala que "...dada la complejidad de la comparación, tanto la doctrina alemana como la italiana, donde sus tribunales la acogieron con más entusiasmo, la han criticado por ser excesivamente abstracta y por reducir arbitrariamente el daño al campo patrimonial, contradiciéndose completamente, con el dato real de que el daño puede recaer en la persona y sus atributos, se configuren, o no, como derechos subjetivos". Vicente Domingo, Elena, "El daño", en Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, José Manuel (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5a. ed., España, Thomson Reuter, 2014, p. 326.

¹⁷ García Mendieta, Carmen, *op. cit.*, p. 13.

La responsabilidad civil extracontractual es la causada por el incumplimiento de un deber u obligación de comportamiento provisto por la ley, sin la necesidad de que exista en deudor y en el acreedor alguna relación jurídica voluntaria relacionada con el daño causado.¹⁸ Esta responsabilidad se entiende como una consecuencia de la obligación de reparar el daño causado por la actualización de un supuesto jurídico contenido en la norma o por el incumplimiento de un deber de cuidado.¹⁹ El Código Civil Federal, en su artículo 1910, establece que esta responsabilidad surge del obrar ilícitamente o contra las buenas costumbres.

El daño moral

El daño moral surge por la necesidad de protección de las afectaciones que sufren las personas en su espíritu, como un aspecto esencial de la personalidad humana. Es correlativo a la violación a un derecho de la personalidad.²⁰ La persona a quien se le ha violado alguno de estos derechos (como el derecho a la imagen personal) cuenta con una *acción de daño moral* para reclamar tal afectación ante los tribunales correspondientes.²¹

El artículo 1916 del Código Civil Federal define al daño moral como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. El mismo artículo señala que cuando un hecho u omisión ilícita produzca un daño

¹⁸ Muñoz, Edgardo y Vázquez Caballero, Rodolfo, p. 31

¹⁹ *Ibidem*, p. 33.

²⁰ Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, p. 41.

²¹ Es importante señalar que la legislación contempla otras formas de ocasionar daño moral, como la responsabilidad objetiva.

moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.²²

González Trujano señala que los códigos civiles locales de Tlaxcala, Quintana Roo, Puebla y Jalisco fueron los primeros en seguir la doctrina del patrimonio moral sostenida por Gutiérrez y González.²³ En este sentido, la mayoría de los códigos civiles²⁴ reconocen la protección del derecho a la propia imagen y su reparación por la *acción de daño moral*.

En 2006 entró en vigor la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (LRCP), la cual marcó un cambio en la protección del derecho a la propia imagen y en los derechos de la personalidad. Esta ley derogó el último párrafo del artículo 1916 y el artículo 1916 bis, ambos del Código Civil

²² Responsabilidad civil extracontractual se puede definir como los presupuestos, condiciones y circunstancias por los que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelado, como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero, tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación. Véase Vicente Domingo, Elena, *op. cit.*, p. 70.

²³ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 876, citado por González Trujano, Claudia Stephany, *El uso explotación comercial y límites al ejercicio del derecho a la propia imagen del artista*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 37.

²⁴ Los códigos civiles de los estados de Aguascalientes (artículo 1790), Baja California (artículo 1790), Baja California Sur (artículo 1821), Campeche (artículo 1821), Coahuila de Zaragoza (artículos 102, 103, 1895 y 1895 bis), Colima (artículo 1807), Chiapas (artículo 1892 bis), Chihuahua (artículos 1801 y 1801 bis), CDMX (antes Distrito Federal, artículo 1916), Durango (artículos 1800 y 1800 bis), Guerrero (artículo 1760), Jalisco (artículos 1394 bis, IV y 33), Estado de México (artículos 2.5 y 7.154), Michoacán de Ocampo (artículos 1082 y 1083), Morelos (artículos 1348, 1348 bis y 1348 ter), Nayarit (artículo 1289), Oaxaca (artículo 1787), Puebla (artículos 82 y 83), Querétaro (artículos 43 y 47), Quintana Roo (artículos 674 y 676), San Luis Potosí (artículos 1752 y 1752 bis), Sinaloa (artículo 1800), Sonora (artículo 2087), Tabasco (artículo 2051), Tamaulipas (artículo 1164), Tlaxcala (artículo 1402), Veracruz (artículo 1849) y Yucatán (artículos 1104 y 1105). Véase González Trujano, Claudia Stephany, *op. cit.* pp. 37 y 38.

para el Distrito Federal, y tomó como modelo la Ley Orgánica 1/1982 española de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Su capítulo III es exclusivo del derecho a la propia imagen (artículos del 16 al 21). En su artículo 1o. indica la protección de los derechos de la personalidad a nivel internacional reconocido por el artículo 133 de la Constitución mexicana, así como el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de libertad de expresión. En ese mismo artículo, segundo párrafo, señala que “tiene por finalidad regular el daño patrimonial moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión”.

La LRCP, en su artículo 23, señala que la “violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la *propia imagen* constituyen un menoscabo al patrimonio *moral*, su afectación será sancionada en los términos y condiciones establecidos en el presente ordenamiento.” El artículo que le sigue menciona que el daño será moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima, y precisa que se considera parte del *patrimonio moral* el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la *imagen de la persona misma*.

Por otro lado, establece excepciones cuando la causa del daño moral se derive de opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión.

Teorías de la reparación del daño moral

Entre las teorías de la reparación del daño, Parra Trujillo las clasifica en tres grandes grupos, que son: a) las que niegan la reparación; b) las que aceptan la reparación, pero la

hacen depender de circunstancias, y c) las que aceptan la reparación del daño lisa y llanamente.²⁵

En relación con las teorías que niegan la reparación del daño, se subdividen en: *i)* la que se basa en la imposibilidad de aportar prueba objetiva para acreditar el daño; *ii)* la que se sustenta en la imposibilidad de ser evaluados con exactitud; *iii)* la que señala que reparar un daño moral de una forma económica es un acto inmoral; *iv)* la que señala que los daños morales son pasajeros y desaparecen sin dejar huella, y *v)* la que afirma que la reparación del daño moral es un enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, en relación con el segundo grupo, se dividen en: *i)* la que hace depender la reparación del daño moral de la existencia de un daño pecuniario; *ii)* la que hace depender la reparación del daño moral de un ilícito penal; *iii)* la que hace depender la reparación del daño moral de los bienes no pecuniarios que se lesionen, y *iv)* la que hace depender la reparación del daño moral de la clase de deber jurídico que se viole.

Las últimas, se dividen en tres rubros: *i)* la reparación del daño moral como una función satisfactoria;²⁶ *ii)* la reparación del daño moral explicada como una pena privada, y *iii)* la reparación del daño moral como una función mixta.

Elementos del daño

Para Cienfuegos Salgado, el daño moral es una figura jurídica en construcción, la cual tiene su sede “natural” de regulación en el derecho civil. La responsabilidad civil extra-

²⁵ Parra Trujillo, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 44.

²⁶ *Idem*.

contractual juega un papel muy importante debido a la diversidad de daños que surgen con frecuencia a consecuencia de la masificación del Internet.²⁷ Las nuevas tecnologías, como la red y sus procesos, implican la creación de nuevos riesgos de daños o pérdidas que anteriormente no existían y que van estableciendo una pauta en la regulación de estas nuevas conductas.²⁸

La doctrina y la jurisprudencia²⁹ establecen tres elementos necesarios para imputar el daño moral: a) la existencia de un hecho y omisión ilícita de una persona; b) que produzca una afectación a la persona en cualquier de los bienes tutelados en el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, y c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

Los tres elementos los explicaremos a partir de un caso en el cual se afecta el derecho a la propia imagen:

Felipe es un estudiante de mecatrónica en la Facultad de Ingeniería de la UNAM. Un sábado decidió ir a una fiesta de disfraces, en la cual asistieron muchos de sus compañeros y compañeras de su salón y de la facultad. Felipe usó un disfraz de Frankenstein que no le gustaba mucho, pero cumplía con su cometido. Al tener un problema con el cierre del disfraz, él se dirigió al baño para revisar qué pasaba. Mientras él estaba en el baño, Javier (un estudiante de física de la UNAM) le tomó una fotografía (en ropa interior) sin que Felipe se diera cuenta. Esta imagen, Javier la subió a tres espacios en la red: a) Facebook; b) un blog de la universidad; y c) la nube (Google Drive), donde la imagen se guarda en diversas carpetas compartidas de él.

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Tesis 1a. CCXL/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, 2014, p. 40.

Antes de entrar al estudio del caso, haremos una precisión sobre los espacios de Internet en los que se subió la fotografía. Cuando hablamos en general de Internet, parece que éste es un lugar uniforme y consistente en el cual se aplican reglas generales para las conductas que surgen. Sin embargo, esto no es así. Para este caso en concreto, cada espacio tiene ciertas reglas³⁰ establecidas desde diferentes perspectivas. Facebook se rige por dos documentos, que son: los *términos y condiciones*, y sus *normas comunitarias*,³¹ y presenta mecanismos específicos para el retiro de una imagen. El primero, es un contrato en el cual se establecen las condiciones sobre las cuales la plataforma interactúa, las obligaciones que los usuarios deben aceptar para participar en la aplicación, y el correcto significado de resolver una controversia en el caso de que surja una. No únicamente se enfoca al contenido apropiado y comportamiento de los usuarios, sino más a responsabilidad civil, propiedad intelectual, arbitraje, y otros avisos legales.

El segundo, en palabras de Tarleton Gillespie:

Es el documento que usuarios tienden a leer si tienen una pregunta sobre el correcto uso del sitio o buscar contenido orientados o usuarios que los hayan ofendido. En un lenguaje deliberadamente franco, este documento expone las expectativas de la plataforma sobre qué es adecuado y qué no es. También declara los principios de la plataforma y lista de prohibiciones con diversos grados de explicación y justificación.³²

³⁰ Una parte esencial para el entendimiento de la moderación de contenido es comprender en qué instrumento se basan las decisiones que Facebook toma al momento de aplicarlas. Es decir, en dónde se establecen las reglas para moderar el contenido, quién las establece y cómo. En general, las plataformas cuentan con dos principales documentos: a) términos del servicio, y b) normas comunitarias. Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, Content Moderations, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Nueva York, Yale University Press, 2018, p. 46.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 26.

Estas últimas son las reglas que establecen lo que está y no está permitido en Facebook. En la propia página web de esta red nos dice:

...se basan en los comentarios que recibimos de las personas y en los consejos de especialistas en campos como tecnología, seguridad pública y derechos humanos. Para garantizar que se valore la opinión de todos, diseñamos con mucho cuidado normas que incluyen diferentes perspectivas y creencias, en particular y comunidades que, de otro modo, podrían ignorarse o marginarse.³³

Por lo que respecta a los mecanismos para el retiro de imágenes, los localizamos en su plataforma en el apartado “Reportar infracciones a la privacidad”.³⁴ En relación con el *blog*³⁵ y la nube, éstas dependen de los términos y condiciones³⁶ de Google, y al igual que Facebook, operan mediante estos estándares.

Daño o afectación a los derechos de la personalidad

El bien protegido es la imagen de la persona, la cual se ve afectada cuando existe una captura de la misma sin consentimiento. En relación con esta afectación, Parra Trujillo señala: “la afectación a los bienes morales se presenta cuando se acreditan los actos materiales que a ellos se refieren, por ejemplo, el divulgar imágenes personales o datos sobre la vida pri-

³³ Disponible en: https://transparency.fb.com/es-la/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2F%3Flocale%3Des_ES.

³⁴ Disponible en: <https://www.facebook.com/help/contact/144059062408922>.

³⁵ Consideramos la página Blogger para el *blog*. Es importante mencionar que ésta no es la única.

³⁶ Disponible en: <https://policies.google.com/terms?hl=es>.

vada de alguien, sin tener que acreditarse el sufrimiento o daño espiritual”.³⁷ En este punto nos preguntamos si nace la afectación al momento de *captar* o de *divulgar*, que son dos instancias diferentes. La LRCP dispone en el artículo 17, que el derecho sobre la imagen personal se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando o no la *captación* o *difusión*. Asimismo, en el artículo 26 señala que

La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos sin la autorización de la persona constituye una afectación al patrimonio moral.

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de la misma se genere.

Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen.³⁸

La protección del derecho a la imagen personal desde la LRCP es mayor a la de la LFDA, ya que abarca desde la captura de la fotografía, momento que es anterior a la publicación o incluso la difusión.

El cometimiento en un hecho ilícito

El incumplimiento de un deber se refleja en un hecho ilícito o violación al deber de cuidado, de conformidad con el artículo 1910 del Código Civil Federal, o en la actualización

³⁷ Parra Trujillo, Eduardo de la, *op. cit.*, p. 169.

³⁸ Las cursivas son propias.

de una conducta de riesgo. La doctrina sostiene que la configuración del hecho ilícito requiere de tres elementos, que son: una conducta antijurídica, culpable y dañosa.³⁹

El artículo 18 de la LRCP señala que constituye un acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento, sin mencionar la captación, como se señala en el artículo 17 de la misma ley.

La existencia de un nexo causal (relación causa-efecto entre ambos acontecimientos)

Podemos decir que el nexo causal es la relación de causalidad entre el daño resarcible y la conducta generadora del daño. Este nexo se establece en el artículo 2110 del Código Civil Federal, que establece que “los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”. Es decir, nace una obligación de resarcir el daño causado.

³⁹ “Así, se entiende por una conducta antijurídica, aquella que es contraria a derecho, ya sea porque viole una disposición jurídica, o el deber jurídico de respetar el derecho ajeno. Asimismo, obra con culpa o falta quien causa un daño a otro sin derecho; dicha culpa o falta se traduce en no conducirse como es debido, esto es, una conducta culpable es aquella proveniente de la negligencia o falta de cuidado. Finalmente, el daño es una pérdida o menoscabo que puede ser material o extrapatrimonial; de ahí que, desde un punto de vista económico, el daño es la pérdida o menoscabo que una persona sufre en su patrimonio, y el perjuicio es la privación de la ganancia lícita a la que tenía derecho. Por su parte, el daño o perjuicio extrapatrimonial (también conocido como daño moral) es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su integridad física o psíquica, en sus sentimientos, afecciones, honor o reputación. En conclusión, un hecho ilícito puede definirse como la conducta culpable de una persona que lesiona injustamente la esfera jurídica ajena”. Tesis 1a. LI/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, tomo I, febrero de 2014, p. 661.

Crítica

El daño

Si bien el daño en relación con la imagen personal que señala la LRCP establece supuestos como la *captación*, la *reproducción* o la *publicación*, cada uno de estos tiene diferentes niveles de afectación. Es decir, el daño causado por una captura no es el mismo por una reproducción o por una publicación. Y esto lo explicaremos mediante el caso de Felipe.

Si Javier hubiera únicamente capturado la imagen de Felipe y almacenado en la nube, el daño ocasionado sería mínimo. Y tal vez no se hubiera enterado de esta cuestión. En cambio, como Javier subió la fotografía a un grupo escolar, esto causó afectaciones a Felipe, como burlas, insultos y ofensas, las cuales no únicamente se ubicaron en la Facultad de Mecatrónica de la UNAM, sino que pudieron llegar a otras instituciones de la misma universidad. Estas consecuencias sucedieron por el simple hecho de subir a Internet (Facebook, Blog y/o Google Drive) la imagen. Si complicamos la situación, tal vez hasta Felipe, a causa de tal afectación, tuvo que suspender un semestre sus estudios o incluso cambiarse de universidad.

Estas afectaciones a causa de subir una imagen (no consentida) a Internet, las vemos similares en el caso real de Yucatercos, en el cual, a pesar de que la página fue dada de baja y los culpables fueron aprehendidos, las víctimas (en su mayoría mujeres) tuvieron afectaciones posteriores, como acoso en la calle, insultos en grupos de WhatsApp, pérdida de trabajos y de semestres escolares.

Por tal razón, algunas afectaciones, como en el caso citado, se consideran afectaciones permanentes en la vida de las víctimas. Internet crea estos *riesgos*⁴⁰ debido a sus factores en la infraestructura, como la escalabilidad, la transjurisdicción y la memoria.

⁴⁰ Cuando hablamos de riesgos, nos referimos a los riesgos causados por la arquitectura de Internet, que son: la falta de control de las imágenes en el ciberespacio y la relación que tiene la imagen personal con otros derechos de la personalidad, y cómo es una puerta para la afectación de estos.

El hecho ilícito

Si tomamos nuevamente el caso de Felipe, éste se configura en dos momentos. En la *captura* sin consentimiento de su imagen y en la *publicación* de ésta en Facebook, en el blog de la universidad y en la nube. Asimismo, podemos señalar que la conducta de Javier fue dañosa en el sentido del perjuicio que le causó a Felipe y las repercusiones que tuvo este último en su universidad. En relación con este elemento de la responsabilidad civil, es relativamente fácil comprobar su existencia como un hecho ilícito.

El nexo causal

La parte del nexo causal es la más complicada para probar, debido al ecosistema de Internet. Si retomamos el caso de Felipe, es importante responder cómo podemos establecer un vínculo entre las burlas que tuvo él en la escuela, y la captura y publicación de su imagen en los diferentes espacios de Internet, que son Facebook, el *blog* universitario y la nube. En otras palabras, ¿se puede establecer un nexo entre lo anteriormente señalado?

Es importante señalar que la *pérdida* del control de nuestra propia imagen es uno de los principales riesgos en Internet para el derecho a la imagen personal. Hasta ahora, no existe una forma de conocer cuántas imágenes de nosotros existen en el ciberespacio. Para explicar este punto, podemos mencionar el caso de las obras impresas. Cuando se imprime un libro o una revista, ésta cuenta con un número de tiraje establecido. Si nosotros imprimimos una revista con nuestra fotografía, y el libro cuenta con 500 ejemplares, éstas pueden ser contabilizadas sin problema y hasta conocer en dónde se encuentran ubicadas.⁴¹ En cambio, una

⁴¹ En el intercambio de revistas científicas impresas, muchas universidades tienen un registro de las instituciones académicas o bibliotecas donde se envían las obras.

imagen puede ser copiada, duplicada, fotografiada, capturada desde cualquier dispositivo y sin tener un *registro*, sin conocer dónde se ha almacenado o poder controlar las copias.

Lamentablemente, hasta nuestros días no existe un sistema o aplicación que pueda detectar nuestro retrato en toda la red y que nos enseñe la ubicación en la cual se encuentran albergadas tales imágenes. Lo anterior solucionaría el problema sobre cuáles imágenes hemos concedido que sean capturadas y cuáles no; es decir, el *control* que tendríamos de nuestra imagen personal en el ciberespacio.

Si no podemos determinar exactamente cuántas veces se transmitió la imagen, ¿cómo lograremos establecer el daño o afectación? Esta cuestión nos complica de cierta forma el proceso de establecer un nexo entre el daño y la conducta que lo causó.

Conclusiones

Es evidente el incremento de usuarios en redes sociales en México y en el mundo, así como el aumento de fotografías y videos que se suben y comparten en Internet. La “facilidad” para capturar fotografías y/o videos desde diversos dispositivos y luego subirlos a la red en sus diferentes espacios y la arquitectura se conjugan para crear una serie de riesgos y afectaciones específicos de este entorno virtual. Estas afectaciones nos obligan a reflexionar sobre cómo se afecta el derecho a la imagen personal y bajo qué normas está regulado.

Si bien en una primera instancia el hecho de que un mismo derecho se encuentre regulado por diversas leyes pareciera ser favorable para las personas; sin embargo, relamente resulta confuso saber bajo qué regulación se puede exigir la reparación de las afectaciones causadas a este derecho.

Desde la perspectiva de la Corte, el derecho a la imagen personal puede ser protegido por la LFDA; sin embargo, esta ley tiene una naturaleza de defensa para los autores de obras tal y como las fotografías, y antes de este tipo de afectaciones (materiales) con motivos comerciales, surge por una negativa a la captura o publicación de su imagen personal para impedir un daño o una afectación.

Es por tales razones que la “simple negativa a ser fotografiado es motivo suficiente para respetar la imagen”,⁴² debido a los diferentes riesgos que existen actualmente por la naturaleza y arquitectura del Internet, los cuales no son considerados en las legislaciones y propuestas regulatorias.

Referencias

- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, “Derecho a la imagen y responsabilidad civil”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen, voz “daño”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. III, D, México, UNAM, 1983.
- GILLESPIE, Tarleton, *Custodians of the Internet. Platforms, Content Moderations, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, Nueva York, Yale University Press, 2018.
- GONZÁLEZ TRUJANO, Claudia Stephany, *El uso explotación comercial y límites al ejercicio del derecho a la propia imagen del artista*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9a. ed., México, Porrúa, 2008.

⁴² Flores Ávalos, Elvia Lucía, *op. cit.*, p. 375.

- PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- PEÑA VALENZUELA, Daniel, "Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Colombia, vol. XXXVI, núm. 100, 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311848>.
- PISANTY, Alejandro, "Open Internet Governance: The 6F Framework and COVID-19", *Medianama*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3tBik4e>.
- VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño", en REGLERO CAMPOS, L. Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5a. ed., España, Thomson Reuter, 2014.