

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

“Tutela Jurisdiccional de la Vida Privada de Deportistas Profesionales”

El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen.

Paúl Guerra Rodríguez

Tesina de grado como requisito para la obtención del título de abogado

Directora:
Sophia Espinosa Coloma, JSD.

Quito, noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

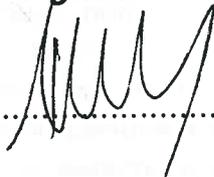
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La Tutela Jurisdiccional de la Vida Privada de Deportistas Profesionales: El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con el derecho a la intimidad, honor y propia imagen”

Paul Guerra Rodríguez

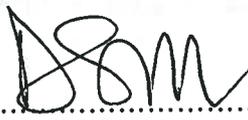
Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal e Informante


.....

Dra. Sophia Espinosa
Directora de Tesis

x. Michelle Anderson
.....

Ab. Daniela Salazar
Delegada del Decano e Informante


.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

x. 
.....

Quito, 23 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre:

PAD GUERRA

C. I.:

1702836878

Fecha:

15/10/2022.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "Tutela Jurisdiccional de la Vida Privada de Deportistas Profesionales" El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen.

ALUMNO: Paul Guerra Rodriguez.

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por el estudiante es sin duda de gran trascendencia, no solo en nuestro medio, sino a nivel mundial. Hoy en día el mundo del entretenimiento se ha convertido en un segmento de mercado que arroja cifras millonarias. Dentro de este sector del entretenimiento, se encuentran los deportes, y entre ellos el fútbol. Sin duda alguna, el fútbol es el deporte que mueve el mayor número de aficionados y en nuestro país este fenómeno es aún más fuerte, así para muchos el fútbol llega a ser incluso un símbolo de identidad nacional. De ahí, que la intimidad, honor e imagen de los futbolistas profesionales debe ser protegida, en razón de que muchos medios de comunicación han abusado del derecho de información para hacer uso inadecuado e irresponsable de información personal e incluso de la imagen de estas figuras públicas, traspasando así el derecho a informar y cometiendo verdaderas intromisiones en la vida privada de estos deportistas de élite. De ahí que sea fundamental analizar si existe en el Ecuador una normativa que tutele efectivamente los derechos de estas figuras públicas.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es trascendente, ya que establece que el derecho a la intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales tiene mayor peso que el derecho a la libertad de información, es decir, debe respetarse la vida privada de los atletas profesionales y dejar solo ciertos hechos sobre sus vidas profesionales ante la opinión pública.

Esta postura es sin duda relevante para nuestra sociedad, en donde las tecnologías de la información y comunicación, han hecho posible que la difusión de noticias se de una forma masiva e inmediata, generando mayores riesgos para los derechos de intimidad, honor y propia imagen, especialmente de personas públicas.

- c) **Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**
Los documentos empleados son suficientes y pertinentes. Cabe destacar, que es muy interesante el empleo variado y pertinente de jurisprudencia comparada, lo que permite identificar las tendencias de los diferentes tribunales de justicia a nivel internacional.
- d) **Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**
La investigación se encuentra adecuadamente argumentada. El desarrollo de las posturas y criterios han sido analizados críticamente y con respaldo de fuentes apropiadas. Los argumentos siguen una estructura consistente y sólida. Asimismo, la información levantada en entrevistas a futbolistas profesionales y la exposición de sus casos, permiten tener un acercamiento con la realidad y no únicamente una visión doctrinaria.

FIRMA DIRECTOR:


X **SORHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.**

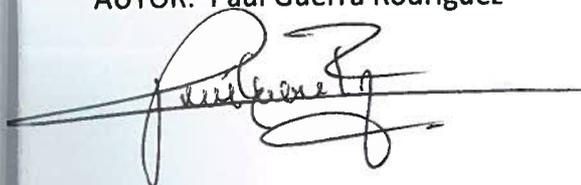
Nota: En vista de mi ausencia del país, autorizo a Farith Simon, Vicedecano del Colegio de Jurisprudencia, para que firme en mi lugar.

Todo el contenido del presente documento intitulado ***“La Tutela Jurisdiccional de la Vida Privada de Deportistas Profesionales: El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con el derecho a la intimidad, honor y propia imagen”*** corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: Paúl Guerra Rodríguez

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paúl Guerra Rodríguez', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

FIRMA DE RESPONSABILIDAD

CI:

© Derechos de Autor

Paúl Alejandro Guerra Rodríguez

2012

*A Betty Rodríguez Serrano: madre, padre y ejemplo a seguir en mi vida.
A mi abuelita, tía y tío por su amor, paciencia y apoyo incondicional
durante estos 23 años junto a ustedes. Por ello y más...*

¡Gracias totales!

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi directora de tesina, Sophia Espinosa Coloma, JSD., por su disposición en la realización de esta investigación, así como sus consejos e incondicional ayuda.

Quiero agradecer también al Dr. Giovanny Cárdenas Galarza por abrirme la puerta y recibirme como oyente en sus clases de Derecho del Deporte en las universidades en que es catedrático, aún cuando yo era un simple desconocido para él.

Asimismo, agradezco a la Dra. María de los Ángeles Lombeyda Araujo, por la buena voluntad que tuvo conmigo y por sacarme de mi “zona de confort”, en aras de la consecución de este trabajo.

De manera muy especial, doy las gracias al Dr. Ariel Reck y al Ab. Martín Auletta, profesionales argentinos especializados en Derecho del Deporte, quienes desde su país colaboraron de manera muy gentil e incondicional con la realización de esta investigación.

Agradezco de sobremanera a los deportistas que han sido entrevistados en esta investigación, ya que sin su cooperación, la presente investigación no habría sido posible.

No quisiera pasar por alto mi afectuoso agradecimiento hacia mi familia, amigos y todas las personas que de una u otra manera han creído en mi y han colaborado con esta investigación.

Por último, quiero agradecer a todos los amigos, profesores y gente que conocí en esta travesía por el aprendizaje del Derecho. Sin duda, una de las experiencias más fascinantes de mi vida.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
I. INTRODUCCIÓN.....	11
II. CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPTOS GENERALES.....	16
1. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN	
1.1 DEFINICIÓN.....	22
1.2 ALCANCE.....	25
1.3 APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO.....	32
2. DERECHO A LA INTIMIDAD	
2.1 DEFINICIÓN.....	36
2.2 ALCANCE.....	39
2.3 APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO.....	46
3. DERECHO AL HONOR	
3.1 DEFINICIÓN.....	49
3.2 ALCANCE.....	51
3.3 APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO.....	53
4. DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN	
4.1 DEFINICIÓN.....	58
4.2 ALCANCE.....	58
4.3 APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO.....	65
III. CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.....	66
1. ESTADOS UNIDOS.....	68
2. ESPAÑA	75
3. PORTUGAL.....	88
4. REINO UNIDO.....	93
5. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	96
6. ARGENTINA.....	98
7. BRASIL.....	103
8. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.....	111
9. ANÁLISIS DE CASOS.....	115
IV. CAPÍTULO III: REALIDAD NACIONAL.....	129
1. EJEMPLOS Y ANÁLISIS DE CASOS.....	132
2. NORMATIVA VIGENTE.....	148
2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA	148
2.2 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	156
2.3 LEY DEL DEPORTE, EDUCACIÓN FÍSICA Y RECREACIÓN.....	159
2.4 LEY DEL FUTBOLISTA PROFESIONAL.....	162
3. PROPUESTA	164
V. CONCLUSIONES.....	170
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	173
VII. PLEXO NORMATIVO.....	179

RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto, analizar el conflicto existente entre los derechos fundamentales a la intimidad, honor y propia imagen, con el derecho de los demás a informar y recibir información, conocido por la doctrina como el derecho a la libertad de información. Se busca tutelar la vida privada de los deportistas profesionales en Ecuador, especialmente contra las intromisiones arbitrarias que sufren los atletas, especialmente por parte de los medios masivos de comunicación, quienes intentando justificarse en su libertad a informar, incurren en difamaciones, captaciones, difusiones y/o reproducciones de la imagen del deportista sin su consentimiento, o en violaciones en la esfera íntima del afectado, generándoles de esta manera, un perjuicio que no tienen porque estar dispuestos a soportar.

En la presente investigación, se ha logrado establecer los alcances y límites de cada uno de los derechos aquí mencionados, para de esta manera, poder establecer un sistema adecuado en donde todos ellos pueden ejercerse armoniosamente, sin perjudicar ni a deportistas profesionales, ni a los medios de comunicación, quienes deben realizar su trabajo para satisfacer el interés de la colectividad por obtener noticias sobre estos personajes públicos.

ABSTRACT

This research aims to analyze the conflict between fundamental rights to privacy, honor and right of publicity, versus the right of others to provide and receive information, known by doctrine as the right to freedom of information. In this research, our goal is to protect the privacy of professional athletes in Ecuador, especially against arbitrary interference experienced by athletes, particularly by the mass media, who justified their torts in their freedom to inform, sometimes committing slander, deposits, and broadcasts / or reproductions of the athlete's image without their consent, or violations in the intimate sphere of the affected, generating in this way, a loss that they aren't supposed to bear.

In the present investigation, it has been established the scope and limits of each of the rights mentioned here, and in this way, to establish a proper system where they can all harmoniously exercised without prejudice professional athletes, or the media, who must do their work to satisfy the interest of the community to get news about these celebrities.

INTRODUCCIÓN

Los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, son derechos fundamentales de las personas, por el mero hecho de serlo, por ende, emanan de la personalidad misma del individuo, es por ello, que debe existir una tutela jurisdiccional de tales derechos frente a los posibles abusos por parte de los medios masivos de comunicación y terceros en perjuicio de deportistas profesionales, considerados como figuras públicas o personas de notoriedad pública.

Haciendo eco de las palabras de Emilio Pfeffer Urquiaga:

Como derechos de la personalidad, la intimidad o privacidad, el honor y la imagen, son valores o derechos fundamentales que sirven de presupuesto para el ejercicio de otros derechos. En tal sentido, son esenciales, originarios e innatos, extramatrimoniales, intransmisibles, oponibles *erga omnes*, irrenunciables e imprescriptibles y, en principio, intransferibles.¹

Hasta finales del siglo XIX no existía una protección jurídica hacia la intimidad y vida privada de las personas.² Esto no quiere decir que en esa época no existieran o no fueran considerados bienes a ser protegidos, sino que en aquel tiempo, las intromisiones y violaciones a la intimidad de las personas eran repelidas directamente con mayor facilidad por el afectado, además de ser consideradas, y muchas veces confundidas como violaciones a la *propiedad privada*.³

En consecuencia, no era extraño que la tutela de la intimidad para entonces sea considerada como una tutela de un ámbito físico sobre el cual la persona tiene dominio y ejerce propiedad.⁴ Por ello aparece la figura de la *inviolabilidad del domicilio*, la cual alcanza rango constitucional y fue tipificada como delito.⁵ Es así que en el *Common law* se pondera la máxima “*a man’s house is his castle*” (la casa del hombre es su castillo), reiterando de este manera, la relación que existe dentro del derecho anglosajón entre el derecho a la propiedad y el derecho a la intimidad.⁶

¹ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información*. Chile: Universidad de Talca. Red Ius et Praxis, vol. 6, núm. 001, año 2000, p. 465.

² Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: Origen, Desarrollo y Fundamentos*. Santiago: Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 No. 1, Sección Estudios, p. 52.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

Asimismo, posteriormente aparece la figura de la *inviolabilidad de la correspondencia*, la que era considerada como un ámbito más de la tutela del derecho de propiedad.⁷ En síntesis, se magnifica de tal manera al derecho de propiedad, que llega a ser determinante para otorgar al individuo autonomía frente al resto de la colectividad. Como decía John Locke: “la propiedad es el origen de todos los derechos”.⁸

La ampliación de la percepción del concepto de intimidad y el interés de salvaguardarlo como un bien jurídico autónomo del derecho de propiedad tomó fuerza con el pensamiento de doctrinarios como John Stuart Mill, quien desarrolló la doctrina de la “*privacy*” en su obra maestra *On Liberty (1859)*.⁹ En esta obra, se ofrece una visión diferente sobre los límites del poder en un régimen democrático, proponiendo que la amenaza para los individuos reside en el poder de las mayorías democráticas y no en los abusos de un tirano o la oligarquía.¹⁰

Además, Mill propone que la comunidad debe respetar la libertad de conducta y opinión; es por ello, que solo para evitar el daño a la colectividad, el poder público podría intervenir con este campo de libertad: “*Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign*”.¹¹

La constante lucha entre la esfera de lo público y lo privado es un problema jurídico que siempre ha estado vigente en el transcurso de la vida humana. Pues ya Aristóteles concebía claramente una diferenciación entre la *oikos* (casa) de la *polis* (comunidad política).¹²

Al respecto, autores como Corral Talciani, han manifestado lo siguiente:

Sin lugar a dudas esta diferencia entre el ámbito de lo íntimo y el ámbito de lo público, de lo reservado para uno o solo para unos pocos, y de lo que se expone o se permite conocer a todos indiscriminadamente, es una cualidad natural del ser humano, que proviene de sus misma conformación como individuo con vocación social. [...] Vida personal (privada) y vida social (pública) son dos dimensiones en las que

⁷ *Ibíd.*

⁸ Cfr. John Locke. *Segundo Tratado sobre ~1 Gobierno Civil*, trad. C. Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1994, N° 44, p. 70: “aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de esta, tiene en SI mismo el gran fundamento de la propiedad”. Cfr. también núm. 122, p. 134. Citado en Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad Óp. cit.*, p. 53.

⁹ Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad Óp. cit.*, p. 53.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Id.*, p. 51.

transcurre la existencia humana y es inevitable que entre una y otra puedan existir cruces y enfrentamientos.¹³

Sobre lo anterior, la propiedad fue entendida como un ámbito personal en el cual nadie puede involucrarse sin el permiso de su titular, y de la libertad como esfera de desarrollo y opción individual.¹⁴

Posteriormente se desarrollaría un fenómeno fáctico: la invención de la fotografía, y con ella, la aparición los medios de prensa y de comunicación masiva a finales del siglo XIX; además conjuntamente, la posibilidad de reproducir copias.¹⁵ Estos inventos permitieron la multiplicación de la imagen de las personas, y en consecuencia, se desarrolló una exposición más frecuente y ostensible de la imagen de las personas, poniendo en riesgo ese campo de lo privado, lo íntimo de las personas.¹⁶

La invención de la fotografía generó que a finales del siglo XIX en Europa, se impulsara la venta de cámaras fotográficas rudimentarias.¹⁷ A partir de ese momento, la imagen humana ha adquirido un papel cada vez más importante, lo cual se sustenta a diario con la aparición de nuevas tecnologías. Todo esto ha generado un fenómeno social que hace implícita la necesidad y el reclamo de una protección a nivel constitucional sobre el tema.

Con estos inventos, aparece una forma totalmente nueva de invasión sobre la intimidad de las personas, la cual hasta entonces era desconocida: historias e imágenes íntimas podían ser “voceadas desde las calles y los tejados”.¹⁸ Esta intromisión en la intimidad no cesaría durante el siglo XX, donde se desarrollaron aún más mecanismos de intrusión y difusión de la imagen de la persona: desde la interceptación de las comunicaciones telefónicas, pasando por la grabación, filmación y difusión televisiva, hasta el fichaje digital o la registración vía electrónica o cibernética.¹⁹

Por lo antes anotado, el deporte es una actividad que cada vez cobra mayor protagonismo en la vida de las personas. Es un fenómeno de masas que genera miles de millones de dólares al año en ganancias derivadas de contratos de publicidad en los que

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Id.*, p. 54.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Pedro Ruiz y Tomás. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, p. 46.

¹⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto Constitucional Del Derecho A La Propia Imagen En Portugal, España Y Brasil*. España: Universidad de Sevilla, Revista Araucaria, Vol. 11, Núm. 22, Sin Mes, 2009, p. 22.

¹⁸ Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad* *Óp. cit.*, p.54.

¹⁹ *Ibíd.*

la imagen de los deportistas está presente.²⁰ Estos contratos publicitarios se han convertido en el mayor rédito de ciertos deportistas.

Al respecto, Mas Peidro manifiesta:

El deporte ha dejado de ser un mero entretenimiento para convertirse en la mejor forma de comunicación de empresas, marcas y países, además de una rentable fuente de ingresos [...], pues alcanza actualmente nada más y nada menos que un volumen de 44.000 millones de dólares, de los que casi el 70% corresponde a los patrocinios realizados en sede deportiva.²¹

Existen deportistas que debido a su talento y logros han generado una notoriedad mayor que el común denominador de la sociedad. Estas personas atraen el interés de la colectividad y llegan a las masas de manera única. Esta notoriedad no ha pasado desapercibida por las grandes empresas, quienes habidos de aumentar sus utilidades comerciales, pagan cuantiosas sumas de dinero para que estos deportistas presten su imagen para determinado producto o servicio.

Estas campañas publicitarias se realizan con el único fin de que los potenciales clientes, asocien sus productos o servicios con la imagen del deportista, lo cual *a posteriori* les generará mayores ganancias.

Sin embargo, existen ocasiones, en que los medios de comunicación, empresas, o terceros, captan la imagen de deportistas profesionales sin la autorización de su titular, convirtiéndose en una reproducción o difusión arbitraria, contraria a derecho, la cual genera un perjuicio al deportista profesional, quien no ha consentido que su imagen sea divulgada de esa manera.

Asimismo, muchas veces los medios de comunicación sobrepasan los límites de su derecho y libertad a informar, entrometiéndose en la intimidad de los deportistas, en su vida privada, difundiendo informaciones que muchas veces son insidiosas, atentatorias con el honor del afectado, falsas, no veraces, y las cuales fueron difundidas con la temeridad y el único fin de vender más papel, de tener más rating en determinado programa.

²⁰ Los deportistas en el siglo XXI celebran contratos publicitarios millonarios con las firmas comerciales que desean explotar su imagen en aras de mayores ventas de sus productos y servicios. Dichos contratos pueden ser: *Placement, Partnership, Publicidad Testimonial, Merchandising, Patrocinio, Espónsor*. Al respecto, *vid.*, José R. Balmaceda y Gabriela A. Casimiro. *Contrato de Esponsorización Deportiva: El Espónsor en el Derecho Argentino*. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, pp. 35-56.

²¹ Joan Mas Peidro. *La Cesión Comercial de la Imagen – Aspectos Jurídicos*. España: Universitat Abat Oliba CEU, Facultad de Ciencias Sociales, Trabajo de Fin de Carrera, Barcelona, 2011, p. 11.

Afortunadamente, estos bienes jurídicos, son protegidos por las cartas políticas de los Estados, así como por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.²²

Una vez precisada y reconocida la violación a la intimidad, honor, e imagen de las personas, surge un nuevo problema para las partes procesales y el juez. Poder precisar la cuantía de la indemnización derivada del daño moral a los derechos personalísimos, tales como la identidad, honor, intimidad e imagen.²³

La esencia del daño, pues limita el mecanismo idóneo de indemnización, impidiendo fijar mecanismos matemáticos para su determinación.²⁴ La jurisprudencia, como será analizada a fondo más adelante, ha demostrado criterios poco uniformes en cuanto a la indemnización del daño al derecho a la propia imagen, generando incertidumbre a los afectados.

La *idea* de imagen y su conocimiento por parte de los seres humanos *siempre* ha estado presente. Sin embargo, al no haber existido un serio riesgo de daño a la *personalidad* del afectado, mediante la reproducción y difusión gráfica de informaciones que le afecten, así como de su imagen, no se hizo necesario razonar jurídicamente en torno al derecho estos derechos. Pero, al convertirse este peligro en un mal de práctica universal, se plantearon las demandas judiciales, y surgió la *exigencia* de una protección jurídica específica.²⁵

Por tanto, dada la frecuencia de esta problemática, era vital la necesidad de realizar un análisis a fondo del tema para poder determinar sus principales causas, con el único objetivo de obtener una solución para dicho conflicto jurídico. En consecuencia, el fin de esta investigación es determinar los principales problemas derivados de la intromisión ilícita en la intimidad, privacidad y propia imagen de deportistas profesionales, así como presentar una solución al mismo. Lo cual, conseguiremos defendiendo la hipótesis que el derecho a la intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales tiene mayor peso que el derecho a la libertad de información, es decir, debe respetarse la vida privada de los atletas profesionales y dejar solo ciertos hechos sobre sus vidas profesionales ante la opinión pública.

²² Esto será analizado a profundidad en el segundo capítulo de la presente investigación.

²³ Julio César Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso. “*La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*”. Revista Latinoamericana de Derecho, año IV, núm. 7-8, 2007, p. 371.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 23.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS GENERALES

1. *Antecedentes Históricos*

Previo al análisis de los derechos en conflicto, y de profundizar en los conceptos generales en torno a esta investigación, consideramos esencial para el objeto de estudio del presente trabajo, hacer un breve análisis sobre los antecedentes históricos del problema jurídico aquí planteado.

Los orígenes mismos de la imagen se remontan a la época de las cavernas, donde los humanos buscaban reproducir hechos e imágenes que marcaban su diario vivir a través de pinturas *rupestres*²⁶. Dicha afirmación, puede constatarse mediante el estudio de las vida y costumbres de la cultura egipcia²⁷, griega y romana, quienes tenían la preocupación de registrar, a través de imágenes, a sus reyes, personas de alto relieve social (como los deportistas actualmente) o a meros desconocidos (musas de algunos artistas).²⁸

Sin embargo, doctrinarios e historiadores defienden la tesis que el *ius imaginis* surgió entre los romanos, durante la República.²⁹

Según Ginesta Amargos:

En un comienzo era un privilegio de determinados magistrados curules [...] el mantener en el *atrium* de sus hogares, [...] retratos (bustos de mármol o de bronce, máscaras de cera, estatuas) de sus antepasados, [...] los cuales eran exhibidos en cortejos fúnebres y victorias de la familia.³⁰

²⁶ *Id.*, p. 19.

²⁷ *Cfr.* Los egipcios tenían un modo de comunicación que hasta la fecha resulta muy complejo de entender, me refiero al uso de jeroglíficos, los cuales eran un lenguaje en forma de clave que se manifestaba a través de dibujos e imágenes distintivos de su cultura y costumbres. Asimismo, los egipcios practicaban la momificación porque tenían la expectativa de regresar a la vida con la misma *imagen*.

²⁸ Maria Cecília Affornalli. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Brasil: Juruá, Curitiba, 2003, pp. 25-27. *Cfr.* Aclara Ana Azurmendi Adarraga (*El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 22) que era una “creencia general de que se podía conservar la personalidad de la persona representada si se mantenía una de sus partes esenciales como es el rostro”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 19.

²⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 19.

³⁰ Al respecto, *vid.* J. Ginestaamargos. *Ius imaginis*. España: Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 1983, p. 904 y ss. El autor afirma que al principio era un derecho que solo operaba *post mortem*. Antiguamente estaba prohibido colocar en lugares públicos estatuas de seres vivientes, e incluso en las casas particulares este derecho se veía mermado, ya que su colocación en ellas debía ubicarse en lugares que no fueran accesibles a quienes no formaban parte de la familia. Por ello, añade el mencionado autor, que Cicerón introdujo entre los derechos de los magistrados curules el *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam*. Relata, también, que la presencia de las imágenes de los antepasados en los funerales de los

En este contexto, el *ius imaginis* se preocupaba de determinar cuándo y cómo la imagen de las personas podía ser socialmente divulgada.³¹ Tesis que lo acerca hoy en día más al concepto de propiedad. No obstante, los primeros conflictos derivados del *ius imaginis*, según Gitrama González, derivaron de la *potestas hominis in se ipsum* durante los siglos XVI³² y XVII.³³

Dicho elemento de conflicto generaba un derecho individual para poder disponer del propio cuerpo, ergo del reflejo de sí mismo, entendido como la imagen de la persona.³⁴

Más adelante, con el surgimiento de las ideas sobre los derechos naturales y la búsqueda de la valoración del ser humano, es que se empiezan a marcar los elementos que influyeron a la teoría del derecho de la propia imagen.³⁵

Sin embargo, no fue hasta la invención de la *fotografía* en 1829, por el químico francés Nicéforo Niepce, la cual fue perfeccionado posteriormente por el creador del daguerrotipo, Luis Jacobo Mandé Daguerre, que se inició un debate sobre la configuración jurídica del derecho a la propia imagen.³⁶

familiares recientemente fallecidos, así como de personas de renombrado prestigio por LOS altos cargos públicos alcanzados en vida, era una costumbre arraigada entre las clases sociales más elevadas, y no solo de las personas ligadas a las fuentes jurídicas, sino también las literarias. Se colocaba, pues, en los atrios de las casas, después de la muerte de un familiar, una máscara de cera (*imago*) que luego se pintaba. Debajo de la *imago* se colocaba el *titulus*, que reseñaba los cargos políticos que había ostentado el difunto, sus orígenes y su genealogía, para mayor y mejor conocimiento de la población en general. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 19.

³¹ Cfr. En efecto, tal idea demuestra su profunda lógica cuando se examina cómo se reproducían las imágenes de esa época. Dicha tarea competía a los artistas con algún talento para ello, lo que convertía esa labor, según Cordeiro, *vid.* (António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo III, Pessoas*. Almedina: Coimbra, 2004, p. 193), en una “operação cara, demorada e só acessível a especialistas que tivessem sofrido um complicado processo de apren- dizagem. Nessa fase, compreende-se que ocorressem problemas relacionados com a *propriedade* da reprodução, não propriamente, com o que hoje chamamos de bens de personalidade” Con el hundimiento del Imperio Romano, pocas son las evoluciones jurídicas vinculadas al derecho a la propia imagen que merecen destacarse, aunque en el Medievo, en la Edad Moderna y en el umbral de la Edad Contemporánea, se constatan grandes progresos en la pintura y en la escultura. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 20.

³² Cfr. Refiere Bomjardim (Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002) que el Rey D. Juan III en 1523, reprochó la deformación fisonómica y afirmó que la imagen sería lo que de mejor tiene la persona humana. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 20.

³³ Sobre el tema, *vid.* La primera manifestación de un derecho sobre sí mismo *jus in se ipsum* se inicia con la publicación, en 1609, del *Tractatus de postestate in se ipsum*, de Baltasar Gómez De Amezcua (Dias, J S. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 41). Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 20.

³⁴ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 20.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Cfr. No es unánime la afirmación de que ha sido Nicéforo Niepce el inventor de la fotografía. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 21.

Pues, fue a partir de la invención de la fotografía, que en Francia se empezaron a sentar precedentes jurisprudenciales sobre el derecho a la propia imagen.³⁷ Relata Ruiz y Tomás que el Tribunal del Sena, el 11 de abril de abril de 1855, dictó un fallo en el que *se prohibió* la exposición al público de un retrato sin el consentimiento de la persona representada.³⁸

No obstante, el fallo judicial más mediático de la época data de 1858, donde el mismo Tribunal del Sena, se pronunció sobre una demanda, en la cual se defendía el derecho a la propia imagen de la actriz *Rachel* ante la pintora *O' Connell*.³⁹ La sentencia del Tribunal declaró ilícita la reproducción y difusión de los dibujos hechos a partir de fotografías sacadas de la imagen de la actriz. A petición de la familia de la actriz, el Tribunal decidió la aprehensión del original y de las diversas pruebas fotográficas, ordenando su destrucción y declarando que *nadie* podía, sin el *consentimiento* formal de la familia, reproducir o publicar los *rasgos fisionómicos* de una persona en el momento de su muerte, aunque se tratara de una persona célebre.⁴⁰

Asimismo, en 1902, el Tribunal del Sena, fundamentó una decisión en la afirmación de que *no se podía fotografiar a nadie sin su consentimiento*, excepto cuando la persona por su función o profesión, naturaleza del servicio o notoriedad presente o pasada, suscitara un interés especial y siempre que *no resultara ningún perjuicio*.⁴¹ Tesis que como veremos más adelante, es hasta la fecha sostenida por cierto sector de la doctrina y de ciertos tribunales de justicia.

³⁷ Ana Azurmendi Adárraga. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 22. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 21.

³⁸ Pedro Ruiz y Tomás. *Ensayo sobre... Óp. cit.*, p. 114. Cfr. Entendió dicho Tribunal que no se podía, bajo ningún pretexto, dar publicidad a los rasgos de una persona y que tampoco podía exponerse en un salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o contra la de su familia (si aquél estuviera muerto o incapacitado), o bien contra la del *propietario* de la reproducción. En la p. 117 el autor confirma que: “es verdaderamente la jurisprudencia francesa la que con mayor fuerza proclama el derecho a la propia imagen consagrándolo como absoluto y exento de todo linaje de restricciones, cosa natural a mediados y fines del siglo XIX, cuando todavía humeaban los rescoldos de la Revolución, y, por lo tanto, ocupaban el primer plano de la intelectualidad francesa los resabios individualistas”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 21.

³⁹ Cfr. La familia de Rachel había contratado dos fotógrafos para retratar la imagen de la actriz en el momento de su muerte, estableciendo que las fotografías reproducidas serían de propiedad de la familia de la difunta actriz. La pintora O' Connell obtuvo dichas fotografías y las reprodujo en dibujos con el fin de comercializarlos. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 21.

⁴⁰ Para investigar sobre las primeras decisiones jurisprudenciales *vid*: Ruiz Y Tomás, *Óp., cit.*, y Ana Azurmendi Adárraga. *Óp., cit., passim*.

⁴¹ Cfr. Hermano Duval. *Direito à imagem*. Brasil: Editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 37. Añade que las controversias doctrinales en Francia (1855), en Alemania con la Ley de 9-1-1907 y en Italia, desde 1903, promovieron la discusión jurídica sobre el tema. Luigi Ferrara, en un trabajo sobre Derecho Comparado (Napoli, Jovene, 1940, pp. 39-90), catalogó treinta y dos demandas judiciales ya en 1903, lo que acredita la nueva protección debatida sobre el *ius imaginis*. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz.

Los precedentes jurisprudenciales otorgados por los tribunales de justicia franceses en el siglo XIX, han sido un acercamiento importante a la postura que mantenemos sobre esta problemática.

Consideramos que las personas no pueden reproducir o difundir informaciones íntimas o privadas, así como imágenes de terceros sin el consentimiento de sus afectados, por más notoriedad pública o interés colectivo que generen (caso de los deportistas profesionales de élite).

Como última etapa de este análisis histórico y evolutivo, se dio una etapa de *positivización del derecho a la propia imagen*. Según Ruiz y Tomás, existió el primer reconocimiento *imperfecto* del derecho a la imagen en la *ley alemana*, de 10 de noviembre de 1842.⁴²

En contraposición a lo antes anotado, Walter Moraes señaló que el derecho positivo sobre la propia imagen empezó⁴³ con la *ley alemana de fotografía* de enero de 1876.⁴⁴ Dicha norma junto a la *ley sobre propiedad intelectual y artística austriaca* de 1885 y seguida por la *ley belga sobre derechos de autor* de 1886,⁴⁵ marcan el inicio del reconocimiento a la protección jurídica de la propia imagen en el continente europeo.⁴⁶

En este sentido de ideas, se ha esbozado la construcción jurídica del derecho a la propia imagen, el cual según la doctrina comienza en 1839 y se fortalece a mediados del siglo XX, con la concreción jurídico-constitucional de los *derechos humanos de la Declaración Universal de 1948*.⁴⁷

El Concepto... Óp. cit., p. 21.

⁴² Pedro Ruiz y Tomás. *Ensayo sobre... Óp. cit.*, p. 121. Cfr. Describe también que la ley rusa de 21 de enero de 1845 disponía que el artista no podía reproducir, multiplicar y publicar los retratos y cuadros de familia, sin el permiso de quien los había encargado (o de sus herederos). Añade que la ley inglesa de 29 de julio de 1862 establecía que el derecho de reproducción de un cuadro, escultura, etc., correspondía al artista, no al comprador o comitente de la obra, excepto si se hubiera pactado de otro modo o si se tratara de fotografías. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 21-22.

⁴³ Walter Moraes. *Direito à própria imagem Revista dos Tribunais*, Vol. 443; Ano 61, setembro 1972, p. 64-81 (p. 66). Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 22.

⁴⁴ Cfr. Como afirma Antônio Chaves en: *Direito a própria imagem*. Brasil: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.67, 1972, p.45-75. En enero de 1876 fueron editadas en Alemania dos leyes que mencionan el derecho a la propia imagen: la ley del día 09 y la del día 10. La ley del día 9 trataba de los derechos de autor sobre sus obras de arte y la ley del día 10 regulaba la protección que se daba a la fotografía y su reproducción ilícita". Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 22.

⁴⁵ Ley sobre Derechos de Autor (Bélgica). Artículo 20, de 22 de marzo de 1886.

⁴⁶ Cita también el mismo autor la ley japonesa de 04 de marzo de 1899 (art. 25).

⁴⁷ Ana Azurmendi Adárraga. *El derecho a la propia imagen... Óp. cit.*, p. 46. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 22.

Por su parte, el deporte encuentra sus inicios muchísimos años atrás. Existen quienes dicen que el deporte es tan viejo como el mundo.⁴⁸ Siguiendo este concepto, es evidente que los primeros habitantes del planeta para sobrevivir, dependían de una fuerza muscular de gran medida, es por ello que concientizaron la importancia del ejercicio físico.

Al respecto, la Revista *Polémika* de la Universidad San Francisco de Quito ha manifestado:

[...] Allí debe haber nacido el deporte, basado en la necesidad del ejercicio físico, y además en el gusto innato de competir y también de ganar. El ser humano siempre ha querido ganar y así inició su largo camino de superación. Superación constante que para poder medirla se hizo imprescindible la práctica de las destrezas como un acto humano. Y esa práctica de destrezas y habilidades es el inicio mismo de lo que hoy llamamos deporte [...].⁴⁹

Como señalamos con los antecedentes históricos de lo que hoy entendemos por imagen, el deporte también encuentra cierta parte de sus raíces en la cultura egipcia, pues muchos hallazgos demuestran que los egipcios 4000 años antes de Cristo, ya practicaban ejercicios como la carrera, el salto, la lucha, y otros sorprendentemente parecidos a los deportes actuales.⁵⁰

Asimismo, por aquellos tiempos, los hindúes practicaban la gimnasia y la lucha; y en China, la secta religiosa *congfu*, 2800 años antes de Cristo, imponían a sus seguidores la gimnasia con movimientos respiratorios, masajes, fricciones e hidroterapia.⁵¹

Además, los japoneses desde los inicios de los tiempos, han practicado el actualmente famoso y aclamado *jiujitsu*⁵², muy parecido al karate que tantos adeptos ha obtenido en las últimas décadas.

Por último, en la antigua Grecia, surge lo que hoy en día conocemos como el *movimiento olímpico*, la cual fue una idea de *Oxilos* (una persona común y corriente), bajo órdenes del rey *Ifitos* de Élide.⁵³ El olimpismo se divide en dos eras: La primera, donde los juegos olímpicos se realizaban cada cuatro años, durante los meses de julio a

⁴⁸ Patricio Donoso Chiriboga. *El deporte hace... Grande: El deporte hace amigos, forja el carácter y mucho, muchísimo más*. Ecuador: Revista Polémika, Universidad San Francisco de Quito, año 3, núm. 7 “Deporte: Entre la Academia, la pasión y el potrero”, junio de 2007, p. 65.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Datos obtenidos de mis apuntes de la clase de Derecho del Deporte, impartida por el Dr. José Antonio Sánchez en la Universidad San Francisco de Quito, de Enero a Mayo de 2012.

agosto, con una duración inicial de un solo día y donde se realizaba una carrera a pie (he ahí de donde proviene la popularidad actual de la maratón).⁵⁴ En esa época ganar los juegos olímpicos implicaba llegar a la *inmortalidad*, mas que por algún interés económico o material;⁵⁵ La segunda era, nace en 1984 con la redacción y promulgación de la *Carta Olímpica*, la cual promueve al deporte como *una filosofía de vida*.⁵⁶ Parafraseando los considerandos de la Carta Olímpica, manifiesta que hay que poner al deporte a favor del desarrollo del hombre, ya que es la manutención de la dignidad humana; así como contribuir a la construcción de un mundo más pacífico, sin discriminación, acorde al espíritu olímpico.⁵⁷

Posteriormente, en Grecia la prueba de capacidad física era el pentatlón, que no es más que el conjunto de las cinco pruebas clásicas: carrera, salto, lucha, lanzamiento del disco y de la jabalina;⁵⁸ todos ellos hoy deportes olímpicos practicados por la colectividad.

En definitiva, son hechos, datos, reseñas y antecedentes históricos muy interesantes los que hemos abordado en este epígrafe del presente trabajo, que si bien no son el tema central objeto de estudio de la presente investigación, ayudan a ampliar nuestro conocimiento sobre el tema no solo en el campo jurídico, sino también histórico, lo cual a nuestro parecer, es muy importante.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Patricio Donoso Chiriboga. *El deporte hace... Grande. Óp., cit.*, p. 65.

2. Derecho a la Propia Imagen

2.1 Definición

Para conceptualizar el derecho a la propia imagen, primero debemos tener claro lo que se entiende por “imagen” (proveniente del latín *imago, imaginis*).⁵⁹ Según la Real Academia Española, imagen es: “la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa”; y “reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz”.⁶⁰

En ese contexto, el derecho a la propia imagen es un derecho *personalísimo* que permite que su titular pueda oponerse frente a que terceros por cualquier medio capten, reproduzcan, difundan o publiquen sin su consentimiento o el de la ley, *su propia imagen*.⁶¹

El derecho a la propia imagen, inicialmente, surgió para la doctrina como un derecho vinculado al derecho al honor y al derecho a la intimidad de las personas.⁶² No obstante, en el derecho comparado se puede apreciar que se los considera derechos autónomos. En este sentido, debemos entender al derecho a la propia imagen como un derecho *personalísimo*.⁶³

Autores como Pfeffer Urquiaga han señalado: “La imagen, se refiere a un aspecto externo del individuo que se obtiene y reproduce sin su consentimiento; la intimidad, por su parte es la antítesis de esa externalidad”.⁶⁴

Este concepto, se torna más claro de comprender en palabras Nogueira Alcalá:

Es parte de la faceta externa del respeto a la vida privada de la persona, constituye el aspecto más externo que es el de la figura humana, que garantiza también un ámbito de autonomía o libertad respecto de sus atributos más característicos y definitorios de la propia persona, posesión irreductible e inherente de ella.⁶⁵

⁵⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 22.

⁶⁰ Al respecto, *Vid.* Vicente Herce De La Prada. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. José María Bosch Editor: Barcelona, 1994, p. 16: “De ahí que se hable en un sentido retórico-estético o psicológico en que aquella palabra halla su conexión semántica con el término imaginación de igual raíz”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 23.

⁶¹ Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, p. 114. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. *La cuantificación del... Óp. cit.*, p. 377.

⁶² Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 469.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad. Óp., cit.*, p. 71.

La jurisprudencia argentina ha definido al derecho a la propia imagen como:

La facultad de cada persona de disponer exclusivamente de ella a través de la fotografía divulgada por los medios masivos de comunicación, como la prensa y la televisión, así como por el cinematográfico. Como consecuencia de ello, también consiste en el derecho a oponerse a que otro la utilice con cualquier fin.⁶⁶

Por ello, para efectos de esta investigación, el derecho a la propia imagen es considerado como un derecho fundamental de las personas, sin el cual no puede darse un desarrollo pleno y completo de la personalidad del ser humano.

Azurmendi Adárraga manifiesta: “La imagen objeto del derecho fundamental que se está investigando se refiere a la individualidad y capacidad comunicativa que integra la dignidad personal propia del *ser humano*”.⁶⁷

Es así que conforme Rodrigues Da Cunha e Cruz, lo que el derecho a la propia imagen protege es la *manifestación y representación*,⁶⁸ mas no la imagen humana en si misma considerada.⁶⁹

No obstante, es importante aclarar que el derecho a la propia imagen no puede impedir que terceros conozcan *naturalmente* nuestra imagen, pues evolutivamente hemos sido y seremos seres sociales que debemos interactuar con otras personas a lo largo de nuestras vidas.⁷⁰

⁶⁶ CNCiv., sala D, 22 de abril de 1997, “V., E. O. c/Editorial Perfil”, L. L. 1998-B-703. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 377.

⁶⁷ Ana Azurmendi Adárraga. *El Derecho A La Propia Imagen...* *Óp. cit.*, p. 22. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto...* *Óp. cit.*, p. 23.

⁶⁸ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto...* *Óp. cit.*, p. 23.

⁶⁹ Vid. Vercellone, Paolo. *Il Diritto Sul Proprio Ritratto*. Toriense Turim, 1959, pp. 10-11, *apud* GITRAMA, “Imagen (derecho a la propia)”, *Nueva Enciclopedia...cit.*, p. 304: “Existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la relación entre la posición del cuerpo visto y el de la persona que se ve; según en fin, el *modo de ver* de esta última persona. Por consiguiente, *no se puede decir que exista la imagen de una persona*, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes distintas para cada cuerpo cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea vista en el futuro por otras personas. Pero, en realidad, tales imágenes no son sino la sensación visual que produce un cuerpo en un momento determinado en los órganos ópticos de otro cuerpo. Mi imagen no es sino la sensación virtual que mi cuerpo produce en el cuerpo de otro; es decir, en sustancia, un estado sensorial momentáneo de un organismo ajeno al mío. Ahora bien; no es correcto hablar de la existencia autónoma de una sensación, al menos en plano jurídico, y, por tanto, es inconcebible la existencia de un derecho sobre ella. Y aun más incorrecto en todo caso resulta decir que sobre la sensación de otro organismo puedo yo pretender derecho alguno. Aun adoptando los posesivos con un significado no técnico- jurídico, la sensación es *suya*, no *mía*, aunque sea mío el cuerpo que se la ha producido”. Se nota que aquí el autor hace referencia a la imagen en sí y no a la *representación* de la imagen. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto...* *Óp. cit.*, p. 23.

⁷⁰ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto...* *Óp. cit.*, p. 23.

En el caso de deportistas profesionales de élite toma mayor énfasis esta tesis, pues ellos logran obtener una dimensión superior de reconocimiento social, situación que genera que su imagen sea más susceptible de captación y difusión por terceros. Situación que ha conllevado a un debate y posterior análisis sobre si el interés público prima más que el interés particular del deportista o viceversa.

Como manifiesta Rodrigues Da Cunha e Cruz: “La necesidad de protección contra la arbitraria utilización de la imagen deriva de una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien debe consentir o no la representación de su propia imagen”.⁷¹

Claramente, podemos apreciar que el derecho a la propia imagen se desprende como un derecho de la personalidad, por ende, el titular de la imagen es la persona idónea para otorgar o no su consentimiento sobre la difusión y representación de su propia imagen.

En este sentido, Da Costa Andrade ha señalado: “Al titular le asiste, con exclusividad, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen”.⁷²

Debido a esta circunstancia, la doctrina ha manifestado que el derecho a la propia imagen tiene dos vertientes: 1) Una negativa, que es la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, difusión, de la imagen; y 2) Una positiva, que es la autonomía de las personas para decidir sobre la difusión de su propia imagen, lo cual está inminentemente relacionado con la potencialidad patrimonial de este derecho fundamental.⁷³

Por lo antes anotado, el concepto del derecho a la propia imagen, consiste en la facultad de aprovechar o excluir la posibilidad de la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que singularizan y tornan reconocible la figura de la persona humana.⁷⁴

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Manuel da Costa Andrade. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 132. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 24.

⁷³ Xavier O’callaghan Muñoz. “Honor, Intimidad y Propia Imagen en la Jurisprudencia de la sala 1a del Tribunal Supremo” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 151-205 (p. 194). Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 24.

⁷⁴ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 26.

2.2 Alcance

En cuanto al alcance del derecho a la propia imagen, resulta imperiosa la necesidad de aclarar que la tutela y protección de este derecho fundamental recae solo sobre las personas naturales, ergo su ámbito de protección no alcanza a las personas jurídicas.

Al respecto, Royo Jara ha precisado: “las personas jurídicas o morales, dada su arraigada *artificialidad*, no tienen existencia corporal, son “*fungibles*”, carecen de figura, de fisionomía, de esa parte que integra la dignidad humana”.⁷⁵

Tesis, muy similar a la de Marc Carrillo, quien manifiesta:

Pese a existir la posibilidad de atribución de algunos derechos de la personalidad a las personas jurídicas, tal extensión resulta inviable cuando se trata del derecho a la propia imagen, pues la imagen que se protege en este sentido es *indisociable de la persona humana*, de modo que la protección de la persona jurídica y de sus símbolos representativos estaría inserta en el derecho de patentes y marcas [las cursivas son mías].⁷⁶

El derecho a la propia imagen en sus inicios como institución jurídica era asociado únicamente con la reproducción fotográfica.⁷⁷ Hoy en día, la tutela judicial del derecho a la propia imagen se extiende a la voz, la cual forma parte fundamental de la personalidad del ser humano, por ende su protección resulta imperiosa.⁷⁸

En este contexto, Ruiz y Tomás, siguiendo la jurisprudencia anglosajona, ha defendido la tesis que manifiesta que la imagen de la persona no se agota exclusivamente en las líneas de la *facies*, o rasgos faciales de la persona, ya que es posible que determinada persona pueda ser reconocida por la voz, ojos, manos, labios, etc.,⁷⁹ tesis que conforme la evolución del estudio del problema planteado se ha convertido en mayoritaria.⁸⁰

⁷⁵ J. Royo Jara. *La protección del derecho...cit.*, p. 14. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 26.

⁷⁶ Marc Carrillo. *El derecho a la propia imagen del Art. 18.1 de la CE” en Honor, Intimidad y Propia Imagen*. España: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 63-90. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 26.

⁷⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 26.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Pedro Ruiz Y Tomás. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931, p. 47. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 25.

⁸⁰ En este sentido, la doctrina ha sido contundente y mayoritaria. *Vid:* M Gitrama González. “Imagen (derecho a la propia)”...cit., p. 301-376; Xavier O’Callaghan Muñoz. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” in *Los derechos fundamentales y libertades públicas: XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Vol. 1, 1992, pp. 543-625; Moraes, Walter. “Direito à própria imagem (I)” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, no 443, set. 1972, pp. 64-81; Marc Carrillo López. “El derecho a la

Al respecto, Royo Jara ha precisado los medios bajo los cuales la imagen de la persona puede ser difundida:

La obra figurativa, producida por medios tradicionales como la pintura, escultura, dibujo o la imagen transmitida por medios mecánicos –litografía, grabado, etc.– químicos como la fotografía o el cine, o electrónicos –televisión, vídeo– que *represente o reproduzca* de una forma *visible y reconocible* los rasgos, las facciones, en definitiva, la *figura de una persona humana*.⁸¹

Para los fines de esta investigación es totalmente oportuna la tesis de Ruiz y Tomás, porque en la actualidad existe una amplia variedad de medios ante los que la imagen de una persona puede ser difundida. Esta difusión ya no se limita exclusivamente a la fotografía como hace décadas, ahora la imagen de la persona puede

propia imagen del Art. 18.1 de la CE” en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993; p. 74; Eulalia Amat Llari. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. La Ley: Madrid, 1992; Fernando Igartua Arregui. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Editorial Tecnos S. A., Madrid: 1991; Miguel Ángel Alegre Martínez. *El derecho a la propia imagen*. Editorial Tecnos: Madrid, 1997; Amelia Pascual Medrano. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003; Ataúlfo López Míngolo Tolmo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. Visión Net: Madrid, 2005, p. 23; Clemente Crevillén Sánchez. *Derechos de la Personalidad: Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia*. Actualidad Editorial S.A.: Madrid, 1995; Rosa de Couto Gálvez; Alberto de Martín Muñoz; Reyes Corripio Gil-Delgado; Javier Gómez Lanz. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005; Maria Helena Diniz. “Direito à imagem e a sua tutela” in *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar*, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.79-106; Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003; Araújo, Luiz Alberto David. *A Proteção constitucional da própria imagem pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989; Bonjardim, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: M. Limonad, 2002; Silma Mendes Berti. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993; Chaves, Antônio. “Direito a própria imagem” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.67, 1972, p.45-75; Jacqueline Sarmiento Dias. *O Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, Zulmar Antonio Fachin. *A Proteção Jurídica da Imagem* (prefácio de René Ariel Dotti). São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; Arnaldo Siqueira de Lima. *O direito a imagem: proteção jurídica e limites de violação*. Brasília: Universa, 2003; Regina Sahn. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002; Alcides Leopoldo e Silva Junior. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002; Patrícia de Almeida de Torres. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998; Carvalho; Alberto Arons de Cardoso, Antônio Monteiro; João Pedro Figueredo,. *Direito da Co- municação Social*, 2a ed. rev e aument. Lisboa: Casa das Letras, 2005; Élia Marina Pereira Chambel. “A videovigilância e o direito à imagem” em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. Almedina: Coimbra, 2004, p. 503-531; Jónatas E. M Machado. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora: Coimbra, 2002; Cláudia Trabuco. “Dos contratos relativos ao direito à imagem” em *O Direito*, ano 133, 2001, II - (Abril - Junho), director Inocêncio Galvão Telles. Editora Internacional: Quinta da Vitória, 2001, p. 389-459. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 25-26.

⁸¹ Royo Jara, José. *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, pp. 25-29. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 25.

abarcar un sinnúmero de medios materiales como digitales.

Según da Cunha e Cruz:

La protección jurídica del derecho a la propia imagen consiste en salvaguardar la representación visible, reconocible e individual de la imagen de la persona, ya que sin estos elementos no se podría configurar el concepto jurídico – constitucional de este derecho fundamental.⁸²

Por lo tanto, conforme esta tesis, la difusión de la imagen debe ser hecha de una forma visible y reconocible para quienes la observan, es decir, que el sujeto pueda ser reconocido e individualizado.

Sin embargo, existe una serie de excepciones de relevante trascendencia en cuanto al alcance de la tutela del derecho a la propia imagen; Palomar Olmeda y Descalzo González consideran que: “No serán ilegítimas las captaciones, reproducciones o difusiones de la imagen que hayan sido validadas por la autoridad, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.⁸³

De igual manera, existen otras excepciones concretas al alcance de la tutela del derecho a la propia imagen, siendo así que no habrá intromisión ilegítima cuando la imagen corresponda a una persona pública y ésta se encuentre en un acto o espacio público; tampoco será intromisión ilegítima el hacer una caricatura de la figura pública; y, por último, tampoco habrá intromisión ilegítima cuando se trate de imágenes en donde la figura de la persona expuesta aparezca de manera secundaria o accesorio.⁸⁴

No obstante, estas excepciones brindadas por la doctrina han generado un debate en cuanto a la diferenciación entre lo que se entiende por actos y espacios públicos, siendo la jurisprudencia constitucional española quien aclara el panorama al decir:

La emisión, durante unos momentos, de unas imágenes que se consideraron noticiables y objeto de interés no puede representar (independientemente del enjuiciamiento que ello merezca) que se conviertan en públicas y que quede legitimada (con continua incidencia en el ámbito de la intimidad de la recurrente) la permanente puesta a disposición del público de esas imágenes.⁸⁵

⁸² Si es imposible reconocer a una persona concreta, sin necesidad de la intervención de procedimientos técnicos o periciales, esta imagen no resulta significativa para tal derecho individual. Si se trata de una imagen irreconocible, no se está ante *la propia imagen*, careciendo, pues, del objeto específico del derecho (Pascual Medrano, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites*. Thomson Aranzadi: Navarra, 2003, pp. 65-66). En efecto, solo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando se consigue percibir los rasgos particulares individualizadores de una persona humana, los que posibilitan la representación gráfica visible del aspecto físico externo de su figura. Por tanto, la representación de una imagen no reconocible es lícita. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 26.

⁸³ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen Óp. cit.*, p. 11.

En este contexto, el alcance y la naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen no queda del todo clara.⁸⁶ Sin embargo, lo que si queda claro es que existe una corriente tendiente a reservar a favor de cada individuo, la utilización económica o mercantil de su propia imagen.⁸⁷

Evidentemente, *no existirá una intromisión en el derecho a la propia imagen, si de por medio existe el consentimiento de su titular.*

Según Palomar Olmeda y Descalzo González: “Las relaciones contractuales son, por tanto, vivero fundamental para modular el contenido del derecho a la propia imagen”.⁸⁸

Sin embargo, este consentimiento *no es absoluto* y puede ser revocado. De este modo, el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 117/1994, de 25 de abril, precisa el alcance del derecho unilateral de revocar la utilización patrimonial de la imagen:

[...] mediante la autorización, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello a inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. [...] Los artistas profesional del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consisten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento *podrá ser revocado*, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado [...].⁸⁹

Esta situación, de involucrar al derecho a la propia imagen dentro del mundo contractual, ha generado que reciba las mismas restricciones, propias del mundo de los negocios.⁹⁰

Dicho esto, la jurisprudencia ha aportado los siguientes criterios:

[...] es claro que existen actividades que traen consigo, una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba

⁸⁶ Sobre el tema, *vid.* Miguel Ruiz C. *La configuración constitucional de la intimidad*. Madrid: 1995, pp. 108-112; Igartua Arregui F. *En el mercado de las ideas*, *cit.*, p. 319-339; del mismo autor, *La apropiación comercial de la imagen y de nombres ajenos*. Madrid: 1991; Amat Llari E. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: Editorial La Ley, 1992; Azurmendi Adarraga A. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: 1998. Citado en Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen Óp. cit.*, p. 12.

⁸⁷ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen Óp. cit.*, p. 12.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Tribunal Constitucional Español. Sentencia STC 117/1994, de 25 de Abril. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen Óp. cit.*, p. 12.

⁹⁰ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen Óp. cit.*, p. 12.

realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él.⁹¹

De la sentencia citada previamente, se desprende que el contenido del contrato será quien establezca los límites y condicionantes a la propia imagen de la persona, así como, la legitimidad de las modulaciones operadas sobre el derecho a la propia imagen del trabajador.⁹²

Este criterio aporta muchísimo a esta investigación, ya que los deportistas profesionales, debido a sus actividades llevan consigo una restricción en su derecho de imagen, cuando contactan con el público, ya sea en espectáculos deportivos, como en lugares públicos.

Además, dentro del alcance de este derecho, se ha generado una discusión y debate sobre si el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, o por el contrario, es un mero aspecto del derecho a la intimidad o del derecho al honor.⁹³ Se desprende tanto de la jurisprudencia como de la doctrina que la captación, reproducción o difusión ilícita de la imagen, constituyen un atentado al derecho a la propia imagen, sin que sea necesario demostrar que se ha afectado a la reputación u honor del sujeto.⁹⁴

En tal sentido, la Corte Suprema de la Nación argentina resolvió:

[...] el derecho a la imagen es autónomo del derecho al honor o al decoro. Tal autonomía lo es también respecto del *right of privacy* o intimidad, para hacer ocupar al derecho a la imagen un puesto más alto en la escala de los valores humanos íntimamente conectados con la personalidad [...].⁹⁵

En síntesis, la CSJN argentina ponderó la autonomía del derecho a la propia imagen con respecto al derecho al honor y la intimidad, con lo que se busca una reparación inmediata cuando se presente una exposición, captación o difusión arbitraria de la imagen de una persona, aún cuando no resulte lesionada la intimidad, privacidad o reputación de la persona.⁹⁶ Esto no sucede en Ecuador, como analizaremos más adelante.

Asimismo, es necesario aclarar que el concepto de “imagen social”, reputación o fama de la persona dentro de un círculo social, no está incluido en el concepto jurídico

⁹¹ Tribunal Constitucional Español. STC 99/1994, de 11 de abril. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* *Óp. cit.*, p. 13.

⁹² Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* *Óp. cit.*, p. 13.

⁹³ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 378.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ CSJN, 27 de diciembre de 1988, “Lambrechi, N. c/Wilton Palace”. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 378.

⁹⁶ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 378.

de imagen, pues estos elementos son objeto de protección del derecho al honor.⁹⁷ Por lo tanto, tal como señala Rodrigues da Cunha e Cruz: “la protección dada a la propia imagen no se dedica a proteger a la persona de la difamación”,⁹⁸ por lo que se desvincula el derecho a la propia imagen del derecho al honor.⁹⁹

En cuanto al alcance del derecho a la propia imagen con respecto del derecho a la intimidad, vale señalar que los dos tienen como objetivo específico la protección de la *inviolabilidad personal*,¹⁰⁰ elemento central de defensa de los derechos de la personalidad.¹⁰¹ Doctrinarios como Manuel Iglesias Cubría han mencionado:

Forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas, por ello no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo.¹⁰²

Por ello, cuando dos o más personas interactúan, ellas tendrán al alcance la imagen de la otra persona, pero no tendrán acceso a la intimidad de las mismas, en la medida que ellas así lo dispongan.¹⁰³

En cuanto al alcance del derecho a la propia imagen con respecto del derecho a la identidad personal, hay que señalar que la identificación, objeto principal de la identidad personal, puede ser alcanzado por otros medios, como el psicológico o sociológico; de modo que no resulta indispensable la imagen para determinar la identidad de una persona.¹⁰⁴ Al respecto, Rodrigues da Cunha e Cruz ha expresado:

El derecho a la identidad personal utiliza como instrumentos el derecho al nombre, el derecho a la palabra (voz), el derecho a la propia imagen y otros que conforman los signos distintivos identificadores de la persona humana. En realidad, el derecho a la propia imagen sirve como *medio* para la manifestación del derecho a la identidad personal, como también, de modo análogo, suelen utilizarlo el derecho a la intimidad y el derecho al honor.¹⁰⁵

Por lo tanto, el autor citado previamente quiere destacar la autonomía del derecho a la propia imagen frente al derecho a la identidad personal, tesis que la sostiene basándose en que la propia imagen no es más que un medio para la manifestación del derecho a la identidad personal. Medio que no es único, ya que el

⁹⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Iglesias Cubría, Manuel. *Derecho a la intimidad*. Universidad de Oviedo, 1970, pp. 21-22. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

¹⁰³ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

¹⁰⁴ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

derecho a la identidad personal utiliza otros como el nombre, la voz, el derecho a la intimidad y al honor, para identificar a las personas.

De manera análoga, Costa García propone la siguiente tesis:

[...] Esa característica de ser un instrumento mediador no puede impedir la autonomía del derecho a la propia imagen, pues éste no protege el derecho de la persona a exigir que su propio perfil, psicosomático, intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional no sea representado de manera tergiversada, desnaturalizada o alterada por medio de la imputación de conductas, atributos o cualidades que no tienen relación con ella o por la omisión de las características que son determinantes en su configuración, pues esta salvaguarda está en el ámbito de protección del derecho a la identidad personal.¹⁰⁶

En consecuencia, cuando se hable de la interrelación del derecho a la propia imagen con el derecho a la identidad personal, hay que tener presente que estamos frente a dos bienes jurídicos distintos, con conformación y objeto divergentes.¹⁰⁷

El derecho a la propia imagen, al ser un derecho de la personalidad, es un derecho relativamente disponible, es decir que su titular es el encargado de autorizar su captación, difusión o reproducción de su imagen.¹⁰⁸ Rivera, Giatti y Alonso han manifestado al respecto: “En este punto, cabe señalar que el consentimiento para la publicación de la imagen *no puede presumirse* y es de interpretación restrictiva, lo cual veda la posibilidad de admitir un consentimiento implícito anticipado para su publicación” [las cursivas son mías].¹⁰⁹

Este derecho, implícito generalmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluye el derecho de cambiar de apariencia, la creatividad en el vestir y el arreglo personal, el adoptar una estética propia.¹¹⁰

¹⁰⁶ García, Enéas Costa. “Direito à identidade pessoal” in *Atualidades Jurídicas*, 3 (coord. Maria Helena Diniz). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165-197. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 28.

¹⁰⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 378.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Miguel Ángel Alegre Martínez. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Ed. Tecnos, 1997, p. 85. Citado en Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad. Óp., cit.*, p. 71.

2.3 Derecho a la propia imagen en el ámbito deportivo

Con respecto del deportista profesional, abordaremos el derecho a la explotación comercial de su propia imagen.¹¹¹ Con el desarrollo del deporte a nivel mundial, las grandes figuras y estrellas celebran multimillonarios contratos publicitarios por la mera utilización de su imagen y figura, con el fin, de que ese producto y/o servicio, sea asociado a ese deportista, ergo, obtener mayores ventas gracias a la utilización de la imagen de una figura pública.

Por ejemplo, podemos mencionar los casos de marcas como *Nike*, que invierte millones de dólares anuales en publicidad con deportistas profesionales de diversas ramas como el fútbol, tenis, basquetbol, golf, etc., o *Adidas*, quien ha destacado siempre por haber firmado un convenio publicitario multimillonario hace ya años con su ícono y emblema mundial, David Beckham, y otros, como Lionel Messi o Ángel Di María, estrellas a nivel mundial y de sus clubes como el FC Barcelona y el Real Madrid CF respectivamente.

Ejemplo de este fenómeno comercial, es el jugador de fútbol inglés, David Beckham, quien en sus inicios como jugador de élite mundial, disponía de diez *sponsors* personales. Ganaba alrededor de 130.000 euros semanales, la mayoría de ellos derivados de campañas publicitarias, además de contar de su propia marca de jeans, lentes de sol, galletas, perfumes, etc.¹¹²

Sin embargo, nace una tesis que manifiesta que no siempre la explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales de elite suele ser como se la mira, generando repercusiones negativas en el atleta.

Sobre el tema, López Menudo ha precisado:

El patrocinio es en general positivo para el deportista – beneficiario del mismo, pero las patologías de la publicidad pueden poner en riesgo su salud y su propia proyección deportiva, así como sus derechos y muy posiblemente su dignidad como simple persona.¹¹³

¹¹¹ Sobre la explotación comercial de la imagen en el deporte, *vid.* Abib Tejan Conteh. *The Right of Publicity in Sports: Athletic and Economic Competition*. 3 DePaul Journal of Sports Law and Contemporary Problems, no. 136, 2006.

¹¹² Leonardo Torres. *Superpoderoso Beckham*. Revista Viva, de 5 de octubre de 2003, p. 76. Citado en Pablo C. Barbieri. *Representación de Deportistas: Derecho y deporte, contrato de representación deportiva, "Normas FIFA"*. *Disposiciones de la AFA. Derecho de imagen de los deportistas*. Argentina: Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 13

¹¹³ Francisco López Menudo. *Patrocinio deportivo: implicaciones jurídico públicas*. España: Revista española de Derecho Deportivo, núm. 1, enero – junio, 1993, p. 15. Citado en Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 208.

Esto sucede cuando, la imagen de los deportistas, es encaminada por éste hacia eventos donde es requerida su presencia, muchos de los que no tienen relación alguna con la actividad deportiva del atleta profesional, tales como campañas publicitarias, actos promocionales, etc.,¹¹⁴ o cuando se utiliza la imagen del deportista para publicitar productos que puedan dañar su proyección pública ante la colectividad, tal es caso de anuncios de cigarrillos, bebidas alcohólicas, etc.¹¹⁵

En cuanto al concepto de este derecho en el ámbito deportivo, una de las definiciones clásicas la Aporta el Tribunal Supremo Español, en su sentencia de 9 de mayo de 1988, en un caso sobre el uso indebido de la imagen de jugadores de la Liga Profesional de Fútbol de ese país (LFP), en una colección de cromos para un álbum. Al respecto el Tribunal sostuvo: “Es el derecho que toda persona tiene, también aquellas personas famosas o notorias, a que los demás no reproduzcan los caracteres de su figura sin su consentimiento”.¹¹⁶ Sobre esto, explica Cifuentes: “Al deseo que tiene alguien de reproducir la imagen de otro, debe ser posible oponer la voluntad contraria de quienes no ven de su agrado la divulgada muestra de su fisonomía”.¹¹⁷

En cuanto al alcance de este derecho en el campo deportivo, como se señaló previamente, el derecho a la propia imagen, contiene dos aspectos o vertientes:

1) Positivo, dado por la facultad de poder autorizar a quien conviniere, mediante la celebración de *un contrato* (contrato publicitario deportivo o contrato de cesión de derechos), a que se reproduzca y divulgue su imagen de manera gráfica con fines publicitarios; y 2) Negativo, que comprende la potestad de que el deportista se niegue a que su imagen sea captada, reproducida y/o divulgada, teniendo en cuenta, que este derecho es estrictamente personal.¹¹⁸

Al respecto, la jurisprudencia argentina ha aportado de la siguiente manera: “Toda persona tiene sobre su imagen y sobre su utilización un derecho exclusivo y [...] el consentimiento de la persona es *indispensable* no solamente en relación a la toma de la fotografía, sino también a la utilización de ella”.¹¹⁹

¹¹⁴ Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 208.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Ariel N. Reck. *Figuritas y Derecho: Conflictos “Difíciles” y “Repetidos”*. Revista Brasileira de Direito Desportivo, núm. 8, 2005, p. 140.

¹¹⁷ Santos Cifuentes. *El derecho a la propia imagen*. ED. T40, p. 669. Citado en: Ariel N. Reck. *Figuritas y Derecho. Óp., cit.*, p. 140.

¹¹⁸ José R. Balmaceda. *El contrato de trabajo deportivo: Análisis de la ley 20.160*. Argentina: Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 129.

¹¹⁹ CNCiv., Sala K., 9/12/1999, “Producciones Ricardo Piñeiro S.A. c/Finesse”. Citado en José R. Balmaceda. *El contrato de trabajo deportivo. Óp., cit.*, p. 129.

Resulta de lo analizado, que en torno a la explotación comercial de la imagen de deportistas profesionales, el consentimiento emerge como un elemento *sine qua non* de este tipo de relaciones jurídico – publicitarias.

Al respecto, señalan Casimiro y Balmaceda:

Esta manifestación libre, plena, voluntaria, sin ningún vacío, que atente en su contra, resulta *inexcusable* [las cursivas son mías] para la celebración del acto jurídico en cuestión; por tanto, ambas partes intervinientes en los contratos de esponsorio deben brindar su consentimiento en consonancia con lo citado más arriba. Aunque la forma de celebración sea, en su mayoría, escrita, el plexo civil contempla la vía tácita, logrando, de esta manera, contemplar situaciones fácticas diferentes.¹²⁰

Además, dicho contrato puede incluir las denominadas *clausulas de exclusividad*, mediante las cuales se otorga la disponibilidad de la imagen del deportista de forma única a quien suscribe el contrato con el atleta, sea una empresa que desea su imagen con fines publicitarios o sea un *sponsor*.

Doctrinarios latinoamericanos en el campo deportivo, como Frega Navía, basándose en los conceptos esgrimidos por la legislación española, ha señalado cuatro condiciones que deben cumplirse para que se considere violentado el derecho a la propia imagen de un deportista profesional de élite: 1) Utilización, reproducción, captación y/o difusión no consentida de la imagen por su titular; 2) Utilización de la identidad de la persona; 3) Que sea con fines comerciales y/o análogos; y, 4) Siempre que se produzca un daño.¹²¹

Es así, que el concepto jurídico del derecho a la propia imagen en el campo deportivo, no dista para nada del concepto jurídico – constitucional del mismo.

Con mucha precisión, Rivera ha manifestado: “El derecho a la propia imagen es aquel derecho personalísimo cuyo regular ejercicio permite al titular oponerse a que por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique – sin su consentimiento o el de la ley- su propia imagen”.¹²²

Sin embargo, existen algunas excepciones en cuanto al alcance mismo del derecho a la propia imagen de deportistas profesionales, dado su *status* de figuras

¹²⁰ Gabriela A. Casimiro y José R. Balmaceda. *Contrato de Esponsorización deportiva: El espónsor en el derecho argentino*. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 77.

¹²¹ Ricardo Frega Navía. *Contrato de trabajo deportivo*. Argentina: Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 125. Citado en José R. Balmaceda. *El contrato de trabajo deportivo*. *Óp., cit.*, p. 129.

¹²² Julio C. Rivera. *Instituciones del Derecho Civil. Parte General*. Argentina: Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 73. Citado en Pablo C. Barbieri. *Representación de Deportistas: Derecho y deporte, contrato de representación deportiva, “Normas FIFA”. Disposiciones de la AFA. Derecho de imagen de los deportistas*. Argentina: Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 131.

públicas, razón por la cual, existen algunos casos en que la imagen de estos atletas puede ser utilizada libremente y sin el consentimiento previo del mismo.

Al respecto, Barbieri manifiesta:

Esto es lo que se produce cuando aparecen fotografías o imágenes de los futbolistas en las crónicas diarias de diarios, revistas y medios televisivos. Ningún tipo de resarcimiento se debe a jugador porque dichas circunstancias se generan producto de su vida pública y de su actuar profesional.¹²³

El deporte hace rato que dejó de ser una mera actividad física, para convertirse en un negocio, y no solo para sus participantes, sino también para el Estado. Es el caso del gobierno español que en los últimos años ha implementado medidas fiscales (Ley 35/2006, de 28 de noviembre sobre el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas) en torno a la explotación comercial de la imagen que los deportistas desarrollan en ese país.¹²⁴ Todo esto, considerando que en España existe la Liga BBVA con estrellas como Messi, Ronaldo, Kaká, etc., y con deportistas nacionales como Rafael Nadal, Fernando Alonso, etc.

En este contexto, para entender mejor el fenómeno de la explotación comercial de la imagen en el deporte, recomendamos leer el artículo *El deporte es más que el deporte*, de Pablo Lucio Paredes, publicado en la Revista Polémika, del Instituto de Economía de la Universidad San Francisco de Quito, de junio de 2011.¹²⁵

Concluyendo esta sección, consideramos que el derecho a la propia imagen en el ámbito deportivo es un fenómeno que ocurre con mayor frecuencia en Ecuador, por ende, merece nuestra atención y suma dedicación para poder regularlo jurídicamente de manera adecuada y oportuna, sin dejar vacíos legales que den pie a futuras violaciones por parte de terceros que quieran explotar comercialmente la imagen de nuestros deportistas profesionales. Asimismo, consideramos que este derecho es esencial para el libre desarrollo de la personalidad de los deportistas profesionales, y debe primar por encima de las intromisiones arbitrarias que puedan hacer terceros con fines comerciales o por parte de la misma prensa, difundiendo la imagen del atleta con “fines informativos”, cuando de verdad lo que buscan es obtener mayores réditos, utilizando la imagen de los atletas como modelos de atracción de interés colectivo.

¹²³ Pablo C. Barbieri. *Representación de Deportistas: Derecho y deporte, contrato de representación deportiva, “Normas FIFA”. Disposiciones de la AFA. Derecho de imagen de los deportistas*. Argentina: Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 132.

¹²⁴ Al respecto, *vid.*, Carlos del Campo Colás, Vidal Morales Madrigal, Luis Bescansa Miquel y Eduardo Arenas Bocanegra. *Código del Fútbol*. España: Editorial La Ley, Madrid, 2009, pp. 959-963.

¹²⁵ Al respecto, *vid.*, Pablo Lucio Paredes. *El Deporte es más que el deporte*. Ecuador: Revista Polémika: *Deporte: Entre La Academia, la pasión y el potrero*, año 3, núm. 7, junio de 2011, pp. 76-85.

3. Derecho a la intimidad

3.1 Definición

La Real Academia Española define por intimidad: “calidad de íntimo” y “conjunto de sentimientos, pensamientos o hábitos propios”.¹²⁶ Si bien estas acepciones no nos acercan al concepto jurídico-constitucional de intimidad, nos da luces sobre los temas objeto de estudio de la presente investigación.

La intimidad es un concepto difícil de establecer. Pues no se observa un consenso general tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, así como tampoco una delimitación conceptual precisa y unívoca de este derecho fundamental.¹²⁷ Sin embargo, autores han tomado el reto de analizar a fondo estos derechos fundamentales, para poder así, determinar un concepto y buscar un consenso doctrinario. Es así, que autores como Pfeffer Urquiaga consideran:

se admite que íntimo es aquello que está lo más adentro posible. Lo que está en el interior del hombre; [...] En la sociedad de masas aquel núcleo íntimo del individuo se encuentra en jaque o acoso permanente. Ello, fundamentalmente, por el avance vertiginoso de las tecnologías y el desarrollo de los medios de comunicación.

Asimismo, Rivera, Giatti y Alonso han manifestado al respecto:

Se entiende por intimidad el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia. Es lo más personal, interior o privado; lo que no se desea hacer conocer ni dejarse ver ni sentir.¹²⁸

Por su parte, Ruiz Miguel ha expresado sobre la intimidad lo siguiente:

... el fenómeno de la intimidad es consubstancial al ser humano, el cual, aun en circunstancias en las que la intimidad resulta obstaculizada, descubre nuevas posibilidades para protegerla. La idea de la intimidad no es innata al hombre. En Grecia apenas se atisba. Será con el cristianismo, y de modo singular con la obra de San Agustín, cuando la idea de intimidad se incorporará al acervo de nuestra cultura. El derecho a la intimidad, como tal, es una doctrina de fines del siglo XIX, no creada para defender la propiedad. Sin embargo, ciertas manifestaciones de la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio o la correspondencia, ya tuvieron reconocimiento jurídico en el Derecho romano o en la Edad Media.¹²⁹

¹²⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Editorial Larousse. Madrid, 1994., p. 372.

¹²⁷ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 466.

¹²⁸ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 379.

¹²⁹ Carlos Ruiz Miguel. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 59. Citado en Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad Óp. cit.*, pp. 51-52.

Doctrinarios como Corral Talciani, manifiestan que no existe un consenso sobre el tema objeto de estudio de esta investigación, asimismo como ponderar su desconformidad con el término “intimidad”, considerando que el término adecuado para este derecho debería ser “privacidad”, que si bien es un anglicismo no aceptado aún por la Real Academia de la Lengua, es utilizado mayoritariamente por los cuerpos jurídicos continentales, además de revelar mejor la identidad del bien jurídico a proteger, como lo es la “vida privada”.¹³⁰

Por lo tanto, este autor abraza la tesis donde expresiones como “derecho a la vida privada”, “derecho a la intimidad” y “derecho a la privacidad” bien pueden utilizarse como expresiones intercambiables.¹³¹ No obstante, para los fines de esta investigación, no compartiremos la tesis del Dr. Corral Talciani, por lo cual seguiremos utilizando la expresión “derecho a la intimidad”, con el fin de evitar confusiones posteriores.

No obstante, es importante exponer que entiende la doctrina sobre la vida privada. Por lo tanto, consideramos oportuna y adecuada la conceptualización que nos brinda Espín Templado, al decir:

Vida privada es el conjunto de circunstancias y datos relativos a la vida de una persona que quedan fuera del conocimiento de los demás, salvo que medie un expreso deseo de comunicarlo o de ponerlo de manifiesto por parte de la persona afectada y al margen, naturalmente, de las personas que comparten con ellos aspectos más o menos amplios de su vida.¹³²

Por su lado, para el Tribunal Constitucional español, el derecho a la intimidad significa “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario *según las pautas de nuestra cultura* para mantener una calidad mínima de vida humana”.¹³³ Esto quiere decir, según tratadistas como Palomar Olmeda y Descalzo González, que el derecho a la intimidad posee una doble vertiente de protección; pues de un lado garantiza el derecho de la persona a no ser molestado, y, por otro lado, protege una esfera positiva de la persona, es decir, la protección frente a las informaciones que afectan a la persona.¹³⁴

¹³⁰ Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad* Óp. cit., p. 52.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Eduardo Espín Templado. *Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. España: Revista Centro de Estudios Constitucionales, núm. 8, Madrid, 1991, p. 45. Citado en Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad*. Óp., cit., p. 69.

¹³³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 57/1994. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* Óp. cit., p. 9.

¹³⁴ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* Óp. cit., p. 9.

Clemente García García considera a la intimidad como: “un derecho *dinámico* de la persona cuyo contenido parece, inicialmente, determinado por ella misma y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso, en el valor cultural, histórico y social”.¹³⁵ Tesis más que correcta, pues es evidente en la actualidad que la intimidad es algo bastante relativo, por lo tanto, varía de persona en persona, de cultura en cultura, y de grupo social en grupo social. Por ejemplo, la intimidad de una persona de Río de Janeiro va a variar extremadamente con la de una persona musulmana de Medio Oriente.

Luis Brito Correia ha expresado: “la [...] reserva de la *intimidad* depende [...] de la voluntad de la persona, que puede divulgar en mayor o menor grado los aspectos particulares de su personalidad”.¹³⁶

Jurídicamente, el derecho a la intimidad es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas.¹³⁷ En síntesis, el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, inalienable, que tienen las personas por el mero hecho de ser seres humanos.¹³⁸

¹³⁵ Clemente García García; Andrés García Gómez. *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*. España: Murcia, 1994, p. 25. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 28.

¹³⁶ Luís Brito Correia. *Direito da Comunicação social*. Vol. 1, Almedina: Coimbra, 2000, p. 594. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 28.

¹³⁷ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, pp. 379-380.

¹³⁸ *Id.*, p. 380.

3.2 Alcance

El juez americano Goly, en 1873, identificó a la intimidad como el derecho a ser dejado tranquilo, en paz, a estar solo; *The right to be alone*.¹³⁹ El individuo tiene el pleno derecho de exigir un disfrute más pleno del derecho a la vida, es decir, tiene derecho a exigir “el derecho a ser dejado en paz”.¹⁴⁰

A lo largo de la presente investigación, hemos visto como la jurisprudencia ha sido esencial para aportar conceptos y criterios válidos, en aras de crear una doctrina firme sobre esta problemática. Es así, que la Corte Suprema norteamericana, no es la excepción, y manifiesta que el derecho a la intimidad comprende: “el derecho de toda persona de tomar sola las decisiones en la esfera de su vida privada”.¹⁴¹

Los derechos íntimos, emanados de la personalidad, deben ser respetados, al igual que su honra y su imagen.¹⁴² En un inicio, el derecho a la intimidad no era autónomo, era estrictamente vinculado con el derecho a la propiedad, como lo analizaremos más adelante.

La intimidad, tiene en último término, su fundamento en la *inviolabilidad de la persona humana*: es decir, solo esa persona puede hacer públicas cuestiones relativas a su intimidad o espacio íntimo.¹⁴³

El reconocimiento expreso a la intimidad como derecho fundamental consagrado en los cuerpos constitucionales de los Estados resultó tardío. Inicialmente se reconocieron situaciones específicas como la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones.¹⁴⁴ Por ello, no es posible *a priori*, establecer los límites que señalen cuando se invade la intimidad o no, y cuándo estamos frente a un hecho de la vida pública.

No obstante, la doctrina italiana ha sugerido cuatro posibles esferas de la vida privada de las personas: 1) *la soledad*, que entraña la imposibilidad física de contactos materiales; 2) *la intimidad*, en la que la persona, sin aislarse del resto, se sumerge en un

¹³⁹ José Alfonso Da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. Brasil: 6ta edición revisada y ampliada, Ed. Revista de los Tribunales, Sao Paulo, 1990, p. 184. Citado en Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad*. Óp., cit., p. 67.

¹⁴⁰ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad*. Óp., cit., p. 466.

¹⁴¹ Pierre Kayser. *La protection de la Vie Privée: Protection du secret de la Vie Privée*. Francia: Marsella Press, Universitaires d' aux, Marselle, 1984, p. 49. Citado en Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad*. Óp., cit., p. 67.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

grupo íntimo de relaciones especiales y fraternas, como por ejemplo, el matrimonio y la familia; 3) *el anonimato* y; 4) *la reserva*, que consiste en la creación de una barrera psicológica frente a las intromisiones no deseadas.¹⁴⁵

Citando la tesis de Pfeffer Urquiaga, el autor considera como atentado a la intimidad lo siguiente:

En general se estiman como atentados contra la intimidad o privacidad, al menos los siguientes: a) la intromisión en la soledad física que la persona se reserva en el hogar o respecto de sus bienes, por ejemplo, a través de micrófonos o cámaras que se instalan para grabar conversaciones privadas, filmar en su círculo íntimo; b) divulgar públicamente hechos privados, aún cuando ellos no atenten contra el honor o no sean lesivos para la persona; c) La divulgación de hechos deformados o falsos relativos a una persona, por ejemplo cuando se *distorsiona la imagen, nombre, voz del individuo con fines comerciales* [las comillas son mías] ; y d) Al apropiarse indebidamente en provecho propio del nombre o imagen ajenos.¹⁴⁶

El Tribunal Constitucional español ha desarrollado una doctrina en cuanto al objeto y alcance del derecho a la intimidad, la cual es resumida por la Sentencia 134/1999, de 15 de julio:

El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. [...] El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. [...] No garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. [...] Lo que garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando por terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. [...] Se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o *prohibiendo su difusión no consentida* [las cursivas son mías] lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida personal o familiar.¹⁴⁷

Por lo tanto, este derecho tiene dos características esenciales: la primera es la facultad de *exclusión*, y la segunda es la facultad de *autoconfiguración*.¹⁴⁸ La primera, faculta a su titular para evitar la intromisión por parte de terceros en todo aquello que se

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Id.*, p. 467.

¹⁴⁷ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 134/1999, de 15 de julio. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* *Óp. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 380.

considere *zona nuclear* de la personalidad y sea privado, limitado, reservado, en definitiva, lo íntimo.¹⁴⁹ La segunda, es donde el sujeto configura su intimidad, a través de sus actos, acorde a sus creencias, valores, costumbres, idiosincrasia, etc. En este sentido, la jurisprudencia y algunos documentos internacionales han señalado que si bien todas las personas tienen derecho a la intimidad, no pueden quejarse aquellos que con sus propios actos, configuren su intimidad muy limitadamente, generando una especie de curiosidad general.¹⁵⁰

Tal como manifiestan doctrinarios como Rivera, Giatti y Alonso, el alcance del derecho a la intimidad tutela los siguientes aspectos: a) el secreto o reserva de los actos de la vida privada; b) el secreto de la correspondencia y los documentos privados; c) la privacidad del domicilio; d) el *derecho a la imagen*; e) el derecho al nombre; y f) el derecho al secreto profesional.¹⁵¹ Es así, que podemos evidenciar que existe una conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, pero no por ello hay que considerarlos como un mismo derecho, ya que tutelan bienes jurídicos protegidos completamente diferentes.

El alcance del derecho a la intimidad, al no ser unificado hasta la fecha, puede variar de país en país. Por ejemplo, existen Estados donde se sancionan violaciones al derecho a la intimidad dependiendo del lugar donde se cometieron los hechos (EEUU), dependiendo de la calidad personal del sujeto (España). Evidentemente, existen ciertas situaciones extremadamente íntimas, donde existen sanciones por el mero hecho de entrometerse en ellas; es el caso de espiar las relaciones sexuales de terceros; asimismo, en países que adoptan un sistema mixto, no solo se considera el lugar, sino también, la naturaleza del acto.¹⁵²

En cuanto al concepto de lo que se entiende por íntimo o privado, la doctrina ha señalado que son “los hechos normalmente desconocidos para terceros ajenos al grupo familiar y no se desea que otros los conozcan, o cuyo conocimiento produce turbación moral en el sujeto, pues daña su pudor o recato”.¹⁵³

Asimismo, otro aspecto de discusión sobre el derecho a la intimidad, es saber si tiene alcance hacia las personas jurídicas. Esta discusión nace en la doctrina partiendo del supuesto que es evidente que la persona jurídica no tiene una vida privada o un

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 467.

¹⁵³ *Ibíd.*

círculo íntimo que sea objeto de tutela; es por ello, que lo que puede pasar es que se atente contra la intimidad, pero de las personas físicas que forman parte de esa persona jurídica.¹⁵⁴ Por lo que en definitiva, no podemos afirmar que las personas jurídicas sean objeto de la tutela jurisdiccional de la intimidad y vida privada de las personas.

Mención especial hay que realizar hacia el famoso *derecho al olvido*, el cual constituye en una manifestación del derecho a la intimidad, por el cual toda persona tiene derecho a que se olvide su pasado, es decir, a que no se divulgue, difundan, narren o señalen actos pasados de esa persona, los cuales puedan manchar o menoscabar su turbia vida privada.¹⁵⁵

En otro aspecto, la *ratio legis* o razón de ser del derecho a la intimidad es la prevención y protección frente al entrometimiento arbitrario en la vida ajena de la persona, de modo tal que no se vea afectada su intimidad.¹⁵⁶ El entrometimiento o intromisión, es la acción de quien interviene donde no es llamado, interfiriendo de este modo en el ámbito privado ajeno.¹⁵⁷ Rivera, Giatti y Alonso, defienden la tesis de que dicho entrometimiento no es sancionable cuando la interferencia dentro la intimidad de la persona es solicitada o consentida por la misma persona que la sufre, o por quien tenga la representación legal de este último.¹⁵⁸

En cuanto a la arbitrariedad de la intromisión en la intimidad de la persona, para ser considerada como tal, debe haber sido realizada “sin derecho”¹⁵⁹. En consecuencia, la intimidad puede ser lesionada mediante un acto ilícito, así como mediante el ejercicio abusivo de un derecho adquirido.¹⁶⁰

En cuanto a los límites del derecho a la intimidad, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina han precisado que es *legítima* la intromisión que tenga por objeto defender o garantizar un *interés público prevaleciente*, como por ejemplo la persecución de un crimen, la tutela de la salud pública o la defensa de la moral y las buenas costumbres.¹⁶¹

Sin embargo, el alcance del derecho a la intimidad encuentra limitantes importantes para su aplicación, especialmente cuando se trata de su estrecha relación

¹⁵⁴ *Id.*, p. 468.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 469.

¹⁵⁶ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 381.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Cfr.* Jornadas de Derecho Civil en Homenaje al Dr. Mosset Iturraspe. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 381.

¹⁶¹ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 381.

con el derecho a la información, el cual está directamente vinculado con la libertad de prensa.¹⁶² Indudablemente la libertad de prensa es uno de los bienes jurídicos más importantes dentro de los Estados de derecho. Derecho que ha alcanzado el status de derecho humano, al formar parte de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y el art. 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Cabe señalar que la doctrina ha manifestado causales de justificación para legitimar la intromisión de los medios masivos de comunicación dentro de la esfera íntima o privacidad de las figuras públicas. La primera causal, señala que la autorización del afectado convierte en legítima la intromisión en su intimidad.¹⁶³ Como señalan algunos autores, “*es la difusión no consentida de la información de hechos personales lo que genera el ilícito*”.¹⁶⁴ Haciendo mías las palabras de Ramón Daniel Pizarro, “para que esta causal opere *es indispensable que el consentimiento del titular del derecho [...] sea inequívoco, expreso o tácito*”.¹⁶⁵

Asimismo es otra causal de intromisión legítima en la intimidad de las personas cuando existe un ejercicio legítimo de un derecho.¹⁶⁶ Son ejemplos de esta causal cuando por ejemplo el testigo está obligado por ley a decir la verdad, para no recaer en pena de perjurio, aunque con ella afecte la intimidad o privacidad de las personas ajenas; otro ejemplo es cuando los padres, en ejercicio de su patria potestad, pueden entrometerse en los secretos y/o asuntos íntimos de sus hijos.¹⁶⁷

Por último, también es una causal cuando existe un ejercicio legítimo de autoridad. Esta causal, se justifica por la finalidad de obtener información (íntima, privada) para la investigación de determinadas personas en actos delictivos, así como personas quienes han sido beneficiarias de determinado crédito o préstamo de consumo, por lo que la información requerida versará sobre la solvencia o iliquidez del presunto

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ La lógica subyacente es que no se infringe un derecho cuando el titular del mismo rehúsa su ejercicio. Frederick Schauer. *The Social Construction of Privacy*. Joan Shorenstein Center on the Press, Politics, and Public Policy, 2000; Ed Craig L. LaMay. *Journalism and the Debate Over Privacy*. New Jersey: Inc. Lawrence Erlbaum Associates, p. 8. Citado en Ignacio Covarrubias Cueva. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 165.

¹⁶⁴ Ramón Daniel Pizarro. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 248. Citado en Ignacio Covarrubias Cueva. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 165.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas a la figura del “personaje público” como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*. Chile: Red Estudios Constitucionales, núm. 2, vol. 3, 2005., p. 165.

¹⁶⁷ Matilde Zavala de González. *Resarcimiento de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 81. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 165.

beneficiario¹⁶⁸, situaciones que el derecho inglés por ejemplo ha catalogado como *causal de justificación* o “*privilege*”.¹⁶⁹

Haciendo mías las palabras de Giatti, Rivera y Alonso: “la libertad de prensa constituye un bien inapreciable de la humanidad que muchas veces se enfrenta con la intimidad o el honor de las personas aludidas en la difusión de una noticia o comentarios”.¹⁷⁰

Al respecto hay tres tesis. La primera pondera la tutela de la intimidad de las personas por encima de la libertad de prensa; la segunda se inclina por la primacía de la libertad de prensa sobre el derecho a la intimidad de las personas, considerándolo un elemento insustituible de una vida democrática;¹⁷¹ mientras que la tercera manifiesta que *todos* los derechos amparados en las cartas políticas de los Estados tienen la misma jerarquía, dejando al juez la tarea de interpretarlos y conseguir su armonización.¹⁷² Esta última postura es la más reciente y fue adoptada en las *Jornadas Sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Dr. Bustamante Alsina*.¹⁷³

Es oportuno precisar que la *prueba de la verdad* no sirve como eximente de responsabilidad de una lesión al derecho de intimidad, pues la intimidad debe ser protegida a como de lugar, y por tanto no depende de la veracidad o falsedad de los asuntos que fueron motivo de la intromisión arbitraria.¹⁷⁴ Esto difiere del interés jurídico protegido en el derecho al honor, pues en este caso la *exceptio veritatis* no excluye la antijuricidad de la conducta lesiva de la intimidad¹⁷⁵.

Por último, si bien la libertad es uno de los derechos que cuenta con mayor tutela jurisdiccional,¹⁷⁶ no significa que el periodismo sea ajeno de reparar los daños y perjuicios causados por la difusión de noticias falsas y erróneas, o que puedan invadir la privacidad de las personas tan ligeramente, pues como señala la mayoría de la jurisprudencia y un gran sector de doctrinarios, *libertad no significa impunidad*.¹⁷⁷

¹⁶⁸ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 165.

¹⁶⁹ *Vid. London Association v. Greenlands Ltd.* (1916) 2 A.C., 42, en el que se califica como causal legítima y necesaria, dado que constituye un “deber social” comunicar lo que de buena fe se pregunta. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 165.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ *Id.*, p. 382.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 382.

¹⁷⁵ CNCiv., Sala M, 1o. de marzo de 1993, L. L. 1994-C-314. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 382.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ *Cfr. Fallos*: 269:189; 306:1892, L. L. 1995-B-120; 310:508, L. L. 1987-B-269 de la Corte Suprema de la Nación argentina. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 382.

Es así, que haciendo nuestras las palabras de Nogueira Alcalá: “la intimidad aparece como el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como vital para mantener un mínimo de calidad de vida humana; La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno*. Chile: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ius et Praxis, año 4, núm., 2, 1998, p. 68.

3.3 Derecho a la intimidad en el ámbito deportivo

La proyección social del deporte tiene mucho que ver con el tratamiento de la imagen de los deportistas profesionales por los distintos medios de comunicación masiva, llegando en casos, a violar la esfera constitucional de este derecho fundamental.¹⁷⁹

Además, no hay que dejar de lado los intereses económicos, comerciales y publicitarios de los patrocinadores deportivos, quienes pueden llegar a causar serios perjuicios al deportista profesional de élite, pero también, sin quienes, no podría subsistir este tan costoso deporte.¹⁸⁰

España, país líder en el tratamiento jurídico del derecho deportivo (junto a Estados Unidos), ha incorporado en el artículo 18.1 de su Constitución Política de 1978 lo siguiente: “Se garantiza el derecho a [...] la intimidad personal y familiar [...]”.¹⁸¹

Partiendo del precepto constitucional, el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, reconoce: “Al respecto de su *intimidad* y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”¹⁸²

Un aspecto singular del derecho a la intimidad de los deportistas profesionales de élite, es el derecho a la propia imagen, que, debido a su *indudable contenido económico*, ha dado origen a la redacción del artículo 7.3 del Real Decreto 1006/1985:

En lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas, se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el numeral 3 del artículo 1 del presente Real Decreto.¹⁸³

Por su parte, Estados Unidos maneja un derecho específico sobre el tema, el cual se encuentra en su derecho de daños o *Tort Law*, donde específicamente disponen de un

¹⁷⁹ Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo de los Deportistas Profesionales*. España: Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 208.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Cfr.* Primero este derecho ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familia y a la propia imagen. Citado en Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 207.

¹⁸² Citado en Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 208.

¹⁸³ *Ibíd.*

Tort of Invasion of Privacy. En este sentido, la doctrina norteamericana plantea lo siguiente sobre su *right to be let alone* o *privacy* (derecho a la intimidad):

An action for invasion of privacy is designed to protect against unreasonable interferences with a person's solitude or "right to be let alone". Although some intrusions into a person's life are expected and must be tolerated in society, when the intrusions become excessive or unjustified, then a cause of action will exist for invasion of privacy.¹⁸⁴

En este contexto, para la doctrina anglosajona, se viola la intimidad de la persona de las siguientes cuatro maneras:

1) Intrusion by the defendant upon plaintiff's affairs or solitude; 2) Publicly disclosing private facts about the plaintiff's by the defendant; 3) Publication by the defendant of facts that put the plaintiff in a false light in the public eye; and 4) Appropriation by the defendant of plaintiff's picture or name for defendant's commercial gain.¹⁸⁵

De esta manera, podemos apreciar, que la doctrina norteamericana agrega dos conceptos nuevos para la problemática objeto de estudio de la presente investigación. Primero, el desmerecimiento ante la opinión pública; y segundo, la apropiación de la imagen y nombre del deportista con fines comerciales. Los cuales, son formas directas de atentar contra la intimidad del atleta.

Esto, nos hace entender, que en torno al derecho a la intimidad, se desarrollan los demás derechos personalísimos como el honor, la dignidad, propia imagen, etc. Sin embargo, no todas las intromisiones son ilegítimas, estas deben ser substanciales.

Sobre el tema, Wong precisa : "In an action for invasion of privacy, the intrusion must be substantial and must be into an area for which there is an expectation of privacy".¹⁸⁶ Es así que, las intromisiones para ser consideradas ilegítimas deben ser substanciales y cometidas dentro de un campo donde exista una expectativa de intimidad, como la vida privada de las personas.

¹⁸⁴ Traducción libre: La acción contra la invasión de la intimidad está diseñada para proteger a las personas contra intromisiones irracionales en contra de su derecho a estar solo. No obstante, algunas intromisiones en la vida privada de las personas deben ser toleradas, cuando las intrusiones se tornan excesivas o injustificadas, es precisamente cuando toma lugar la acción por invasión a la intimidad. Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law*. USA: Praeger, cuarta edición, Santa Bárbara, 2010, pp. 92-93.

¹⁸⁵ Traducción Libre: 1) Intromisión del demandado en los asuntos o soledad del demandante; 2) Divulgación pública de hechos privados sobre el demandante por parte del demandado; 3) Publicación por el demandado de hechos que ponen al demandante en una posición de desmerecimiento ante la opinión pública; y 4) Apropiación por el demandado de la imagen o nombre del demandante con el fin de obtener ganancias económicas y/o comerciales. Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law*. USA: Praeger, cuarta edición, Santa Bárbara, 2010, p. 93.

¹⁸⁶ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law*. USA: Praeger, cuarta edición, Santa Bárbara, 2010, p. 93.

Al respecto, Wong aporta el siguiente ejemplo: “Simply staring at a person would not generally amount to an intrusion; wiretapping, on the other hand, would amount to an intrusion”¹⁸⁷. Evidentemente, el interceptar llamadas telefónicas de una persona es una intromisión substancial, porque se desarrolla en un campo donde existe una expectativa de intimidad, mas no lo es, quedarse mirando continuamente a alguien.

Además, Wong considera: “The plaintiff must also show that the publication of private matters involved a matter that in fact was truly private. Newsworthy public interest matters or public facts are not considered to be of a purely private nature”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*

4. Derecho al Honor

4.1 Definición

La Real Academia Española define al honor como: “Cualidad moral de la persona, que obedece a los estímulos de su propia estimación”.¹⁸⁹ Aceptación que nos acerca un poco al objeto estudio de esta investigación, especialmente al tocar el lado moral de la persona; elemento que analizaremos más adelante.

Es común que ni las constituciones, ni los cuerpos jurídicos de rango inferior definan al bien jurídico honor, cayendo muchas veces, para ciertos ordenamientos jurídicos, en la categoría de concepto jurídico indeterminado.

En torno al significado del honor existen dos posturas dentro de la doctrina, aquellos que se han animado a compartir lo que entienden por honor, y, por el otro lado, aquellos que señalan que el honor es relativo y variable conforme los tiempos y las realidades sociales.

En este orden de ideas, los defensores de la primera postura, han manifestado: “El honor es un aspecto de la dignidad humana, que desde un concepto normativo, reconoce a la persona por el mero hecho de serlo”.¹⁹⁰

Por su parte, quienes abrazan la segunda postura dicen que el honor es un concepto mutable, es decir: Cambia, evoluciona, se adapta a las nuevas realidades sociales y culturales que predominen en determinada época dentro de una sociedad.¹⁹¹ Del igual manera ha considerado la doctrina española a este derecho fundamental, al decir que tal como sucede con la intimidad, el honor es mutable, es decir, se presenta de manera y modo diferentes conforme el tiempo y lugar.¹⁹²

En este contexto, el Tribunal Constitucional español ha aportado favorablemente para construir el concepto jurídico del derecho al honor, mediante la sentencia 180/1999, de 11 de noviembre, la cual expone:

El “honor” [...] es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. [...] Ese derecho

¹⁸⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Editorial Larousse. Madrid, 1994., p. 347.

¹⁹⁰ Caballero Gea, José-Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Calumnias e Injurias*. Dykinson: Madrid, 2004, p. 17; Vidal Marín, T. *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*. Madrid, 2000, p. 63; Estrada Alonso, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*. Editorial Civitas: Madrid, 1989, p. 26. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

¹⁹¹ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 468.

¹⁹² Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen. Óp. cit.*, p. 8

ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. [...] Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado (el “honor”), y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información sobre alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea un particular o el Estado, realice determinadas conductas como las que consisten, justamente, en divulgar información u opinar sobre esa persona. Es más, esa conducta puede ser lícita (caso de consistir en una publicidad comercial prohibida o una forma de competencia desleal) o no estar protegida por el art. 20.1 CE (por ejemplo, la divulgación de meros rumores o invenciones), y sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no han mancillado su “honor” en los términos en que éste viene definido constitucionalmente. [...] Dentro de lo que constitucionalmente debe tenerse por “honor” de la persona, tan íntimamente ligado a su dignidad individual, este Tribunal ha incluido también, ciertamente, el denominado prestigio profesional; [...] hemos sostenido que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. [...] El derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Así, pues lo perseguido [...] es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquella desearía tener. Por esta razón, [...] se puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública. No cabe duda de que en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás (STC 223/1992). Pero, por eso mismo, también le hace susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la valía de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad. La protección [...] solo alcanzaría a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la vida profesional del ofendido.¹⁹³

En torno a este derecho fundamental, se ha generado otra discusión, y esta es, la diferenciación entre lo que se entiende por honra y honor. Para un sector de la doctrina es evidente la diferencia entre ambos términos.

Pfeffer Urquiaga ha definido ambos bienes jurídicos manifestando: “la honra se refiere a la *estima y respeto de la dignidad propia*, mientras que el honor es la *cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos*”.¹⁹⁴

¹⁹³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 180/1999, de 11 de noviembre. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., pp. 8-9.

¹⁹⁴ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad*. Óp., cit., p. 468.

Palomar Olmeda y Descalzo Sánchez consideran al respecto: “El honor parece responder a la defensa de la dignidad de la persona contra la atribución de hechos difamantes o denigratorios que, en particular, resultan ser falsos o cometidos con temerario desprecio hacia la verdad”.¹⁹⁵

4.2 Alcance

Para la doctrina, algunos elementos que deben considerarse al momento de determinar el alcance del derecho al honor son: La valentía, el valor, el crédito, la confianza, el prestigio, la doncella, la decencia, etc. Atentar contra alguno de estos aspectos de la persona, es atentar directamente contra el honor de la misma.¹⁹⁶

Al igual que con el derecho a la propia imagen e intimidad, se discute sobre si el alcance del derecho al honor cubre a las personas jurídicas. Tal como en los anteriores casos señalados, esta tutela jurisdiccional no alcanza a dichas personas, siendo exclusivamente extensibles hacia el ser humano.

Para muchos, el honor se instala en la subjetividad, por ende, es el sentimiento que tiene cada persona de su propia dignidad,¹⁹⁷ lo cual evidentemente puede variar de persona en persona. Es por ello, que autores como Pfeffer Urquiaga señalan que el lado objetivo del derecho al honor, es decir, la valoración externa que tiene la sociedad hacia determinado individuo, es conocida como *la reputación*.¹⁹⁸

Países como Chile por ejemplo, reconocen las dos dimensiones tradicionales del honor: 1) El ámbito subjetivo (honor), entendido como la estimación que el sujeto tiene de si mismo y el ámbito objetivo (honra o reputación), es decir, la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de determinado sujeto.¹⁹⁹

Con respecto a la tutela de este bien jurídico, la doctrina ha precisado:

¹⁹⁵ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen* Óp. cit., p. 7.

¹⁹⁶ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad*. Óp., cit., p. 468.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ La sentencia dictada en el caso “Impunidad diplomática” admite que el término honra tiene dos acepciones: a) Subjetivo: es el aprecio que cada uno tiene por sí mismo; y b) Objetivo: que es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno, amparando la Constitución el segundo aspecto, pues el primero queda en el fuero interno del sujeto, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho. (R.G.J. núm. 160, p. 143) Citado en Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad*. Óp., cit., p. 469.

El honor, generalmente, se tutela a través de un sistema represivo donde se establece la *responsabilidad civil y penal* [las comillas son mías] con carácter ulterior, ello en razón del bien jurídico tutelado, cuya lesión está típicamente constituida por los actos difamatorios, los cuales son de tracto único o instantáneos, y de intención trascendente –el *animus iniuriandi*–, susceptibles de ser, solo reprimidos y/o rectificadas mediante el ejercicio del derecho a réplica.²⁰⁰

En definitiva, consideramos que para los fines de la presente investigación, debemos tener claro la diferenciación entre lo que se entiende por honra y lo que consideramos como honor. Pues nuestra carta política, establece en su artículo 66.18 el derecho al honor, y no a la honra, razón por la cual consideramos que el honor de los deportistas profesionales debe ser respetado más por parte de los medios masivos de comunicación, quienes muchísimas veces en lugar de tener libertad de información, parecen tener libertad de difamación. En otras palabras, buscamos hacer hincapié en la urgente necesidad de controlar y regular más efectivamente a los medios de comunicación y a su contenido acerca de estas figuras públicas, así como empezar a construir una base jurisprudencial sólida que pueda funcionar a futuro para casos análogos sobre el tema en Ecuador.

²⁰⁰ Emilio Pfeffer Urquiaga. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 469.

4.3 Derecho al Honor en el Ámbito Deportivo

En el derecho deportivo, el derecho al honor no ha sido muy desarrollado por la doctrina del sistema de derecho continental. He ahí una razón más para validar la importancia de la presente investigación.

En cuanto a lo que el derecho al honor respecta, podemos mencionar en el presente trabajo conceptos válidos, heredados de la doctrina norteamericana sobre el tema. Es así, que el *defamation law*, regula todo lo concerniente al honor, honra, reputación, buen nombre y prestigio de los deportistas profesionales de ese país.

Sin embargo, debemos aclarar que el mencionado *defamation law* se centra principalmente en la reputación del atleta, así como en el impacto que la alegada difamación pudo generar en terceras personas,²⁰¹ como por ejemplo, la familia del deportista profesional. En la realidad ecuatoriana, podemos citar el caso del futbolista profesional Jaime Iván Kaviedes, quien ha sufrido difamaciones perjudiciales en contra de su honor, las cuales han generado repercusiones en la salud de su abuela e hijo. Tema que abordaremos con amplitud en el tercer capítulo de la presente investigación.

En consecuencia, para analizar el alcance en el ámbito deportivo que puede tener el derecho al honor, debemos analizar los elementos que configuran una violación de este derecho y se constituyen en difamación. Estos son: 1) Una declaración falsa sobre el demandante; 2) La publicación (comunicación) de dicha declaración falsa por parte del demandado hacia otra/s persona/s que no sea el demandante; 3) Culpa, que por lo menos asciende a negligencia, por parte de la parte demandada; y 4) Daños y/o perjuicios hacia la reputación del demandado.²⁰²

En este contexto, una declaración falsa sobre un deportista profesional de élite, lo expone hacia el odio, vergüenza, desprecio y hasta ridículo de la colectividad.²⁰³

Es importante señalar, que estas declaraciones que ponen en riesgo el honor de los deportistas profesionales pueden darse de manera oral, escrita, mediante una fotografía, mediante una historieta, mediante dibujos animados, mediante ilustraciones gráficas digitales, es decir, pueden darse mediante cualquier manifestación del ser humano o mediante cualquier medio o manera de comunicación.²⁰⁴

²⁰¹ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law. Óp., cit.*, p. 89.

²⁰² *Id.*, p. 90.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

Para que el deportista pueda ver tutelado su derecho al honor, tiene como obligación demostrarle al juez que su reputación y su derecho constitucionalmente protegido, han sido vulnerados a causa de las declaraciones o intromisiones por parte de terceros en su vida privada, lo que los ha expuesto en un sentido negativo frente al ojo público, ante la opinión de la colectividad.

Es por ello, que en Estados Unidos para prevenir estas violaciones, se creó la figura del *false light*, o la exposición bochornosa o injuriosa ante el ojo de la colectividad. Figura que dista del *right of privacy* o del *right of publicity*, los cuales protegen bienes jurídicos distintos, como son la intimidad y el derecho a la explotación comercial de la propia imagen respectivamente.

Según la mayoritaria corriente doctrinaria sobre el tema, las difamaciones, o acciones perniciosas del honor de las personas son de dos formas:²⁰⁵

- 1) Difamación: Es la publicación de una declaración falsa sobre una persona por escrito, o a través de medios escritos de comunicación masiva. Asimismo, existen tres tipos de difamaciones:²⁰⁶
 - i. Materiales y contenido que por su naturaleza son difamatorios *per se*.
 - ii. Materiales y contenido que pueden ser considerados como difamatorios, y;
 - iii. Materiales y contenido que por sí mismos no son difamatorios, pero que cuando son combinaos con otro tipo de contenidos, pueden convertirse fácilmente en difamatorios.²⁰⁷
- 2) Calumnia: Es la publicación o manifestación de contenido o material difamatorio a través de las palabras, de medios auditivos o audiovisuales.²⁰⁸

Pueden existir casos, donde la reputación de un atleta profesional de élite se vea afectada mediante difamaciones o calumnias. Asimismo, hay casos donde difamaciones o calumnias pueden ser consideradas ofensivas *per se*.²⁰⁹ En dichos casos, la lesión hacia la reputación del deportista es presumida sin la necesidad de probar algún tipo de daño, sin embargo, para que esto suceda, deben configurarse las siguientes categorías:

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

1) Se lo acusa al deportista de un crimen que implique depravación moral; 2) Afecta negativamente a la capacidad del deportista en su profesión, negocio, o comercio (en la explotación comercial de su imagen con empresas multinacionales por ejemplo); 3) Se lo acusa al deportista de ser portador de una enfermedad repugnante ante los ojos y opinión pública, y; 4) Se lo acusa al deportista de mal comportamiento sexual con un tercero.²¹⁰

Profundizando sobre la difamación, sus elementos principales son la declaración falsa, su publicación, y los daños y perjuicios ocasionados al deportista. Sin embargo, la *verdad* es la única defensa legítima y válida para una acción por lesiones al honor de un deportista profesional de élite, y en general de una persona.

En Estados Unidos (país de donde adoptamos este modelo de tutela al derecho al honor en el ámbito deportivo), la carga de la prueba recae sobre el demandado para demostrar la veracidad de la declaración que ha expuesto ante la opinión pública.²¹¹ Esto creemos que sería muy importante aplicar en Ecuador, para de esta manera frenar un poco, las intromisiones arbitrarias de los medios y de terceros en la vida privada de los deportistas profesionales de élite, así como con su honor, el cual es un derecho fundamental de las personas.

En el caso de que la declaración sea falsa, la carga de la prueba se invierte una vez más sobre el actor para demostrar el nivel de culpa del demandado. Para esto, el deportista, deberá demostrar que la publicación fue realizada con odio, malicia, mala fe y/o dolo.²¹² Asimismo, el deportista deberá probar que una tercera persona fue involucrada en la publicación difamatoria si es que fuera el caso, y por último, deberá probar la existencia real de daños y perjuicios en contra de su honor y vida privada.²¹³

En los casos de calumnias, es elemental que diferenciamos entre *indemnización compensatoria e indemnización punitiva*.²¹⁴ Como en cualquier otro agravio dentro del *Tort Law* del sistema del *Common Law* norteamericano, el actor que pueda probar un daño ocasionado por una calumnia, puede obtener cualquier tipo de indemnización compensatoria, siempre y cuando demuestre que es equivalente al daño que sufrió.²¹⁵ No obstante, el deportista no está limitado solo a ese tipo de indemnización: Teniendo en cuenta que la difamación es un agravio intencional, la indemnización punitiva

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ *Ibíd.*

también estará disponible para los atletas que demuestren que su honor se ha visto menoscabado.²¹⁶

Profundizando sobre las calumnias, igualmente *la verdad* es la única defensa legítima en caso de una acción por lesiones al derecho fundamental al honor de los atletas profesionales, y de cualquier persona en general. Sin embargo, en casos de calumnias, las lesiones a la reputación del deportista no pueden ser presumidas,²¹⁷ dada su naturaleza, es decir, mediante las palabras. Es por ello, que los atletas deben demostrar daños y perjuicios especiales en su contra, a menos que sea un tipo de calumnia *per se*.²¹⁸

Además de la doctrina norteamericana, la jurisprudencia de ese país ha aportado a la aplicación en el ámbito deportivo del derecho al honor, es así que la Corte Suprema estableció estándares de aplicación en casos de difamación y calumnias. En estos casos, la Corte ha balanceado los intereses entre proteger la reputación de los atletas contra el derecho a la libertad de información de los medios de comunicación.²¹⁹

Precisamente en 1964 se dio su primera decisión al respecto, donde se sostuvo que la garantía constitucional de la libertad de información y prensa requería de un funcionario público que pruebe la actual malicia en las publicaciones de declaraciones falsas, en aras de una recuperación exitosa de una difamación (estándar aportado por el caso *New York Times v. Sullivan*, el cual será analizado en el siguiente capítulo del presente trabajo).²²⁰

En 1967, la Corte extendió el privilegio a deportistas y figuras públicas, hasta que finalmente en el caso *Gertz v. United States*, la Corte extendió el estándar de la “actual malicia”, en donde el atleta o figura pública debía probar que el demandado ha publicado una declaración falsa sobre su persona y terceros cercanos con dolo y mala fe.²²¹

Como señalamos previamente, la difamación debe ser distinguida de la figura jurídica de la imposición intencional de la angustia emocional o *intentional infliction of emotional distress*, la cual está concebida en Estados Unidos como un agravio intencional que genera impacto en el actor, sin tener en cuenta a terceras personas, cosa que si sucede con la difamación. Además, se la debe distinguir del *tort* de la invasión de

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Id.*, p. 91.

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ *Ibíd.*

la privacidad, porque este último es el derecho de cada persona de tener paz mental, de ser dejado solo, en paz, mientras que una acción por difamación involucra la reputación del deportista profesional.²²²

Un *leading case* sobre el tema es el caso *Curtis Publishing Co., v. Butts*²²³, donde Curtis publicó un artículo alegando que Wallace Butts (ex jugador de fútbol americano universitario y ex director técnico del mismo deporte, quien ingresó al salón de la fama de ese deporte en 1997) habría cruzado información confidencial sobre la estrategia de su equipo al entrenador de su equipo rival, es decir, Paul Bryant, *coach* del equipo de Alabama.²²⁴ El artículo se basaba en una conversación telefónica que sostuvieron ambos entrenadores, la cual fue escuchada supuestamente por un vendedor de seguros. Finalmente la corte otorgó indemnizaciones compensatorias y punitivas a Butts, teniendo en cuenta que Curtis alegó que Butts era una figura pública y que por esa razón la carga de la prueba debía caer sobre él, alegatos que quedaron sin respaldo jurídico y que no fueron aceptados ni en Corte de Apelaciones, ni en la Corte Suprema en última instancia.²²⁵

Concluyendo este párrafo, podemos indicar que los deportes *a nivel no amateur* son practicados en lugares públicos con concurrencia masiva de personas, por lo que los administradores deportivos deben cuidar que los mismos no recaigan en difamaciones ni calumnias atentatorias contra el honor de los atletas profesionales. Es por ello que las pasiones muchas veces desmedidas de la colectividad, deben ser controladas por las autoridades judiciales constitucionales, para evitar declaraciones y publicaciones falsas sobre la un atleta profesional, y si es necesario, de oficio, entablar las acciones legales en contra de los medios de comunicación masiva o de los terceros que intenten lesionar los derechos fundamentales de estas figuras públicas, que dada su profesión y la naturaleza de su trabajo, se encuentran en desventaja frente a la colectividad y su mal llamado “interés legítimo”, el cual no es mas que *mera curiosidad*.

²²² *Ibíd.*

²²³ Al respecto, *vid.*, US Supreme Court. 388 US 130, 1967.

²²⁴ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law. Óp., cit.*, p. 91.

²²⁵ *Ibíd.*

5. Derecho a la libertad de Información

5.1 Definición

La Real Academia Española define a la palabra “información” como: “Acción y efecto informar” o “Conjunto de noticias o informes”. En este sentido, podemos considerar al derecho a la información como uno de los derechos esenciales y pilar fundamental de los derechos de la personalidad.

Doctrinarios como Alberti Rovira han manifestado que: “En su configuración constitucional, la libertad de información consiste en el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, a través de cualquier medio de difusión”.²²⁶

5.2 Alcance

El derecho a la información es generalmente examinado desde la relación trabada que existe entre los medios de comunicación y las figuras públicas o personas de cierta relevancia social y pública que consideran violados sus derechos al honor y/o a la intimidad personal.²²⁷ Doctrinarios como Palomar Olmeda y Descalzo González han advertido que el alcance del derecho a la información plantea algunos problemas de difícil resolución, teniendo como consecuencia que pueda verse alterada su debida y correcta interpretación.²²⁸

Al ser un tema sobre el cual hasta el momento no existe un consenso doctrinario ni legislativo, la jurisprudencia ha sido la encargada de establecer el alcance del derecho a la libertad de información. Es así, que se ha mencionado que este derecho presenta una doble vertiente: Por un lado, como derecho individual, del cual gozan todos los ciudadanos, y por el cual pueden transmitir o recibir información sin intromisiones estatales; y por el otro lado, una dimensión colectiva del derecho a la libertad de información, la cual es pilar fundamental de un Estado democrático, como lo es, gozar

²²⁶ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Chile: Universidad de Talca, Ius et Praxis, vol. 6, núm. 001, 2000, p. 57.

²²⁷ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 19.

²²⁸ *Id.*, p. 20.

de una opinión pública libre, la cual se consigue a través de un flujo constante de información e ideas.²²⁹

Esta distinción, aportada por la jurisprudencia española, ha sido muy importante por las consecuencias que se derivan de dicha diferenciación.²³⁰ Primero, permite extender el ámbito de esta libertad a la creación de medios de comunicación, y no solo se limita a la difusión de información a través de los mismos.²³¹

Segundo, porque establece las diferencias entre el derecho al honor y a la intimidad, y el derecho a la libertad de información, derecho en el que, existe una dimensión colectiva y un carácter público.²³² La solución que ha brindado la jurisprudencia, es otorgarle preferencia a la libertad de expresión y información cuando hay de por medio un carácter colectivo, pero cuando opera una dimensión estrictamente individual, el honor y la privacidad se establecen como límite intransitable a su ejercicio.²³³

La libertad de información, prevalece sobre el derecho al honor y a la intimidad personal, *cuando de por medio existe un contexto netamente público o colectivo*, pues como señalamos reiterados ocasiones, la existencia de un debate y de un flujo mayoritario de ideas, es la base esencial de cualquier Estado democrático. Sin embargo, Alberti Rovira manifiesta que hay que tener en cuenta, que para que existe tal *carácter público o colectivo*, deben concurrir: I) Que se trate de información de relevancia pública; y II) Que se trate de información *veraz*.²³⁴

La relevancia pública puede justificarse mediante la persona que es objeto del hecho noticioso, por su notoriedad pública,²³⁵ como es el caso de los deportistas profesionales de élite. Sin embargo, es imperante la necesidad de establecer límites estrictos sobre las circunstancias que envuelven a esta libertad y a los hechos de relevancia pública, de modo tal, que el derecho a la libertad de información ampare solo hechos que se adapten a dichos parámetros, evitando así la intromisión arbitraria por parte de terceros en la intimidad y vida privada de los deportistas profesionales, y evitando también que su honor y propia imagen se vea violentada.

²²⁹ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, pp. 57-58.

²³⁰ *Id.*, p. 58.

²³¹ *Ibíd.*

²³² *Ibíd.*

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ *Id.*, p. 61.

²³⁵ *Ibíd.*

En cuanto a la veracidad de la información, la doctrina ha precisado algunas consideraciones generales: Primero, la veracidad solo tiene una relación directa con la libertad de información, que versa sobre hechos, mas no sobre la libertad de expresión, la cual versa sobre ideas.²³⁶ Segundo, la veracidad de un hecho es relativa y variable en cuanto afecte al derecho al honor, al derecho a la propia imagen o al derecho a la intimidad de la persona.²³⁷ Por ejemplo, la veracidad de un hecho que incida en el derecho al honor de una persona, puede llegar a justificar la intromisión; en cambio, la veracidad de un hecho que afecte a la intimidad de una persona, bajo ningún concepto puede ser considerado como lícito.²³⁸

Es así que, doctrinarios como Alberti Rovira manifiestan que en las intromisiones en la intimidad personal y familiar, solo pueden ser convalidas o consideradas como legítimas, si de por medio existe un hecho difundido con carácter de relevancia pública o colectiva.²³⁹ Tesis que no compartimos, ya que en el caso de deportistas profesionales de élite, no por ser sujetos de notoriedad pública, significa que todos los hechos de su vida privada, y acontecimientos que ellos quieran mantener alejados de la óptica colectiva, tengan que ser difundidos por medios de comunicación masiva, y/o por terceros que capten arbitrariamente imágenes o información de esas personas. Es decir, no creemos que la relevancia pública del hecho noticioso, así como la notoriedad pública de la persona, sean cuestiones legitimadoras de la intromisión en la intimidad de los deportistas profesionales de élite.

Este requisito de veracidad, ha generado un debate importante entre los tribunales de justicia, especialmente en Estados Unidos y España, países más avanzados en la problemática objeto de la presente investigación. De este debate, hemos obtenido posiciones como la española, donde enmarca una relación entre la información con la opinión. Al respecto:

las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, [...] se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales u objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo, [...] dejando reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables.²⁴⁰

²³⁶ *Id.*, p. 63.

²³⁷ *Vid.* Tribunal Constitucional Español, STC 172/1990, fj. 3. Citado en Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 63.

²³⁸ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, pp. 63 - 64.

²³⁹ *Id.*, p. 64.

²⁴⁰ Tribunal Constitucional Español. STC 172/1990, fj. 3. Citado en Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 64.

A partir de este precepto jurisprudencial, se han generado tesis que consideran a la veracidad de la información, siempre relativa a los hechos y no a las opiniones, no equivale a una certeza absoluta de tal veracidad.²⁴¹ Pues de ser así, se limitaría la formación de una opinión pública libre, tal como ha señalado la jurisprudencia: “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma, que de imponerse la verdad, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería *el silencio* [las cursivas son mías]”.²⁴²

Es así, que el requisito de la veracidad para poder difundir información libremente, se agota, en un *deber* de la obtención legítima y objetiva de la información, es decir, se exige al informador que:

[...] lo que transmita como *hechos*, haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores, o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información *rectamente obtenida* [las cursivas son mías], aun cuando su total exactitud sea controvertible.²⁴³

En Estados Unidos, no basta solo con demostrar la rectitud de la obtención de la información, existe una exigencia llamada la *doble fuente de confirmación*. Aún así, podemos afirmar que bajo consenso general, la postura mayoritaria es que la negligencia, la insidia o la no verificación de los hechos con la realidad, es ilícito en torno a la libertad de información.²⁴⁴

En este contexto, la jurisprudencia española es importantísima para el objeto de estudio de la presente investigación, al reconocer una diferenciación entre la libertad de información, de la libertad de expresión:

[...] aún existiendo entre ambas “libertad de expresión y libertad de comunicar información” directa o indirecta conexión, esto no empaña que cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente [...].²⁴⁵

²⁴¹ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 64.

²⁴² Tribunal Constitucional Español. STC 6/1988, de 21 de enero, fj. 5. Citado en Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 64.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ Esta doctrina ha sido ampliamente sostenida en algunos fallos del Tribunal Constitucional español. *Vid.* STC 6/1988, de 21 de enero; STC 107/1988, de 8 de junio; STC 105/1990, de 6 de junio; STC 172/1990, cit., STC 223/1992, de 14 de diciembre; STC 240/1992, cit., STC 136/1994, de 9 de mayo, etc. En la STC 22/1995, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional consideró, en aplicación de esta doctrina, que los informadores no podrían ampararse en la libertad de información, al no haber actuado de forma diligente, al relatar de forma novelada, un caso de asesinato, con notables inexactitudes e insinuaciones. Citado en Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 65.

²⁴⁵ Tribunal Constitucional Español. STC 165/1987, de 27 de octubre.

No obstante, la sentencia 105/1983 fue la encargada de puntualizar las diferencias entre ambas libertades. Al respecto manifiesta: “la libertad de expresión se refiere a opiniones y juicios de valor y, por contra, la libertad de información se cifra en la comunicación de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos”.²⁴⁶ Al respecto, Muñoz Machado, uno de los autores más influyentes sobre el tema, ha manifestado:

[...] La libertad de expresión, que es uno de los derechos que se hacen efectivos a través de la comunicación y la prensa, en cuanto sirven para expresar opiniones propias, enriquecen siempre el debate y el pluralismo y no debe tener límites, salvo que la opinión se exprese de forma desaforada, usando formulaciones y lenguajes lesivos al mismo tiempo innecesarios para expresar las ideas propias. La libertad de información está constreñida por la propia Constitución. *No es lícito su ejercicio si no se emplea para comunicar la verdad* [las cursivas son mías]. Como resulta que la verdad es un valor absoluto que, en su formulación más exigente, es realmente inalcanzable en la mayoría de los casos para un informador, debe permitirse, en aras del pluralismo y de la función social que la prensa cumple, que la introducción de algunos elementos erróneos en una información básicamente cierta, no determine que la conducta del informador sea contraria a la Constitución y las leyes. Lo importante, cuando en la información concurren estas debilidades, es que el periodista o informador pueda asegurar y probar que su actitud ha sido limpia, que ha usado todos los medios que estaban a su alcance para llegar al conocimiento de la verdad, que su comportamiento ha sido diligente. Por último, como la vertiente colectiva de la libertad de información es la protección del pluralismo, la formación de la opinión pública y el enriquecimiento del debate sobre los asuntos generales, es trascendente, sin duda, que el objeto de la opinión o de la información sea un personaje o un asunto *público* [las comillas son mías]. En este caso, el valor de la información queda primado. La trascendencia de lo que se informa es mayor y la libertad debe ser más protegida que en los casos en que los intereses afectados son estrictamente privados. Los límites de la libre información son más estrictos y mayores cuando se refieren a estos últimos supuestos. [...] ²⁴⁷

Por lo tanto, la libertad de información se centra en comunicar acontecimientos de carácter noticiable, pero esta comunicación debe ser veraz y no tomada a la ligera como suele ocurrir varias veces con ciertos medios de comunicación. Siguiendo la tesis de Rodríguez Bereijo, las proposiciones básicas del derecho a la información pueden resumirse de la siguiente manera:

[...] el derecho a la libre comunicación que la Constitución protege se refiere, precisamente, a la transmisión de información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública. Por una parte, se requiere el interés general y la relevancia pública de la información divulgada como presupuesto de la misma idea de noticia y como indicio de la correspondencia de la información con un interés general

²⁴⁶ Tribunal Constitucional Español. STC 105/1983, de 23 de noviembre.

²⁴⁷ Santiago Muñoz Machado. *Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio*. Madrid: REDA, 1992, p. 168. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 25.

en el conocimiento de los hechos sobre los que versa. [...] De otra parte, la protección constitucional se ciñe a aquella información que sea veraz.²⁴⁸

Es por ello, que el derecho a la libertad de información da lugar a una opinión pública libre, lo cual se convierte en pilar fundamental de los Estados democráticos de derecho, alcanzando el status de derecho fundamental de las personas.²⁴⁹ Al respecto, la jurisprudencia del tribunal constitucional español ha sido determinante al aportar conceptos sobre la veracidad que debe acompañar a la libertad de información:

El valor preferente de la libertad de información conduce [...] “a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones”.²⁵⁰

El hecho de carácter noticiable o noticioso cubierto por el derecho y libertad de información, no alcanza solamente a los hechos o acontecimientos relevantes, pues la noticia comunicada puede referirse a otro tipo de sucesos, siempre y cuando exista un interés colectivo de por medio.²⁵¹ En este contexto, el Tribunal Constitucional español ha precisado lo siguiente:

Que en relación con los hechos de la vida social el elemento decisivo para la información no pudiendo ser otro que la trascendencia pública del hecho que se informa, por razón de la relevancia pública de una persona o del propio hecho en el que ésta se ve involucrada, ya que es dicho elemento el que se convierte en noticia de interés general, con la consecuencia de que, en tal caso, el ejercicio del derecho a comunicar libremente la información gozará de un carácter preferente sobre otros derechos, incluido el derecho al honor.²⁵²

Como hemos ido analizando, la colisión entre las libertades de expresión e información, con los derechos al honor, intimidad y propia imagen, exigen una resolución que armonice la formación de una opinión pública libre, con el respeto a la intimidad de las personas, especialmente de aquellas cuya notoriedad pública, los hace

²⁴⁸ Vid. Álvaro Rodríguez Bereijo. *La libertad de información en la jurisprudencia constitucional*. Claves, núm. 72. 1997, p. 4.; En igual sentido, vid., Santiago Muñoz Machado. *Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio*. Madrid: REDA, 1992, p. 165-175. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 22.

²⁴⁹ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 23.

²⁵⁰ Tribunal Constitucional Español. STC 105/1990, de 6 de junio, foja 5. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 23.

²⁵¹ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 23.

²⁵² Tribunal Constitucional Español. STC 240/1992, de 21 de diciembre, foja 8. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 23.

más vulnerables de violaciones a su intimidad, como es el caso de los deportistas profesionales de élite.

Esa armonización o compatibilidad, es posible lograrla estableciendo límites claros y eficaces, a través de las diferentes fuentes del derecho. Es así, que es imperiosa la necesidad de que la jurisprudencia avance sobre el tema, para poder delimitar dichos derechos, así como prever y proveer soluciones a las diferentes situaciones y/o conflictos que puedan derivarse entre estos derechos. Ejemplo de esto, es el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quienes han desarrollado una sólida doctrina jurisprudencial, inspirándose muchas veces en tribunales ajenos, como los norteamericanos, y que han logrado aportar con muchas soluciones a los diversos problemas derivados de este conflicto de derechos.²⁵³

²⁵³ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 65.

5.3 Derecho a la Información en el Ámbito Deportivo

Teniendo en cuenta lo mencionado previamente sobre el alcance y rasgos elementales del derecho a la información, no parece descabellada la idea de señalar que los acontecimientos relacionados con las competiciones deportivas se puedan integrar al ámbito de aplicación del derecho a la libertad de información.²⁵⁴

Siguiendo el lineamiento de autores como Palomar Olmeda y Descalzo González, cabe afirmar que los espectáculos y eventos deportivos cumplen con holgura suficiente el requisito constitucional de la relevancia del hecho que quiere comunicarse a la sociedad.²⁵⁵ Sin embargo, la ordenación de ciertos extremos derivados de las noticias deportivas, merece un tratamiento especial, dado el inmenso valor económico que caracteriza a determinados espectáculos y eventos deportivos.²⁵⁶

En consecuencia, a la información se le otorga preferencia cuando se refiere a la comunicación de hechos de interés colectivo, de relevancia pública.²⁵⁷ Criterio que sirve para adornar los elementos de juicio que determinan el valor preferente de la libertad de información sobre otros derechos, especialmente los derechos de la personalidad.²⁵⁸ En otras palabras, el derecho a la libertad de información pierde su razón de ser cuando se trata de comunicar e informar, conductas privadas carentes de interés colectivo o público.²⁵⁹

²⁵⁴ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 24.

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ Entre las noticias destacables en este sentido, cabe mencionar el acuerdo celebrado entre Telefónica y RTVE donde se establece, según se desprende de las reseñas de prensa, que la cadena de televisión publica recibirá la suma de 34.000 millones de pesetas por ceder durante cuatro años a la mercantil Vía Digital los derechos audiovisuales sobre la Liga de Campeones de la UEFA, *vid.*, Diario El País, del día 26 de marzo de 1999. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 24.

²⁵⁷ Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 24.

²⁵⁸ En la Sentencia 15/1993, de 15 de enero, FJ 1, se puede leer que “es ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas STC 105, 171 y 172/1990), que afirma que el conflicto entre las libertades [...] y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario si ha trasgredido ese ámbito, señalando igualmente que son elementos de primer orden a considerar la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, la persona objeto de la información, ya que las personalidades públicas o que voluntariamente adoptan ante un hecho concreto tal condición deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular, si ha sido difundida por un medio de comunicación social”. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 24.

²⁵⁹ En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho de información tiene un superior valor “en la medida en que, al contribuir a la formación de una opinión pública y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

El *corpus iuris* internacional no es ajeno a la problemática objeto de estudio de la presente investigación. Inclusive, mayoritariamente, esta problemática es mejor tutelada, por lo que el alcance y rasgos de estos bienes jurídicos goza de una mayor delimitación.

Nogueira Alcalá manifiesta que “los derechos a la privacidad e intimidad tienen el carácter de derecho de ejecución inmediata (*self executing*) en el contenido asegurado por el derecho internacional convencional de los derechos humanos”.²⁶⁰

Es así, que por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante “La Declaración”) dispone en su artículo 12 lo siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”²⁶¹

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “El Pacto”), se refiere exactamente igual que la Declaración Universal, con la salvedad, que agrega la expresión *injerencia ilegal* en su artículo 17, el cual precisa lo siguiente:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales [las comillas son mías] en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.²⁶²

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), en su artículo 11 establece que:

Toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. [...] Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.²⁶³

La Declaración, en su artículo 19 reconoce:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

derechos fundamentales”, *vid.*, por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 1; y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3. Citado en Alberto Palomar Olmeda y Antonio Descalzo González. *Los derechos de imagen*. Óp. cit., p. 24.

²⁶⁰ Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la privacidad*. Óp., cit., p. 66.

²⁶¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 12. París: diciembre 10, 1948.

²⁶² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17. marzo 23, 1976.

²⁶³ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 11. Costa Rica: julio 18, 1978.

recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.²⁶⁴

El Pacto y la CADH, reconocen de la misma manera en sus artículos 19 y 13 respectivamente que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o por cualquier otro procedimiento de su elección. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.²⁶⁵

Además, los mismos artículos agregan lo siguiente:

No puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley. [...] Este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, las que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o moral públicas.²⁶⁶

La Convención en su artículo 13 admite otras limitaciones al derecho de libertad de expresión, tales como:

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.²⁶⁷

Asimismo, el artículo 14 de la Convención reconoce el *derecho de rectificación* al señalar que:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público, en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. [...] En ningún caso la rectificación a la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido. [...] Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación, empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.²⁶⁸

²⁶⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 19. París: diciembre 10, 1948

²⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19. marzo 23, 1976; Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13. Costa Rica: julio 18, 1978.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13. Costa Rica: julio 18, 1978

²⁶⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 14. Costa Rica: julio 18, 1978

1. Estados Unidos

La relación entre libertad de información con la tutela jurisdiccional de la revelación pública de hechos privados fue tempranamente reconocida en la jurisprudencia estadounidense relativa al *tort law* (derecho de daños).²⁶⁹ No fue sino hasta 1890, donde se desarrolló el concepto de “*un derecho a la vida privada*”, mediante un ensayo redactado para el *Harvard Law Review*; el mismo fue motivado por Samuel D. Warren, un joven integrante de la aristocracia bostoniana, quien sufrió un incidente familiar relacionado con el tema objeto de estudio (intromisión por parte de los medios masivos de comunicación en su intimidad y la de su familia), lo que lo impulsó a proponer a su compañero de estudios y amigo, Louis D. Brandeis,²⁷⁰ la redacción del ensayo que *a posteriori* se convertiría en uno de los mejores ejemplos de la influencia de los juristas en el desarrollo del derecho estadounidense.²⁷¹

Warren y Brandeis abordaron el tema de la relación entre la revelación de hechos privados y la libertad de información, donde eximieron de responsabilidad a quienes revelaren “*asuntos que son de interés público o general*”,²⁷² criterio que fue realizado a través de la causal del *fair comment*,²⁷³ la cual no es más que una justificación tradicional del derecho de difamación anglosajón, similar al criterio de “interés público” del sistema continental europeo.²⁷⁴

²⁶⁹ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 167

²⁷⁰ Vid. William L. Prosser. “*Privacy*”. *California Law Review*, 48, 1960, p. 383. Cuenta que en 1890 la mujer de Samuel D. Warren era una joven matrona de Boston. que organizaba en EEUU casa eventos sociales en gran escala. Era hija del senador Bayard. de Delaware. y su marido era un joven rico industrial de papel, que solo un silo antes habla renunciado a la práctica del Derecho para dedicarse por entero al negocio heredado. Los diarios de Boston y especialmente el *Saturday Evening Gazette*, especializado en “blue blood items”. cubría sus fiestas con detalles altamente personales y embarazosos. El problema vino a su cúspide con ocasión de la boda de una hija, y Mr. Warren se enfadó. Junto con Brandeis redactaron el artículo pidiendo respeto a la vida privada ante los excesos del nuevo periodismo. Prosser comenta: “It was an annoyance for which the press, the advertisers and the entertainment industry of America were going to regret dearly over the next seventy years” (“fue un enojo por el cual la prensa. los anunciadores y la industria de la diversión de EEUU iban a pagar caro en los próximos setenta años”). Prosser se apoya en la biografía de Brandeis (Mason, Brandeis, *a free man’s life*, p. 70, 1946). Sin embargo, el incidente de la boda ha sido puesto en duda, ya que se ha llegado a establecer, releyendo un estudio genealógico de la familia Warren, que en 1890 la hija mayor de este no podía tener más de siete años (habría nacido el 9 de abril de 1884). Cfr. Irwin Kramer. *The birth of privacy law: a century since Warren and Brandeis*. *Catholic University Law Review* 39, 1990. 3, p. 709. nt. 45. Citado en Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad Óp. cit.*, p. 54.

²⁷¹ Samuel Warren y Louis D. Brandeis. *The Right To Privacy*. Boston: Harvard University. *Harvard Law Review* 4, 1890, pp. 193 – 220; hay traducción al castellano: Samuel Warren y Louis Brandeis. *l derecho a la intimidad*. CMadrid: Civitas. Traducido por Pilar Baselga, 1995. Citado en Hernán Corral Talciani. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad Óp. cit.*, p. 54.

²⁷² *Id.*, p. 214.

²⁷³ *Ibid.* El “fair comment” es un privilegio dentro del *Common Law* para discutir asuntos de interés público.

²⁷⁴ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 168.

Es decir, para estos juristas bostonianos, esta causal resultaba aplicable para las figuras públicas, identificando en aquella época a las personas bajo un cargo público (más alto honor en la época) y a los candidatos a dichos cargos,²⁷⁵ solo por el mero hecho de desempeñarse en las funciones públicas del Estado norteamericano.

Evidentemente, en la época que Warren y Brandeis redactaron el ensayo, no existía una frecuencia periódica de intromisiones en la intimidad de las figuras públicas, como sucede ahora con los deportistas profesionales de élite, razón por la cual ellos se permitieron decir que las personas que se encontraban en tales circunstancias (bajo el lente del público, de la masa) habían renunciado a su privacidad e intimidad,²⁷⁶ tesis que no compartimos en esta investigación, ya que consideramos que la intimidad es un derecho fundamental derivado de la personalidad, el cual por su naturaleza es irrenunciable por los seres humanos.

Además, cabe recalcar que en dicho ensayo, el propósito de los autores al diferenciar entre funcionario público y persona privada, era incentivar la discusión sobre la idoneidad de los candidatos a cargos públicos.²⁷⁷ De hecho, esta diferenciación entre funcionario público y persona privada contribuyó a una confusión jurisprudencial posterior.

Al momento en que Warren y Brandeis señalaron que para determinar qué tipo de asuntos relativos a una persona tenían carácter privado, debía atenderse al *status* de la víctima y/o afectado:²⁷⁸ es decir, si estas eran personas privadas o figuras públicas. Por lo tanto, si los hechos guardaban relación con la vida privada, hábitos, relaciones de un individuo, y no se vinculaban con su idoneidad para ocupar un cargo público, se consideraban íntimos;²⁷⁹ por el contrario, si esos hechos e información íntima guardaban estricta relación con quien deseaba ser elegido como funcionario público, se consideraban envueltas de *interés público* y podían ser difundidas.²⁸⁰

Los tiempos avanzaron, y por ende, la jurisprudencia del *Common law* también. Es así, que las cortes estadounidenses pronto empezaron a elaborar una noción mucho más amplia sobre el concepto de *privacy* o intimidad, dejando un poco atrás los lineamientos iniciales planteados por Warren y Brandeis.²⁸¹

²⁷⁵ Samuel Warren y Louis D. Brandeis. *The Right To Privacy. Óp., cit.*, pp. 215-216.

²⁷⁶ *Id.*, p. 215.

²⁷⁷ *Id.*, p. 217.

²⁷⁸ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 168.

²⁷⁹ Samuel Warren y Louis D. Brandeis. *The Right To Privacy. Óp., cit.*, p. 216.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 169.

Primero, el avance más significativo que se dio fue dejar atrás la exclusividad del *status* de figura pública únicamente para funcionarios públicos o candidatos a tales cargos.²⁸² Haciendo nuestras las palabras de Samuel Sooper, estudioso del tema, “el concepto de figura pública padeció de un proceso inflacionario”,²⁸³ motivo por el cual la jurisprudencia estadounidense empezó a tomar en cuenta dentro de esta categoría a políticos, *deportistas* (personas que son objeto central de estudio de esta investigación),²⁸⁴ héroes de guerra,²⁸⁵ comediantes,²⁸⁶ científicos famosos, niños prodigio,²⁸⁷ etc.

La doctrina norteamericana referente al tema, liderada en aquella época por William L. Prosser, se sumó a la postura jurisprudencial y expandió el concepto de figura pública al definirla como:

[...] Una persona que por sus logros, fama o modo de vida, o por adoptar una profesión o vocación que da al público un interés legítimo en sus quehaceres, asuntos, carácter, se ha transformado en un personaje público; [...] las figuras públicas se suponen que han perdido, en algún grado al menos, su derecho a la privacidad, por tres motivos, entre ellos que sus personalidades y asuntos se han transformado en públicos, por lo que no pueden ser considerados más como sus propios asuntos; [...] la prensa posee un *privilegio* [comillas son mías], garantizado por la Constitución, para informar al público acerca de aquellos que se han transformado en legítimos asuntos de interés público.²⁸⁸

Esta tendencia de la noción de figura pública en la jurisprudencia del *Common law* norteamericano es también recogida por el *Restatement (Second) of Torts* de 1977, quien define a la figura pública como “la persona que en virtud de su cargo, actividades o posición, se ha transformado en objeto de la atención pública”.²⁸⁹ Asimismo, algunos estados, han llegado a incluir dentro de la tutela a este derecho, a la imagen de los dobles o imitadores de voz o de cualquier otro elemento que permita la identificación del titular por el público.²⁹⁰

Podemos evidenciar entonces, que se ha dado un cambio de criterios desde la aptitud para postularse a un cargo público, a aspectos como la “fama”, “profesión” o

²⁸² Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 169.

²⁸³ Samuel Sooper. *The First Amendment Privelege and Public Disclosure of Private Facts*. Washington DC: Catholic University Law Review 25, 1976, p. 271. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *otas críticas. dÓp., cit.*, p. 169.

²⁸⁴ *Vid. Cohen v. Marx*, 94 Cal. App. 2d. 704, 211 p. 2d 321, 1949.

²⁸⁵ *Vid. Striker v. Republic Pictures Corp.* 118 Cal. App. 2d 191, 238 p. 2d 670, 1951.

²⁸⁶ *Vid. Chaplin v. National Broadcasting Co.*, 15 F.R.D. 134. S.D.N.Y., 1953.

²⁸⁷ *Vid. Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F. 2d 806, 809 (2d Cir), *certionari enied*, 311 U.S. 711, 1940.

1

²⁸⁸ William L. Prosser. *Privacy*. California Law Review 48, 1960, pp. 410 – 41..

²⁸⁹ *Restatement (Second) of Torts*. Amercian Law Institute, 1977p

²⁹⁰ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 3.

“forma de vida” respecto de esa persona.²⁹¹ Esto, según la doctrina de ese país, contribuirá a confundir aún más el propósito de deslinde entre el interés público (contenido en la primera enmienda) y la figura pública, como criterios que justifiquen la intromisión en la privacidad y vida privada de otro.²⁹²

En cuanto al derecho al honor, Estados Unidos introduce una figura jurídica nueva, conocida como el *desmerecimiento ante la opinión pública* o *false light*, la que está estrechamente vinculada con el derecho a la intimidad de las personas o *right of privacy*.²⁹³ Al respecto el *Restatement (Second) of Torts*, en su sección 652E, relativa a la publicidad que desmerezca a una persona en su consideración pública, considera:

El que diere publicidad a una cuestión relacionada con otra persona y que supusiere el desmerecimiento de esta ante la opinión pública será responsable por vulneración del derecho a la intimidad sí: (a) el desmerecimiento referido pudiese causar grave ofensa a una persona razonable; y (b) el demandado conocía la falsedad de la cuestión publicada o del desmerecimiento que supondría o actuó con desprecio temerario hacia los mismos.²⁹⁴

Si bien este ilícito está relacionado con la difamación, solo requiere que el demandante haya recibido publicidad que suponga un desmerecimiento, que le otorgue informaciones que son falsas, sin que necesariamente constituyan difamaciones, aquí es donde entra en juego la veracidad de la información divulgada.

Al respecto, el *Restatement (Second) of Torts* plantea el siguiente ejemplo:

A es un taxista en la ciudad de Washington. El periódico de B publica un artículo sobre el comportamiento de los taxistas de esta ciudad, acusándoles de cobrar de más a los usuarios. Para ilustrar el artículo, B utiliza la fotografía de A, lo cual parece implicar que A es uno de los taxistas que estafan al público. Como A no ha incurrido nunca en ese tipo de actividades, B podrá ser demandado por un atentado contra el honor de A y contra su intimidad, a través del ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*) antes citado.²⁹⁵

Además, otro requisito indispensable para que la figura del *false light* opere, es que la implicación, información o publicidad sea gravemente ofensiva a una persona media.²⁹⁶ Es decir, el demandado será responsable si conoce que con su actuación, el demandante, tiene motivos para sentirse ofendido por la información divulgada en su

²⁹¹ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas*. *Óp., cit.*, p. 169.

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad*. *Óp., cit.*, p. 8.

²⁹⁴ Restatement Second of Torts. Sección 652E. Citado en: José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad*. *Óp., cit.*, p. 8.

²⁹⁵ Restatement Second of Torts. Citado en: José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad*. *Óp., cit.*, p. 8.

²⁹⁶ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad*. *Óp., cit.*, p. 8.

contra.²⁹⁷ Según la doctrina, un reportaje exacto no es siempre posible y errores menores ocurren regularmente, sin embargo estos no son objeto de responsabilidad, inclusive cuando haya existido negligencia, porque no fueron cometidos de mala fe.²⁹⁸

La responsabilidad ocurre, cuando esta falsedad es *significativa* con respecto del carácter, historia, actividades, creencias, etc., del demandante o afectado.²⁹⁹

Al respecto, el citado Restatement ofrece otro ejemplo ilustrativo:

Un conductor negligente atropella a una niña de diez años, que no tuvo culpa alguna. Mientras yacía atropellada en el suelo, un periodista le sacó una fotografía perfectamente identificable. Unos años más tarde, la fotografía aparece como ilustración en un reportaje sobre la negligencia de los niños como principal causa de los accidentes. El titular decía “Lo están pidiendo a gritos”. Esta conducta supondría una vulneración del derecho a la intimidad, en su versión de ilícito de desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*), que como decíamos, está mucho más cercana a la protección de la reputación de una persona.³⁰⁰

Por lo tanto, podemos apreciar que la dualidad de la libertad de información y expresión, reconocida en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, ha tenido una significativa importancia en las acciones o litigios por difamación, como consecuencia de la intromisión ilegítima de los medios o terceros en la intimidad de las personas, en su versión del *false light*, por afectaciones al derecho al honor.³⁰¹

En buena parte de Estados Unidos, los intereses patrimoniales de la propia imagen, se protegen a través de un derecho autónomo, el derecho al valor patrimonial de la identidad (*right of publicity*). Mientras tanto, los intereses personales se protegen a través del derecho a la intimidad (*right of privacy*).³⁰²

Como lo señalamos en el capítulo anterior, la intimidad de las personas en Estados Unidos puede ser invadida de cuatro maneras:

1) Intromisión del demandado en los asuntos o soledad del demandante; 2) Divulgación pública de hechos privados sobre el demandante por parte del demandado; 3) Publicación por el demandado de hechos que ponen al demandante en una posición de desmerecimiento ante la opinión pública; y 4) Apropiación por el demandado de la imagen o nombre del demandante con el fin de obtener ganancias económicas y/o comerciales.³⁰³

²⁹⁷ *Ibíd.*

²⁹⁸ *Ibíd.*

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ *Id.*, p. 9.

³⁰¹ Restatement Second of Torts. Citado en: José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 9.

³⁰² José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad (right of publicity) y el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (false light). Comentario a la STS 1ra 24.12.2003.* Barcelona: Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, working paper núm. 243, julio de 2004, p. 4.

³⁰³ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law. Óp., cit.*, p. 93.

La protección estatal brindada a la imagen a través del *right of publicity*, suele limitarse al uso comercial o publicitario de ésta; asuntos que atenten contra la intimidad y honor de las personas son resueltas a través del ilícito civil del desmerecimiento ante la opinión pública (*false light*), el cual es un componente del derecho a la intimidad, que *prohíbe* toda actividad (incluida informativa), que siendo falsa, desmerezca al demandante ante la colectividad o estimación ajena.³⁰⁴

Sin embargo, los principios del *false light*, no se aplican al objeto del *right of publicity*,³⁰⁵ y cuyo antecedente jurisprudencial es el caso *Zacchini*, el cual se analizará más adelante, dentro del epígrafe referente al análisis de casos.

El *right of publicity* debe ser balanceado con la Primera Enmienda (relativa a la libertad de expresión), la que permite la publicación de reportajes sobre eventos noticiosos o historias de interés público.³⁰⁶ Autores como Wong, precisan que el *right of publicity* (derecho a la propia imagen) se diferencia del derecho a la intimidad o del *tort of defamation*, los cuales contienen a los deportistas profesionales de élite en un rango más elevado de tutela en caso de una posible invasión.³⁰⁷ Posición similar a la doctrina española, como analizaremos más adelante.

Wong manifiesta sobre la problemática del *right of publicity*:

Income derived from endorsements and the licensed use of athlete's names and images constitutes an increasingly important stream of income for professional athletes. As the different types and uses of electronic media continue to expand, it's important that athletes [...] protect their identities against unlicensed and unlawful profiteering. Makers and providers of video games, sporting goods, and a vast array of other products and services may attempt to use an athlete's name or picture in conjunction with the product, suggesting the athlete's endorsement.³⁰⁸

El cuanto a la naturaleza patrimonial del *right of publicity*, el *Restatement (Third) of Torts*, en su sección 47, dedicada a la competencia desleal, define que se entiende por fines comerciales o publicitarios:

Se considerará un uso con fines comerciales del nombre, la imagen y otros indicadores de la identidad de una persona de acuerdo con la sección 46 del mismo Restatement, si se utilizan para anunciar los bienes y servicios del demandado, o se

³⁰⁴ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 4.

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law. Óp., cit.*, p. 703.

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ *Ibíd.* Traducción libre: Los ingresos derivados del uso autorizado de la imagen de los deportistas profesionales, constituyen un flujo cada vez más importante dentro del ingreso anual de los atletas de élite. Como los diferentes usos y tipos de medios electrónicos sigan expandiéndose, es importante que los deportistas profesionales, protejan su imagen e identidad contra las ganancias excesivas, abusivas e ilegales. Fabricantes, desarrolladores y proveedores de juegos de video, artículos deportivos, y una amplia gama de otros productos y servicios, pueden intentar usar la imagen, nombre e identidad de un deportista profesional junto con determinado producto, lo que sugiere, la aprobación del atleta hacia dicho producto y dicha reproducción.

utilizan en bienes comercializados por el demandado o en conexión con servicios prestados por el demandado. Sin embargo, en general no se considerará incluido en la categoría de usos con fines comerciales el uso de la identidad de una persona en información periodística, opinión, espectáculo, obras de ficción o no-ficción o en la publicidad de tales usos.³⁰⁹

El *right of publicity* reconocido por buena parte de los Estados norteamericanos, tanto en su derecho jurisprudencial (*Common law*) como en su derecho legislado (*statutory law*), está limitado por la libertad de expresión reconocida en la Constitución Federal de ese país. Por lo tanto, el uso de la identidad de una persona con fines informativos, generalmente no significa una vulneración *right of publicity* de la persona.³¹⁰

Dentro de esta categoría, se encuentran a los periódicos, revistas, boletines informativos, y además, aquellos usos creativos o de espectáculo, como las obras de ficción y no ficción³¹¹. Por lo tanto, a manera de ejemplo, una biografía no autorizada, o el uso de la identidad de una persona para una novela, no genera una vulneración para el derecho norteamericano en primer lugar, por lo que el ánimo de lucro del autor, no modifica el carácter de inmune de dichas obras.³¹²

Sin embargo, si el nombre o la imagen se usan simplemente para atraer la atención hacia una obra, producto o servicio, y que no esté relacionada con la persona indicada; así como si se pudiese comprobar que el demandado ha utilizado la imagen e identidad de una figura pública, simplemente por el valor comercial de esta persona como modelo, y no por su contenido informativo y/u otro uso comunicativo, existiría una vulneración y un ilícito.³¹³

La jurisprudencia de este país nos señala que el derecho a usar el nombre, imagen e identidad de otro en noticias y obras similares podría *perderse*, si la obra o noticia incluyere falsedades substanciales.³¹⁴ Sin embargo, este tipo de vulneraciones, se encasillarían dentro de la figura jurídica del *false light* o desmerecimiento ante la opinión pública, mas no dentro del *right of publicity*, que como hemos visto, tiene un carácter estrictamente patrimonial.³¹⁵

³⁰⁹ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad*. Óp., cit., pp. 6-7.

³¹⁰ *Id.*, p. 7.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*

2. España

Las Cortes Constituyentes, elegidas en junio de 1977, reconocieron de manera expresa el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, convirtiéndose de esta manera la Constitución española de 1978, en la primera en configurarlo de esa manera.³¹⁶

El artículo 18.1 de la Constitución española establece que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.³¹⁷ De esta manera, se inauguró la tutela jurisdiccional de estos derechos fundamentales, no solo en el derecho constitucional español, sino en el constitucionalismo occidental.³¹⁸

Por su parte el artículo 20.1 del mismo cuerpo jurídico reconoce los derechos a: a) Expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; y d) Comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.³¹⁹

Asimismo, el artículo 20.4 manifiesta que: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y *especialmente, en el derecho al honor, intimidad, y propia imagen*” [las cursivas son mías].³²⁰

Razones por las que, es evidente que, los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, alcanzan una jerarquía superior en España, donde sus límites son bien marcados, con el fin de evitar intromisiones arbitrarias en la vida íntima de las personas, especialmente de aquellos cuya notoriedad pública es mayor, como lo son los deportistas profesionales de élite.

Tal es la importancia de estos derechos en España, que se encuentran ubicados en el Título I de la Constitución, es decir, en aquel lugar donde se ubican los *derechos fundamentales* de las personas, los cuales gozan de una mayor y especial garantía y tutela.³²¹ Por lo tanto, entre estos derechos, existe una igualdad de jerarquía, sin que se

³¹⁶ Fernando Herrero – Tejedor. *Honor, intimidad y Propia Imagen*. Editorial Colex, Madrid, 1994, p. 49 y ss. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 35.

³¹⁷ Constitución Política de España. Art. 18.1., diciembre 29, 1978.

³¹⁸ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 34.

³¹⁹ *Id.*, art. 20.1

³²⁰ *Id.*, art. 20.4

³²¹ “Las garantías que se disponen para este grupo de derechos, incluidos entre los art. 14 a 29 de la Constitución española, son de diversa naturaleza, y, esquemáticamente, pueden sintetizarse diciendo que tales derechos y libertades gozan de: I) eficacia directa, por lo cual son *inmediatamente exigibles* [las cursivas son mías], por el solo hecho de su reconocimiento constitucional, sin necesidad de desarrollo mediante la ley; II) La ley deberá respetar el contenido esencial del derecho; y III) Deberá disponer del

haya encargado el legislador, de establecer un orden preferente taxativo en caso de colisión o conflicto.

En España, la libertad de información, a nivel constitucional significa poder comunicar o recibir información veraz, a través de cualquier medio de difusión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, se encargó de establecer la *doble dimensión* que presenta esta libertad:³²² por un lado, como derecho de libertad de las personas, por el cual se puede comunicar y recibir información, sin interferencia del Estado (fuera de las causales de justificación claro está).

El propio Tribunal Constitucional ha dicho que “trata de garantizar la ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación”.³²³ No obstante, ante esta primera dimensión subjetiva, hay que reconocer otra dimensión a esta libertad, la cual es de carácter colectivo, y la cual representa un elemento esencial de cualquier Estado democrático.³²⁴

La protección de la propia imagen de las personas dentro del ordenamiento jurídico español se manifiesta a través del derecho a la propia imagen de las personas, el cual de acuerdo a los fallos reiterativos del Tribunal Constitucional, es un derecho fundamental que salvaguarda los intereses personales del titular únicamente.³²⁵ Los intereses patrimoniales, con valor pecuniario, a criterio del Tribunal Constitucional español, no toman carácter de derecho fundamental y forman parte de la jurisdicción ordinaria.³²⁶

Lo más destacado de ponderar acerca del estudio del derecho a la propia imagen en España, es que este derecho tiene dos conceptos bien señalados: el moral y el patrimonial.³²⁷ De esta manera, la doctrina y jurisprudencia española se han encargado

rango de orgánica, que exige la aprobación por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados; IV) Ambas condiciones, exigidas al legislador, podrán ser controladas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad. Estos derechos gozan además de: V) Protección jurisdiccional ante los tribunales ordinarios de justicia, que actuarán en su defensa mediante un proceso preferente y sumario; de IV) Ampara ante el Tribunal Constitucional a través del correspondiente recurso, subsidiario respecto de su protección en vía ordinaria; y asimismo, de VII) Protección internacional, en la medida que coincidan con los derechos reconocidos en el CEDH, a través del mecanismo jurisdiccional previsto en el mismo, a cargo del TEDH. Finalmente, VIII) Estos derechos son igualmente objeto de protección por parte del Defensor del Pueblo y de las instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas, como comisionados de las Cortes Generales o de los Parlamentos de éstas, respectivamente, a cuyo efecto podrán supervisar la actividad de las respectivas Administraciones Públicas.” Citado en Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 57.

³²² Vid. STC 12/1982, de 31 de marzo, en especial la foja 3.

³²³ STC 12/1982, de 31 de marzo, en especial la foja 3.

³²⁴ Enoch Alberti Rovira. *Libertad de información. Óp., cit.*, p. 58.

³²⁵ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 3.

³²⁶ *Ibíd.*

³²⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 35.

de diferenciar entre el concepto moral/constitucional del derecho a la propia imagen, con el concepto patrimonial/civil del mismo.³²⁸

En cuanto a su faceta patrimonial, los derechos de explotación de imagen son regulados mediante el Real Decreto 1006/1985, el cual en su artículo 7.3 manifiesta:

En lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el núm. 3 del artículo 1 de presente Real Decreto.³²⁹

Sobre este aspecto patrimonial, existen dos tesis:³³⁰ La primera, señala que al no tratarse de conceptos salariales, es correcto que el tratamiento de este tema sea dentro del capítulo del Real Decreto relativo a los *derechos y obligaciones de las partes*, en lugar de reservarlo a condiciones retributivas;³³¹ La segunda, manifiesta que la primera tesis no está acertada porque la compensación económica que recibe el deportista por concepto de explotación de su derecho a la propia imagen que no haya sido cedida a un tercero comercial, tendrá plena naturaleza salarial, constituyéndose como una gran parte de sus ingresos.³³²

A favor de la segunda tesis,³³³ se ha manifestado el artículo 32 del Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional:

Para el caso de que el deportista explote en su propio nombre sus derechos de imagen por no haber sido éstos cedidos temporal o indefinidamente a terceros, la cantidad que el Club o Sociedad Anónima Deportiva satisfaga a aquél por la utilización de su imagen, nombre o figura con fines económicos tendrá la consideración de concepto salarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 24. En tal supuesto, la cantidad acordada deberá constar por escrito, ya sea a nivel individual o de la plantilla del Club o Sociedad Anónima Deportiva.³³⁴

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ Real Decreto 1006/1985. Artículo 7.3.

³³⁰ Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 230.

³³¹ Remedios Roqueta Buj. *El trabajo de los deportistas profesionales*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 169. Citado en: Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 230.

³³² *Cfr.* Sobre la naturaleza salarial de tales conceptos, *vid.*, por ejemplo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/55556). Citado en: Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 231.

³³³ *Cfr.* El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional también contempla los derechos de imagen dentro de los conceptos salariales enumerados en el artículo 21, mientras que el artículo 30 del Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional, huyendo de la distinción entre su consideración o no como percepción salarial, los incluye dentro del Capítulo IV bajo el epígrafe “Condiciones económicas en situaciones especiales” y los define de forma vaga e imprecisa. Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional. Artículo 32. Citado en: Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 231.

³³⁴ Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional. Artículo 32. Citado en: Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 231.

Asimismo, el artículo 11 del Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Profesional manifiesta:

Las retribuciones abonadas por los clubes o SAD a los jugadores, ya sea por la prestación profesional de sus servicios, o, en su caso, por la cesión expresa de la explotación de sus derechos de imagen, tendrán a todos los efectos la consideración legal de salario, excepción hecha de los conceptos que se hallan excluidos de la misma por la legislación vigente.³³⁵

Sin embargo, en los últimos años en España ha crecido una tendencia, que por motivos tributarios (elusión)³³⁶, hace que los deportistas profesionales suscriban además de su contrato de trabajo en el que constan sus montos salariales, *otro acuerdo paralelo* de naturaleza estrictamente mercantil, donde tratan exclusivamente las condiciones económicas derivadas de la explotación de sus derechos de imagen, y donde, se abonarán directamente a una sociedad interpuesta las ganancias de esta explotación. Fenómeno que sin duda son objeto de otra investigación.

En España, se considera a la vertiente *negativa* (de exclusión) del derecho a la propia imagen, como el concepto moral/constitucional de dicho derecho; mientras que el lado *positivo* (aprovechamiento), ocupa el concepto patrimonial/civil de dicho derecho.³³⁷

Fundamentando esta tesis, López Mingo también manifiesta:

[...] el derecho constitucional a la propia imagen es el de carácter moral, el derecho que se tiene a que los rasgos físicos que distinguen al individuo de los demás no sean divulgados sin su consentimiento. El derecho patrimonial a la propia imagen es la proyección estrictamente económica, material, simplemente pecuniaria, es el derecho subjetivo patrimonial que tiene protección infra-constitucional; se trataría de la dimensión legal, supuestamente un derecho de propiedad intelectual más.³³⁸

En el mismo sentido, la jurisprudencia española ha precisado al respecto:

En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (...) 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 la capta o difunde (...) pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los

³³⁵ Convenio Colectivo para la Actividad del Baloncesto Profesional. Artículo 11. Citado en: Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 231.

³³⁶ Entendemos por elusión toda manera o forma legal, dentro del marco jurídico, de abonar la menor cantidad posible de dinero al fisco de determinado Estado.

³³⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 35.

³³⁸ Ataúlfo López Mingo Tolmo. *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices – publicitarios*. España: Visión Net, Madrid, 2005, pp. 29-30. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 35.

demás; un ámbito necesario para poder 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.³³⁹

En síntesis, lo que se pretende con la tutela constitucional del derecho a la propia imagen es:

[...] 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.³⁴⁰

En este contexto, es importante resaltar la tesis de Urías Martínez, quien aclara que el bien jurídico protegido, no es, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad del sujeto.³⁴¹ Es así, que la persona tiene el derecho a controlar los usos lucrativos y comerciales derivados de su imagen, con el fin de evitar que sea un tercero quien lo haga de modo arbitrario.

El mismo autor, señala además que la gran innovación y beneficio constitucional existente en la Constitución de 1978, es sobre los negocios relativos a la propia imagen, los cuales pueden ser revocados por el consentimiento del ciudadano, de su titular. Se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo siguiente:

El derecho a la propia imagen, como derecho fundamental, su alcance llega hasta donde se verifique la finalidad de garantizar, de un lado, un ámbito vital reservado, que es condición indispensable para gozar de una calidad de vida en conformidad con las pautas culturales actuales, y de otro, un poder de decisión sobre la imagen en cuanto manifestación individual de la persona, como ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.³⁴²

Por lo tanto, podríamos decir que el derecho fundamental a la propia imagen en España salvaguarda la esfera personal e íntima del individuo, necesaria para su reconocimiento como tal, y en sí, para su dignidad como ser humano; mientras que no parecería caber en este ámbito el derecho a la explotación económica de la imagen, el cual sin embargo, se encuentra reconocido a nivel infraconstitucional.³⁴³

³³⁹ Tribunal Constitucional Español. STC 231/1988, de 2 de diciembre, fj. 13.

³⁴⁰ Cfr. Doctrina que sigue en la STC 156/2001, de 2 de julio fj. 6; y STC 83/2002, de 22 de abril, fj. 4. Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 36.

³⁴¹ J.P. Urías Martínez. *Lecciones de derecho a la información.*, p. 146 y ss. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 36.

³⁴² Al respecto, *vid.* Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 36.

³⁴³ Amelia Pascual Medrano. *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamento, contenido, titularidad y límites.* España: Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 81-82. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 36.

En este sentido, Pérez Royo afirma: “La propia imagen es un derecho de la personalidad, la explotación económica de la propia imagen no lo es”.³⁴⁴ Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la utilización comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento, sigue constituyendo una vulneración a dicho derecho fundamental.³⁴⁵

Sobre el tema, Rodrigues da Cunha e Cruz ha precisado:

La captación, reproducción o publicación sin consentimiento de la imagen de una persona, *con independencia de su finalidad* [las cursivas son mías], constituye, en principio, una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, ya que con ello se está interfiriendo en el ámbito de libre determinación individual amparado por el mismo.³⁴⁶

En concordancia con la tesis anterior, Pascual Medrano sostiene: “El hecho de que el uso no consentido de la propia imagen tenga fines comerciales no excluye, *a priori*, un daño moral – una lesión del derecho fundamental – al margen del perjuicio patrimonial”.³⁴⁷

En la misma línea argumental, y acogándose en criterios del Tribunal Supremo y Constitucional, Pardo Falcón afirma:

Como han reconocido tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, resulta obvio que una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen con consecuencias patrimoniales adquiere una inmediata relevancia constitucional (caso de la utilización no consentida de la imagen de una persona con una finalidad publicitaria o comercial, sin ir más lejos).³⁴⁸

En este sentido, y pese al constante debate sobre si el carácter patrimonial de la imagen debe ser protegido constitucionalmente, nos inclinamos por la corriente de los autores que defienden la tesis que, tanto si se la considera desde su ámbito positivo o negativo, el derecho a la propia imagen nunca dejará de permanecer en la categoría de los derechos fundamentales de la personalidad.³⁴⁹ Posición que además, ya fue ponderada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 117/1994, que dice:

³⁴⁴ J. Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional* (rev. Manuel Carrasco Durán). España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 386. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 37.

³⁴⁵ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 37.

³⁴⁶ *Ibíd.*

³⁴⁷ Amelia Pascual Medrano. *El derecho fundamental a la propia imagen. Óp., cit.*, p. 81-82. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 37.

³⁴⁸ Javier Pardo Falcón. *La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen*. Propiedad y Derecho Constitucional, coord. Francisco J. Bastida, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 347-375. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 37.

³⁴⁹ *Cfr.* En este sentido plantea M. Gorrotxategi Azurmendi en *El derecho a la imagen, objeto de la jurisprudencia constitucional*, en Revista Vasca de Administración Pública, n.42, mayo-agosto de 1995, pp. 349-374) que “si bien su dimensión patrimonial ha de modular el régimen aplicable, admitiendo su

Mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad (...) *mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado.*³⁵⁰

En cuanto a la defensa de este derecho en su ámbito positivo/patrimonial, solo tendrá acceso al Tribunal Supremo si se cumplen los presupuestos genéricos, pues no está tutelado por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.³⁵¹

En definitiva, es importante diferenciar entre el ámbito moral/negativo/constitucional y el ámbito patrimonial/positivo/civil, pues este último no es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional español, y se sitúa fuera de la tutela constitucional del art. 18.1 de la Constitución española. Aunque, esto no quiere decir que este ámbito quede fuera de tutela jurisdiccional, pues seguirá siendo alegable ante la jurisdicción ordinaria, incluyendo el Tribunal Supremo.³⁵²

Otro asunto importante, a tener en cuenta, es la diferenciación entre el uso comercial o publicitario de la imagen, y por otro lado, el uso informativo, artístico o de espectáculo.³⁵³ Los usos comerciales o publicitarios, con fines de lucro, como señalamos previamente, merecen menor protección y requieren *siempre* el consentimiento del titular de la imagen difundida.³⁵⁴ Sin embargo, el uso informativo de la imagen, encuentra una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico, amparado en la libertad de expresión e información existente en el Estado.³⁵⁵

disposición, también hay que tener presente el estado latente del derecho de la personalidad que debe poder aflorar cuando su titular lo estime conveniente. No puede obligarse a una persona que por ejemplo, haya cedido el poder de difundir su imagen a cambio de un precio en determinado momento de su vida, a que soporte su difusión en cualquier momento futuro. La imagen, unida indisolublemente a la persona, se implica en el desarrollo de su personalidad; la comprensión de su uso puede variar en el tiempo. No aceptar esta evolución que comporta cambio, sería negar un aspecto de la personalidad desarrollada. No puede negarse a nuestro juicio, la extensión de un derecho constitucional en base a su limitación proveniente de un título civil contractual". Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 37-38.

³⁵⁰ *Cfr.* No obstante en el FJ2 de la STC 81/2001, de 26 de marzo, y en el FJ 6 de la STC 156/2001, de 2 de julio, rechaza el Alto Tribunal abiertamente que la vertiente estrictamente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental, relacionado exclusivamente con la protección de una esfera moral. Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 38.

³⁵¹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 39-40.

³⁵² Rosa de Couto Gálvez, Alberto de Martín Muñoz y Javier Gómez Lanz. *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica, consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*. Madrid: Trama, 2005, p. 151. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 40.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Id.*, pp. 3-4.

³⁵⁵ *Id.*, p. 4.

Las causales de justificación para interceder legítimamente en la intimidad de las personas que fueron analizadas en el primer capítulo de esta investigación pueden resultar aplicables a la actividad informativa de los medios de comunicación.³⁵⁶ Razón por la cual, ordenamientos jurídicos como el español han adoptado medidas encaminadas a legitimar la intromisión por parte de los medios masivos de comunicación en la intimidad de las figuras públicas, como lo son los deportistas profesionales de élite.

Al efecto, la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su artículo 2.2 lo siguiente: “No se apreciará la existencia de la intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.³⁵⁷

No obstante, la Ley Orgánica 1/1982 en ningún momento reconoce como criterio legitimador de intromisión en la intimidad de las personas al “interés público”, esto debido a que en los considerandos de la ley claramente se especifica que los derechos protegidos por la misma no pueden considerarse como *absolutamente ilimitados*, por lo que citando a Covarrubias Cuevas “los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad”.³⁵⁸

Ejemplo de esto, sería la demanda en contra de Diario “El Mundo”, la que derivó en la sentencia 1/2003, de 24 de diciembre, los hechos fueron así: El 14 de noviembre de 1993, el diario “El Mundo” en el suplemento *7 días*, publicó un reportaje sobre el mundo de las drogas sintéticas, el consumo de alcohol, y la denominada *Ruta del Bakalao*.³⁵⁹ El protagonista del reportaje se llamaba David, igual que el demandante, solo que en el reportaje se utilizaba la fotografía de este último. En el pie de foto decía: “La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo guay”.

³⁵⁶ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 166.

³⁵⁷ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Publicado en Boletín Oficial del Estado, núm. 115 de 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548 (3 págs.).

³⁵⁸ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, exposición de motivos del art. 3. La referida al art. 8 agrega que “existen casos en que tales injerencias no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales”. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 167.

³⁵⁹ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 2.

La aparición de la fotografía junto al artículo vinculaba directamente al demandante con el mundo de las drogas, alcohol, y la “Ruta del Bakalao”, lo que evidentemente, desacreditó y desmereció al demandante ante la opinión pública, así como lesionar su intimidad, dignidad y reputación.³⁶⁰

El juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, dictó sentencia de 1995, por vulneración del derecho al honor y propia imagen del demandante contra la empresa mercantil “Unidad Editorial SA”.³⁶¹ La demanda, condenó al pago de €15.000.00 euros y la publicación del fallo de dicha sentencia en “El Mundo”, en la misma página, sección y día de la semana en que fue publicado el reportaje objeto del litigio.³⁶² Por su parte, tanto en apelación como en casación, la sentencia no cambió de dirección.

En el presente caso, la publicación en el suplemento “El Mundo”, aunque haya sido expuesto en un espacio con fines informativos, genera una vulneración y un perjuicio al demandante, ya que el suplemento informativo estaba difundiendo la fotografía del mismo sin su consentimiento, para personalizar el reportaje, y de esta manera, aumentar su atractivo comercial, sin tomar en cuenta, las repercusiones y daños que causarían al demandante, y, sin haber pagado un valor pecuniario por ello.³⁶³

Por otro lado, el ordenamiento jurídico español en ningún momento da lugar para que los personajes o figuras públicas, ni expresa ni tácitamente, sean criterios legitimadores de intromisiones en la intimidad de una persona.³⁶⁴ Criterios que han sido obtenidos gracias a un rico y diverso avance jurisprudencial en la materia, que tal como en Estados Unidos, debe entenderse a la jurisprudencia como piedra angular del desarrollo del ordenamiento jurídico de un Estado.³⁶⁵

En ese sentido, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español solo reconoce al *interés público* como criterio legitimador para interferir en el ámbito tutelado por el derecho a la intimidad de las personas, ha sido la jurisprudencia del tribunal constitucional español, quien ha creado dos categorías sobre la relevancia pública de la información:³⁶⁶ a) por el carácter público de la persona a la que se refiere;³⁶⁷ b) por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada.³⁶⁸

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² *Ibíd.*

³⁶³ *Ibíd.*

³⁶⁴ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 167.

³⁶⁵ *Ibíd.*

³⁶⁶ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 183.

³⁶⁷ STC 197/1991, fj. 2.

³⁶⁸ *Ibíd.*

Es por ello, que la línea jurisprudencial basa su desestimo a la intimidad de las figuras públicas, en que esas personas han decidido participar en la esfera pública, asumiendo voluntariamente el riesgo de que el derecho a su intimidad sea violado.³⁶⁹ La primera sentencia española en manifestar o reconocer a las figuras o personajes públicos fue extremadamente categórica al manifestar que poseen un umbral de protección menor, por no decir mínimo, con respecto de las personas privadas.³⁷⁰ Al respecto, dicha sentencia manifiesta lo siguiente:

El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades *que persiguen la notoriedad pública* [las comillas son mías] aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho a la información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos o personajes públicos.³⁷¹

Es así, que esta tesis planteada por el Tribunal Constitucional español precisa que el poco nivel de protección a su intimidad que tienen las figuras públicas, es consecuencia de su capacidad de *autodeterminación*. Por lo tanto, si una persona decide irrumpir en el deporte, arte, política, etc., renuncia voluntariamente a su derecho a permanecer en el anonimato.³⁷² Tesis que no compartimos, pues para los objetivos de esta investigación, consideramos que todas las personas, especialmente las de notoriedad pública, como son los deportistas, tienen derecho a que su vida privada e imagen sea respetada, a que su esfera íntima permanezca así como su nombre lo denomina, como algo personal e intransmisible a la colectividad.

Asimismo, otra sentencia del Supremo Tribunal Constitucional español expresa que las figuras públicas deberán tolerar las críticas esgrimidas en su contra de la siguiente manera:

Los medios de comunicación social, como han indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente

³⁶⁹ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 183.

³⁷⁰ *Ibíd.*

³⁷¹ STC 171/1990, fj. 5.

³⁷² Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 184.

molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular.³⁷³

No obstante, aparece otra sentencia en la evolución del concepto y alcance del derecho a la intimidad, honor y propia imagen de figuras públicas, donde el Tribunal Constitucional español manifiesta que el personaje público no carece de protección, y que podrá hacer valer sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos frente a aquellos actos, hechos, intromisiones y/u opiniones que considere lesivos. La sentencia dice lo siguiente:

Quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a *recibir información* [las comillas son mías] [...], a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18 C.E. Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, *es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen* [las comillas son mías]. Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 C.E. y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos”.³⁷⁴

Posteriormente, el Tribunal Constitucional español resolvió el problema derivado de sus anteriores fallos en 1990 y 1991 donde no se reconocía expresa ni tácitamente a las figuras y personajes públicos.³⁷⁵ Esto no fue sino hasta 1999 donde el STC diferenció de manera explícita entre personajes públicos y personajes que poseen notoriedad pública, reservando la primera categoría para aquellas personas que tengan atribuidas la administración del poder público, por ende, sus actos y opiniones están sometidos al escrutinio y críticas de los ciudadanos, al tener interés legítimo derivado del derecho a recibir información de cómo es que se ejerce el poder conferido mediante mandato en su nombre.³⁷⁶ Al respecto, manifiesta una sentencia del Tribunal Constitucional español lo siguiente:

³⁷³ STC 192/1999, fj. 7.

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 185.

³⁷⁶ STC 134/1999, fj. 7. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 186.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los denominados “personajes públicos”, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades públicas, deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos.³⁷⁷

En cuanto a los personajes de notoriedad pública, recién la sentencia STC 83 del año 2002 clarificó:

Cuando el Tribunal Constitucional se refiera a una persona de notoriedad pública, señala a aquellas que cuentan con una *frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional* [las comillas son mías], por lo que era necesario incluirlos en el grupo de personas que *asumen un mayor riesgo* [las comillas son mías] frente a las informaciones que les conciernen.³⁷⁸

Añade el fallo que tal riesgo asumido por las personas famosas: “Tan solo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado [...].³⁷⁹ Tesis que compartimos absolutamente, teniendo en cuenta que dentro de los Estados democráticos, la libertad de expresión es una de las piedras angulares de los sistemas constitucionales, por lo que sería absurdo considerar, que las personas de notoriedad pública, por su *status* dentro de la sociedad, puedan tener la potestad de silenciar a quienes emiten opiniones sobre ellos.

Sin embargo, dicha sentencia contempla una exigencia de objetividad en la información que se divulgue sobre personas de notoriedad pública:

De otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, *el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad* [comillas son mías], por restringida que ésta sea (STC 197/1991, FJ. 4).³⁸⁰

No obstante, el Tribunal Constitucional, con su sentencia STC 99/2002, vuelve a nublar el panorama sobre el concepto de persona de notoriedad pública, integrando en esta categoría a las siguientes personas:

a) aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan, b) por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, y c) que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública.³⁸¹

³⁷⁷ STC 192/1999, fj. 7. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 186.

³⁷⁸ STC 83/2002, fj. 5. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 186

³⁷⁹ STC 134/1999, fj. 7. Citado en Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 187.

³⁸⁰ *Ibíd.*

³⁸¹ STC 99/2002, fj. 7.

A modo de análisis, debemos decir que las personas descritas en el literal a) de la sentencia es la misma que fue conceptuada como persona de notoriedad pública en 1999 por el mismo Tribunal Constitucional,³⁸² en cuanto a las personas descritas en el literal b), genera confusión, porque más bien representa a personas privadas que decidieron transformarse en públicas por su propio consentimiento, lo cual no es más que una manifestación expresa de la voluntad del afectado, es decir, existe consentimiento de su parte para que su intimidad sea limitada;³⁸³ en cuanto a las personas descritas en el literal c) de la sentencia, hacemos nuestras las palabras de Covarrubias Cuevas al señalar que “queda reservado para nuestro análisis crítico”.³⁸⁴

En cuanto a las personas de proyección pública, este concepto fue estrenado por el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 83/2002, y no es más que una figura accesoria de la anterior (personas de notoriedad pública), es así, que siguiendo el clásico aforismo del derecho civil “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, no existiría una persona de proyección pública, si no gozara de notoriedad pública. Dicha sentencia manifiesta:

Pues bien, la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública [...], no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine al derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.³⁸⁵

Con respecto a este criterio, la categoría de “personas con proyección pública” es una evidente consecuencia de las “personas de notoriedad pública” en razón de sus actividades profesionales destacadas. Es decir, desde la perspectiva jurisprudencial, y desde el espíritu del magistrado español, no tendría interés alguno la proyección pública de determinada persona, si es que no gozara de una posición relevante, es decir, si es que no destacara en su actividad profesional (notoriedad pública).

³⁸² Ignacio Covarrubias Cuevas. *Notas críticas. Óp., cit.*, p. 187.

³⁸³ *Ibíd.*

³⁸⁴ *Ibíd.*

³⁸⁵ STC 83/2002, fj. 5.

3. Portugal

La República Portuguesa fue uno de los primeros Estados que desarrolló una Constitución democrática (1976), inspirando de esta manera a países como España (1978) y Brasil (1988).³⁸⁶ Además, de desarrollar conceptos únicos e innovadores para la época, como la creación de la figura del *habeas data*. En el tema que nos concierne, los derechos a la propia imagen, intimidad y honor, fueron prescritos en la primera revisión constitucional de 1982, formando parte del que es actualmente el artículo 26 de dicha carta política.³⁸⁷

Dicho artículo señala:

A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.³⁸⁸

En Portugal, como se afirma en el *Acórdão* n° 407/2007 (Processo 130/07 2a Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) del Tribunal Constitucional Lusitano, es común utilizar la expresión *direito à honra* (derecho a la honra) para denominar el *direito ao bom nome e à reputação* (derecho al buen nombre y reputación), constitucionalmente protegido³⁸⁹. Es importante ponderar esta postura del Tribunal Constitucional, porque ocurre con frecuencia que las personas reclamen una violación a su derecho a la propia imagen, cuando muchas veces lo que realmente se está vulnerando es su derecho al honor.

Por otro lado, autores lusitanos, señalan que la imagen humana para ser protegida por el derecho constitucional portugués, debe ser configurada a través de tres elementos que se relacionan: 1) Individualidad; 2) Visibilidad; y, 3) Reconoscibilidad.³⁹⁰

Otra tesis manifiesta, que se puede configurar el concepto del derecho a la propia imagen ampliando el alcance de su visibilidad, es decir, incluyendo a la

³⁸⁶ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 29.

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ Traducción libre: Todos son derechos reconocidos a la identidad personal, desarrollo de la personalidad, la capacidad civil, la ciudadanía, el buen nombre y la reputación, la imagen, la palabra, a la intimidad de la vida privada y familiar ya la protección legal contra todas las formas discriminación. Constitución de la República de Portugal. 1976, artículo 26.

³⁸⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 27.

³⁹⁰ Claudia Trabuco. *Dos contratos relativos ao direito a imagem*. Portugal: Editora Internacional, ano 133, 2001, Quinta da Vitoria, p. 401. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 29.

perspectiva *psíquica de la imagen*, tesis que por cierto, no ha tenido mayor acogida.³⁹¹ En la práctica, tanto la jurisprudencia, como la mayoritaria corriente doctrinaria portuguesa, se centran en la representación gráfica y visible del *aspecto físico externo* de la figura humana.³⁹²

En este sentido, el Tribunal Constitucional Portugués ha precisado en cuanto al objeto del derecho la propia imagen:

o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, slide, ou outra qualquer forma de representação gráfica, e não a imagem que os outros fazem de cada um de nós. Ele *não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser.*³⁹³

Por ende, se hace una diferenciación a la imaginación de la propia imagen, la cual podría generar muchas confusiones *a posteriori* y abstracciones, lo cual evidentemente, se busca evitar de todas formas. La idea portuguesa de lo que se entiende por imagen, refuerza la tesis, de que en la tutela jurisdiccional de este derecho *deben ser incluidas todas las formas de representación visual* de los rasgos físicos de una persona, como por ejemplo, la fotografía, caricatura, copias, pintura, dibujo, etc.³⁹⁴

En este contexto, tomando los conceptos aportados por la jurisprudencia francesa ya esgrimidos en el presente trabajo, Portugal tampoco limita la configuración y tutela jurídica de la propia imagen al rostro de la persona, a la *facies*, sino que también se expanden a las demás evocaciones personales visibles del aspecto físico de su titular,

³⁹¹ Defendida por Élia Marina Pereira Chambel. *A videovigilância e o direito à imagem: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Portugal: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 503-531. La autora cita a MANUEL VALENTE para defender la tesis de que la imagen también ha de ser entendida desde una perspectiva emergente de cognición pisco-intelectual (p. 518). Afirma que “A perspectiva psíquica da imagem nos induz a considerar que a proteção do direito à imagem não pode ser apenas a proteção da simples imagem mecânica, mas também de todas as implicações que tal violação possa vir a ter. Facilmente percebemos que o direito à imagem está associado a outros direitos, uma vez que a violação do direito à imagem implica indirectamente a violação de outros direitos: bom nome e reputação” (p. 519). Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 30.

³⁹² Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Portugal: Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 753; Claudia Trabuco. *Dos contratos relativos*. *Óp., cit.*, p. 398. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 30.

³⁹³ Traducción Libre: La imagen física de la persona en la pintura, la fotografía, el dibujo, la diapositiva o cualquier otra forma de representación gráfica, y no la imagen que los demás hacen de cada uno de nosotros. No es por lo tanto un derecho de toda persona a ser públicamente representada de acuerdo a lo que realmente es o cree que es. AcTC *Português* N.º 6/84, Processo no 42/83, AcTC *Português* N.º 130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2a Secção; AcTC *Português* N.º 129/92, Processo 329/90; 2a Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2a Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* N.º 628/2006, Processo no 502/2006, 2a Secção. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 30.

³⁹⁴ Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão*. *Óp., cit.*, p. 753. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 31.

tales como la voz.³⁹⁵

Pretende pues, el derecho lusitano, tanto como los demás ordenamientos jurídicos analizados en la presente investigación, tutelar un bien jurídico eminentemente personal, el cual otorga al titular el dominio sobre su propia imagen, para determinar quién y en qué medida puede registrarla o divulgarla.³⁹⁶

Es así, que la doctrina divide al contenido del derecho a la propia imagen en:

1) El derecho a definir su propia *auto-exposición*, el derecho a no ser fotografiado, y a no ver su imagen expuesta al público sin su consentimiento; 2) El derecho a no ver representada su propia imagen en forma gráfica o en un montaje de manera ofensiva y maliciosamente distorsionada o infiel.³⁹⁷

Al respecto, el Alto Tribunal de Portugal, ha establecido reiteradas ocasiones que:

Com o direito à imagem, por sua vez, visa-se salvaguardar o direito de cada um a não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento e, bem assim, o direito a não ser apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel.³⁹⁸

Sin embargo, Rodrigues da Cunha e Cruz señala que se debe tener cuidado con este segundo aspecto tutelado por la doctrina y jurisprudencia lusitana:

Es necesario, *ab initio*, distinguir entre la *alteración material*, que se hace por trucos técnicos; y la *alteración intelectual*, que es el caso de imágenes sacadas de su contexto y que inducen a juicios o conclusiones erróneas sobre la persona retratada. En la primera de las categorías de distorsión, se ha de aclarar que si se distorsiona o se altera *materialmente* una imagen y ésta se torna irreconocible, no será ilícita su utilización por cualquier persona, porque el derecho en análisis protege la imagen que haya sido distorsionada o alterada materialmente que todavía sigue siendo *reconocible*. En este sentido, dentro de la hipótesis de distorsión material, será preciso no confundir la protección del derecho a la propia imagen con las protecciones del derecho a la identidad personal, del derecho al honor y/o del derecho a la intimidad, dados los innumerables y comunes casos en los que se utiliza la imagen humana como “instrumento” para conculcar otros bienes jurídicos de la personalidad. Este último razonamiento también ha de aplicarse a los supuestos de alteración intelectual.³⁹⁹

Por lo tanto, es evidente señalar que la Constitución de Portugal protege la

³⁹⁵ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 31.

³⁹⁶ *Ibíd.*

³⁹⁷ J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada, 4a ed., vol. I*. Portugal: Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 467; Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Portugal: Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 143-144. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 31.

³⁹⁸ Traducción libre: El derecho de imagen, a su vez, tiene como objetivo salvaguardar el derecho de cada uno a no ser fotografiado o ver su retrato exhibido en público sin su consentimiento y, así como el derecho a no ser presentado en forma gráfica o montar ofensiva y malévolamente distorsionada o falsa. AcTC *Português* No 263/97, Processo no 179/95, 1a Secção; AcTC *Português* N.o 319/95, Processo 200/94, 2a Secção; AcTC *Português* No 423/95, Processo 177/94, 2a Secção; AcTC *Português* No 631/2005, Processo n.o 49/05, 2.a Secção; AcTC *Português* No 628/2006, Processo no 502/2006, 2a Secção. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 31.

³⁹⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 32.

vertiente *negativa* del derecho a la propia imagen, es decir, ese campo de exclusión de la representación gráfica de la imagen de uno mismo.⁴⁰⁰ No obstante, es incierto si la Constitución reconoce el aspecto *positivo* del derecho a la propia imagen.⁴⁰¹ Ni la doctrina, ni la jurisprudencia han establecido un debate jurídico al respecto.

Sin embargo, existen autores que esbozan ciertos criterios que ayudarían a resolver esta inquietud. Alegan algunos autores portugueses que la dimensión material de la imagen humana fundamenta la posibilidad de manipulación y, su potencial patrimonial.⁴⁰² El derecho a la propia imagen establece, como principio fundamental, que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado al comercio sin el consentimiento de su titular.⁴⁰³ Además, no solo está relacionada con la puesta en el comercio, sino que excluye cualquier forma de aprovechamiento no consentido de la imagen, así sea para finalidades ideológicas.⁴⁰⁴

La doctrina lusitana al parecer no está en desacuerdo con la corriente mayoritaria a nivel global sobre el tratamiento jurídico del derecho a la propia imagen o *right of publicity* en el *Common law*, es por ello, que también considera que existen dos vertientes de este derecho: una negativa, y otra positiva.⁴⁰⁵ Confirmado esta postura, Cláudia Trabuco sostiene lo siguiente:

Por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter *comercial ou não* e, por outro, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos atos sem a sua autorização.⁴⁰⁶

A su vez, la jurisprudencia constitucional, remitiéndose al Código Civil portugués para definir el concepto del derecho a la propia imagen, manifestó:

Com efeito, a referência que nesse artigo (art.º 26.1) se faz à imagem, sem qualquer definição, leva-nos a pensar que se quis considerar o que a seu respeito se dispõe no nosso Código Civil, e só isso. *E basta uma leitura do artigo 79 do Código Civil* para se concluir que a proteção legal da imagem tem a ver não com aspecto da

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 33.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Cláudia Trabuco. *Dos contratos relativos ao direito a imagem. Óp., cit.*, p. 401. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 33.

⁴⁰³ Jónatas E. M. Machado. *Liberdade de Expressão. Óp., cit.*, p. 753. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁴ José de Oliveira Ascensão. *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I, Introdução as Pessoas, Os bens. Portugal: Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p.105-108. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁵ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁶ Traducción libre: Por un lado, se da a la gente la opción de reproducción exclusiva, publicación o difusión de su imagen y semejanza, comercial o no, y en segundo lugar, se caracteriza como el derecho de una persona para impedir que un tercero puede realizar estos mismos actos sin su autorización Cláudia Trabuco. *Dos contratos relativos ao direito a imagem. Óp., cit.*, p. 405. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 33.

pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, *slide* ou filme, impedindo a sua exposição ou o *seu lançamento no comércio* sem autorização do retratado ou das pessoas citadas no 2 do artigo 71 o do mesmo Código (...). Quer dizer, o artigo 79o do Código Civil tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem (...).⁴⁰⁷

En este sentido, al utilizar la jurisprudencia la expresión “*seu lançamento no comércio sem autorização do retratado*”,⁴⁰⁸ admite que la tutela constitucional del derecho a la propia imagen, comprenda la posibilidad de aprovecharse del mismo con fines económicos,⁴⁰⁹ lo cual tiene su lógica, pues va de la mano, del contexto progresista e interpretativo de la Constitución portuguesa de 1976,⁴¹⁰ donde se intenta, proteger a este derecho como un todo, tutelando todos los frentes posibles de ataque, es decir, previniendo todas las circunstancias bajo las cuales se pudieran afectar y violar los derechos fundamentales de los ciudadanos lusitanos.⁴¹¹

En definitiva, el concepto constitucional y rasgos elementales del derecho a la propia imagen en Portugal, es idéntico a como se lo ha venido planteando a lo largo del presente trabajo académico, es decir, con una doble vertiente, positiva y negativa.

⁴⁰⁷ Traducción libre: En efecto, la referencia a ese artículo (art. 26,1) deja la propia imagen sin ningún tipo de definición, nos lleva a pensar que consideraría lo que dispone en nuestro Código Civil, y nada más. Solo la lectura del artículo 79 del Código Civil, lleva a la conclusión de que la protección jurídica de la imagen no tiene que ver con la apariencia y la imagen de la persona, pero con solo una foto en efecto de imagen, ya sea en pintura, simple dibujo, la fotografía, el cine o la diapositiva e impedir su exposición o su puesta en marcha comercialmente sin permiso de las personas que aparecen mencionadas en el apartado 2 del artículo 71 del mismo Código (...). Quiero decir, el artículo 79 del Código Civil tiene por objeto proteger al individuo contra el uso indebido de su imagen. AcTC *Português* N.o 6/84, Processo no 42/83, AcTC *Português* N.o 130/88, Processo 110/86; AcTC *Português* N.o 128/92, Processo 260/90, 2a Secção; AcTC *Português* N.o 129/92, Processo 329/90. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 34.

⁴⁰⁸ Traducción libre: Su lanzamiento en el comercio sin la autorización del retratado. *Vid.* Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 34.

⁴⁰⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 34.

⁴¹⁰ *Ibíd.*

⁴¹¹ *Ibíd.*

4. Reino Unido

En Reino Unido, al no existir el *tort de invasion of privacy* como en Estados Unidos, existe la institución jurídica de la *vulneración de confianza (breach of confidence)*, que junto con la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (aplicación posible en UK tras la *Human Rights Act de 1998*), forman un auténtico sustento legal para tutelar el derecho a la intimidad y propia imagen de las personas.⁴¹²

Prueba de ello, es la sentencia reciente del caso derivado del matrimonio de los actores y celebridades, Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones, la cual, en palabras del magistrado *Lord Walter* expone:

I now turn to breach of confidence. This House has quite recently reaffirmed that English law knows no common law tort of invasion of privacy: *Wainwright v. Home Office* [2004] 2 AC 406. But the law of confidentiality has been, and is being developed in such a way as to protect private information.⁴¹³

Asimismo, la doctrina del derecho a la intimidad y a la propia imagen, tomó fuerza a raíz de uno de los juicios más mediáticos de la época en Gran Bretaña. Es el caso de la *top model* y celebridad Naomi Campbell, contra el periódico *Daily Mail*, por publicar datos sobre su adicción a las drogas, y fotografías de la modelo saliendo de un centro de rehabilitación.⁴¹⁴

Esta controversia, al igual que la del caso *Douglas*, dio lugar a una sentencia de la Cámara de los Lores,⁴¹⁵ en la cual se llegó a las siguientes conclusiones:

1) Los detalles sobre la terapia que la recurrente recibía de Narcóticos Anónimos fueron análogos a los detalles sobre la condición médica o su tratamiento, y constituyen información privada que supone un deber de reserva; y 2) A pesar del peso que ha de darse al derecho a la libre expresión que la prensa necesita para jugar su papel de forma efectiva, ha habido una violación del derecho a la intimidad de la recurrente que no puede ser justificado.⁴¹⁶

En definitiva, la Cámara revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, ratificando la de primera instancia, la cual había concedido a la modelo

⁴¹² Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. España: InDret, Barcelona, núm. 4, 2007, p. 4.

⁴¹³ UK's House of Lords. *Douglas v. Hello*, UKHL 21, may 2nd, 2007.

⁴¹⁴ Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad*. *Óp., cit.*, p. 3.

⁴¹⁵ House Of Lords. *Campbell v. MGN Ltd*. UKHL, 22, may 5th, 2004.

⁴¹⁶ Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad*. *Óp., cit.*, pp. 4-5.

una indemnización de 2.500 libras esterlinas, más 1.000 libras adicionales, por concepto de daños agravados.⁴¹⁷

Sin embargo, existe otra corriente doctrinaria que manifiesta que en Reino Unido, no existe una tutela efectiva de estos derechos, a excepción del campo audiovisual, de la utilización de la institución basada en el contrato o *equity*, o bajo la figura de *la vulneración de la confianza*.⁴¹⁸

Aquellos que abrazan esta segunda tesis, sostienen que para los demás casos de violaciones a la intimidad o propia imagen (como las cometidas por periodistas en sus reportajes),⁴¹⁹ la única solución se sustenta en códigos de autorregulación como el *Press Complaints Commission*, el cual no otorga la facultad de acudir a un tribunal de justicia británico para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.⁴²⁰

Quienes abrazan la primera tesis, sostienen que tras la incorporación en el ordenamiento jurídico británico de la Convención Europea de Derechos Humanos (a través del *Human Rights Act de 1998*, artículo 12), se estableció que los tribunales han de dar la importancia necesaria y oportuna a la libertad de expresión, teniendo en cuenta el interés público de la información, y cualquier código de intimidad relevante.⁴²¹ Pues la ley, obliga a los tribunales de justicia a examinar y aplicar los códigos de autorregulación, para que un organismo externo pueda aplicar sus provisiones.⁴²²

Al respecto, Fayos Gardó ha precisado:

El artículo 3 del Código de la Comisión de Prensa señala: “Everyone is entitled to respect for his or her private and family life, home, health and correspondence, including digital communications. Editors will be expected to justify intrusions into any individual’s private life without consent”.⁴²³

Como podemos apreciar, no existe una posición definida en Reino Unido sobre el tratamiento jurídico del derecho a la intimidad y propia imagen de las personas. Caso distinto, es el del derecho al honor, el cual está ampliamente tutelado por el *Defamation Act de 1996*.⁴²⁴

⁴¹⁷ *Id.*, pp. 3-4.

⁴¹⁸ *Id.*, p. 4.

⁴¹⁹ *Ibid.*.

⁴²⁰ *Ibid.*.

⁴²¹ *Ibid.*.

⁴²² *Ibid.*.

⁴²³ Traducción libre: Todos tienen derecho a que se respete su vida privada y familiar, su hogar, su salud y su correspondencia, incluyendo las comunicaciones digitales. Una publicación deberá justificar las intromisiones en la vida privada de un individuo realizadas sin su consentimiento. Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 4

⁴²⁴ Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 5.

Mientras tanto, se ha generado un debate jurídico amplio, sobre la forma más adecuada de tutelar los derechos a la intimidad y propia imagen en Reino Unido. Existiendo al momento, varias posturas: Unos defienden la *equity*, otros defienden la figura del *breach of confidence* conjuntamente con la Convención Europea de Derechos Humanos, otros señalan que basta con los criterios aportados por el *Common law* de la Cámara de los Lores, y por último, otros más ambiciosos, precisan la creación de un nuevo *tort*, a través de un estatuto.

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Reino Unido (socio fundador), Portugal (1976) y España (1977) son miembros del Consejo de Europa (fundado en 1949 con el Tratado de Londres).⁴²⁵ En consecuencia, aceptaron la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el cual aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde específicamente sus artículos 8 y 10 tratan la problemática objeto de estudio de la presente investigación, sobre el respeto de la vida privada, intimidad de las personas, así como la libertad de expresión (extensión de la libertad de información) y sus límites.⁴²⁶

Dicho esto, el TEDH ha aportado jurisprudencialmente a la discusión del tema, especialmente sobre la libertad de expresión y su conflicto con el derecho al honor de las personas.⁴²⁷ No obstante, en los últimos años, dicho tribunal ha contribuido con sentencias interesantes sobre el tratamiento jurídico del derecho a la intimidad y propia imagen.⁴²⁸

Una de ellas, se ha convertido en un *leading case* sobre el asunto, piedra angular al respecto en el sistema europeo de derechos humanos. Nos referimos al mediático caso de la princesa Carolina de Mónaco, el cual versa sobre la divulgación de hechos e informaciones privadas de la princesa en Alemania, y donde el TEDH consideró que los tribunales de justicia alemanes no tutelaron correctamente los derechos de la demandante.⁴²⁹

En este sentido, la sentencia del caso *Von Hannover v. Alemania* manifiesta en breves rasgos:

1) Las fotos de la princesa Carolina la muestran en diversas escenas de su vida diaria, de un carácter absolutamente privado, tales como haciendo deportes, caminando, saliendo de un restaurante o yéndose de vacaciones; 2) El TEDH considera que ha de hacerse una distinción entre narrar hechos, incluso controvertidos, que contribuyan a un debate en una sociedad democrática, relativos a políticos en activo por ejemplo, y narrar hechos de la vida privada de un individuo que, como en este caso, no ejerce funciones oficiales. Mientras que en el primer caso la prensa ejerce su rol de perro guardián en una democracia, al contribuir a impartir información e ideas sobre materias de interés público, no lo hace así en el segundo caso; 3) El Tribunal opina que la publicación de los artículos y fotos en este caso tenía como único propósito satisfacer la curiosidad de unos lectores de cierto tipo y sin contribuir a ningún debate de interés general, a pesar de que la demandante era bien conocida del público; 4) El TEDH considera que además de la publicación de los artículos y fotos,

⁴²⁵ *Ibíd.*

⁴²⁶ *Ibíd.*

⁴²⁷ *Ibíd.*

⁴²⁸ *Ibíd.*

⁴²⁹ *Id.*, p. 6.

ha de tomarse también en consideración el contexto en que las fotos fueron tomadas, sin consentimiento de la demandante, y que además el acoso sufrido por la misma – y por *otras figuras públicas* (como los deportistas profesionales de élite) [las cursivas son mías] no puede ser descartado al enjuiciar el caso; 5) Se reitera la *fundamental importancia que tiene la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano* [las cursivas son mías], y que esta protección va más allá del círculo privado de la familia y tiene también una dimensión social; y 6) En suma: el factor decisivo de ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión debe recaer en que lo publicado *contribuya a un debate de interés general* [las cursivas son mías], lo que no se da en el caso. El TEDH considera que el público no tiene un interés legítimo en conocer cómo se comporta la demandante en su vida privada, incluso si aparece en lugares que no siempre pueden ser descritos como reclusos o privados, a pesar de que es una persona muy conocida por el público.⁴³⁰

Al final, el Estado alemán y la Princesa Carolina de Mónaco, llegaron a un acuerdo, a una transacción, en ejecución de la sentencia, mediante la cual se le debía pagar a la demandante la suma de 115,000.00 €, entre los cuales 10,000.00 € eran por concepto de indemnizaciones y los restantes 100,000.00 € eran por concepto de costas e impuestos.⁴³¹

En conclusión, podemos decir que la postura del TEDH es muy similar a la de los tribunales españoles, lo cual es positivo para los fines de la presente investigación, ya que compartimos plenamente la tesis bajo la cual los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de las figuras públicas, específicamente en este caso de los deportistas profesionales de élite, sean respetados por encima de la libertad de información de los medios masivos de comunicación, sosteniendo que, el público en general, no tiene un interés legítimo para conocer los acontecimientos de la vida privada de dichas personas.

⁴³⁰ Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sec. 3, 24 de junio de 2004. (MP: I. Cabral Barreto). Citado en Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 6.

⁴³¹ Antonio Fayos Gardó. *Los derechos a la intimidad. Óp., cit.*, p. 6.

6. Argentina

Para iniciar, es menester precisar que a partir de la reforma constitucional de 1994, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos mencionados en el texto constitucional, han alcanzado supremacía constitucional, lo cual le otorga una jerarquía similar a la carta política, lo que convierte a su aplicación en obligatoria.⁴³²

La doctrina argentina, a través de la tesis *dualista* se ha encargado de diferenciar claramente entre derecho *a la información*, de derecho *de información*, así como también entre *libertad de expresión*, la cual está dada por la emisión de ideas, opiniones, criterios y juicios, de *libertad de información*, la cual consiste en la publicación o divulgación de hechos o noticias.⁴³³

Por el contrario, existen quienes se oponen a esta tesis, y son partidarios de la tesis *unitaria*, quienes unifican la libertad de expresión con la libertad de información, aunque con distintas dimensiones.⁴³⁴

Nosotros abrazamos la tesis *dualista*, porque traza un límite entre ambas libertades, lo cual delimita su alcance, contenido y sobre todo, proyectan soluciones jurídicas al momento de prevenir, neutralizar o reparar el daño cometido derivado de la intromisión arbitraria de los medios o de terceros en la vida privada de los deportistas profesionales de élite.

En este sentido de ideas, si bien la posición *dualista* no es manifiesta en el ordenamiento jurídico argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) , basándose en el artículo 13 de la CADH y el artículo 19 del PIDCP, manifestó lo siguiente:⁴³⁵

El derecho de rectificación o respuesta, se circunscribe a las informaciones inexactas o agraviantes emitidas en perjuicio del afectado, limitándose el derecho al ámbito de lo fáctico, lo relativo a hechos cuya existencia o inexistencia puede ser objeto de prueba judicial, quedando excluido de dicho derecho, el amplio sector en el cual lo decisivo no es atinente a los hechos, sino más bien a su interpretación, al campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor.⁴³⁶

⁴³² Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia argentina*. Chile: Revista Ius et praxis, año/vol. 6, núm. 001, Talca, 2000, p. 75.

⁴³³ *Id.*, p. 76.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Petric D.A. c/ Diario Página 12*. 16 de abril de 1998, fj. 321/1-885.

Además, como vimos previamente, esta tesis es aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en el caso *Lingens*, de 8 de julio de 1996, donde se sostuvo: “Se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba”⁴³⁷; en igual sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos *Chaplinsky v. New Hampshire*⁴³⁸ y *Cohen v. California*.⁴³⁹

En definitiva, la legislación argentina ha tenido al respecto un gran avance, como se mencionó, específicamente a raíz de la reforma constitucional de 1994, sin quitarle mérito a la jurisprudencia desarrollado por la CSJN, quien dio un gran desarrollo al tema, partiendo de la *libertad de imprenta*, y ante los avances de la tecnología, dio cabida a la ahora llamada *libertad de expresión*.

Doctrinarios argentinos como Ricardo Haro, entienden por libertad de expresión:

Todo comportamiento humano que tiene a expresar o manifestar ideas, valores, sentimientos, cualquiera sea el medio utilizado (prensa escrita, oral o televisiva, manifestaciones personales o sociales; políticas o artísticas, teatro, cine, discos, casetes, disquetes, etc.)⁴⁴⁰

El derecho a la libertad de expresión e información, en Argentina tampoco es absoluto, por lo cual debe cumplir una función social, y está limitado por dos grandes principios constitucionales: 1) Principio de *legalidad* (artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional); y 2) Principio de *razonabilidad* (artículos 28 y 99, inciso segundo de la Constitución Nacional).

Para la jurisprudencia argentina: “La libertad de expresión contiene la de dar, buscar, y recibir información, porque el derecho de información de quienes viven en un Estado democrático caracteriza al periodismo moderno”.⁴⁴¹

Sin embargo, hemos manifestado que este derecho no es absoluto, posición que es compartida por parte de la doctrina argentina. Al respecto, se ha manifestado:

El derecho a la libre expresión e información no es absoluto. El lugar eminente que posee la libertad de expresión en el régimen republicano obliga a ser cauteloso cuando se trata de deducir responsabilidades por su ejercicio, pero ello no traduce el propósito de asegurar la impunidad de la prensa, por lo que *el derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los demás*

⁴³⁷ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 77.

⁴³⁸ Corte Suprema de Estados Unidos. 315 US 568, 1942.

⁴³⁹ Corte Suprema de Estados Unidos. 403 US 15, 1971.

⁴⁴⁰ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 77.

⁴⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Campillay Julio c/ La Razón, Crónica y Diario Popular*. 15-V, 1986.

derechos constitucionales [las cursivas son mías] , entre los que se hallan [...] el honor de las personas.⁴⁴²

En definitiva, podemos apreciar que la jurisprudencia y doctrina argentina nos señala que la libertad de información exige la ausencia de censura previa por parte del Estado, pero esto no quiere decir que se justifique una impunidad por delitos penales en cuanto a injurias o ilícitos civiles en contra de la honra y reputación.

Al igual que en Estados Unidos, la jurisprudencia argentina adoptó el estándar de la *real malicia*, específicamente en el caso *Vago Jorge A. c/ Ediciones La Urraca S.A. y otros*, donde la CSJN sostuvo que:

La información falsa genera responsabilidad civil y penal, según el bien jurídico afectado. La *información errónea no origina responsabilidad civil* por los perjuicios causados, si se han utilizado los cuidados, atención y diligencia para evitarlos. La *información agravante* que puede ser inexacta o no, encuentra en la injuria y la calumnia, la protección jurisdiccional a la dignidad, el honor, y la reputación de las personas. En cuanto a la responsabilidad civil, su régimen está sujeto a la ley común en la reparación o indemnización del daño causado.⁴⁴³

Doctrinarios argentinos como Ricardo Haro, manifiestan sobre el estándar o doctrina de la *real malicia* en Argentina lo siguiente:

La doctrina de la real malicia procura un equilibrio razonable entre la función e la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, *figuras públicas* (deportistas profesionales) [las cursivas son mías], y aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información de la crónica.⁴⁴⁴

En cuanto al derecho al derecho a la intimidad en Argentina, al igual que en los demás países, no ha sido fácil obtener un concepto definitivo y aceptado por la mayoría de la doctrina de ese país.

Entre tantos conceptos, tomamos como ejemplo el aportado por Romero Coloma: “Derecho de toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella”.⁴⁴⁵

Es por ello, que este derecho es la piedra angular de la presente investigación, pues implica el derecho de oponerse a toda investigación de la vida privada de deportistas profesionales de élite por terceros, así como oponerse a la divulgación de datos (auditivos, visuales, textuales), que por su naturaleza estén destinados a ser desviados de la atención mediática, del ojo público. Tomando palabras de las Jornadas

⁴⁴² Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 82.

⁴⁴³ *Id.*, pp. 85-86.

⁴⁴⁴ *Id.*, p. 86.

⁴⁴⁵ Aurelia María Romero Coloma. *Derecho a la información y libertad de expresión*. España: Bosch, Barcelona, 1984. Citado en: Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 89.

de Derecho Civil en Mar del Plata en 1993: “Preservados de la curiosidad pública, más allá de que el hecho divulgado sea verdadero o falso pues en cualquier supuesto puede afectarse a la intimidad”.⁴⁴⁶

Para la doctrina argentina, el alcance del derecho a la intimidad abarca: “los sentimientos, dolores y alegrías; a sus creencias o convicciones religiosas o políticas; la salud, enfermedades; defectos o anomalías físicas o síquicas no ostensibles; a la vida familiar, afectiva o íntima; miserias, como asimismo a su vida profesional, etc.”⁴⁴⁷

En Argentina, el derecho a la intimidad se encuentra tutelado por los artículos 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional; así como por los artículos 11.2.3 de la CADH y el artículo 17.1.2 del PIDCP; así como los artículos 115, 153 y 156 del Código Penal; así como el artículo 1071 del Código Civil y siguientes, agregados por la ley 21.173 que dispone⁴⁴⁸:

El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.⁴⁴⁹

En cuanto al derecho al honor, en Argentina está relacionado con la honra, el autoestima, el buen nombre, admiración, reputación o fama en las personas.⁴⁵⁰

Parte de la doctrina reconoce, y diferencia, al igual que en España, entre honra y honor,⁴⁵¹ para evitar confusiones posteriores, lo cual apoyamos totalmente desde nuestro punto de vista de las cosas. Es así, que el honor es la buena reputación de la persona derivada de su mérito o acciones, y es reconocida por los demás; mientras que la honra es la estima y respeto que se tiene de sí mismo.⁴⁵²

Insistimos que en el derecho al honor, está en juego una de las manifestaciones más puntuales de la personalidad humana, parte de su dignidad como ser humano. Es por ello que se busca su tutela jurisdiccional frente a los posibles agravios de terceros. No en vano, Calderón de la Barca (dramaturgo español, 1600 – 1681) manifestó: “Al

⁴⁴⁶ IX Jornadas de Derecho Civil. Argentina: Mar del Plata, 1983. Citado en: Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 89.

⁴⁴⁷ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 89.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁴⁹ Código Civil Argentino. Artículo 1071.

⁴⁵⁰ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 92.

⁴⁵¹ *Ibíd.*

⁴⁵² *Ibíd.*

rey la hacienda y a la vida se ha de dar, *pero el honor es patrimonio del alma*, y el alma solo es de Dios”.⁴⁵³

En Argentina, este derecho se encuentra tutelado bajo el artículo 33 de la Constitución Nacional; así como el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; también por el artículo 5 de la CADH, la cual está en plena concordancia con el artículo 17 del PIDCP; por último en el plano legal, se encuentra tutelado bajo el título de “los delitos contra el honor”, del Código Penal, en sus artículos 109 a 117.⁴⁵⁴

En consecuencia, podemos decir que en Argentina entre las posibles colisiones del derecho a la libertad de información con el derecho a la intimidad, honor y propia imagen, la CSJN ha manifestado:

El honor personal puede afectarse no solo a través de los delitos de injurias y calumnias cometidos por los medios de prensa, toda vez que pueda configurarse lesión injustificada que derive de un acto meramente culpable, o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar, por lo que el propietario o editor de un periódico *no puede eximirse* [las cursivas son mías] de la responsabilidad civil emergente de dichos actos, en pie de igualdad con todos los habitantes.⁴⁵⁵

Esta es la doctrina que dio origen al estándar del *reporte fiel*, o como lo señala una corriente doctrinaria argentina, el reportaje neutral.⁴⁵⁶ Estándar o doctrina que por cierto, está ausente en el derecho ecuatoriano.

Finalmente, es preciso señalar que en Argentina, al igual que en los demás países estudiados, existe el derecho de rectificación o réplica, contenido en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional, y en el artículo 14 de la CADH.

Dicho derecho opera cuando una información ha sido divulgada erróneamente, perjudicando a los protagonistas de la misma. Los elementos y su alcance son idénticos que en los demás países estudiados en la presente investigación, razón por la cual no será estudiado a fondo, para no sobrepasar el límite de contenido que debe comprender este trabajo. Es así, que dicha rectificación debe ser desarrollada dentro del mismo medio y espacio donde fue emitida originalmente el agravio hacia la intimidad, honor y propia imagen de las personas.

⁴⁵³ *Ibíd.*

⁴⁵⁴ *Ibíd.*

⁴⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso *Campillay*. Citado en: Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 93.

⁴⁵⁶ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 94.

7. Brasil

Como señalamos previamente, Brasil ha sido influenciado por Portugal (en su mayoría) y España, en cuanto a su derecho constitucional. Brasil, deseoso de suplir lagunas jurídicas en su ordenamiento jurídico, estableció que la honra, la intimidad, la vida privada y la imagen son derechos *inviolables* de la persona.⁴⁵⁷

Brasil en ese entonces no contaba con un proyecto de ley o borrador constitucional, sin embargo, se deseaba informar a los constituyentes sobre el rumbo del nuevo texto constitucional, por ello, se llamaron a las famosas *audiencias públicas*, donde prestigiosos especialistas en la rama, exponían sus criterios en las subcomisiones de la Asamblea de 1987.⁴⁵⁸

Es así, que se llamó al prestigioso jurista brasileño Cândido Mendes, para comparecer el 24 de abril de 1987 ante la Comisión de Soberanía y de los Derechos y Garantías del Hombre y de la Mujer (Subcomisión IC de Derechos y Garantías Individuales), para disertar sobre los *Novos Direitos Humanos* (Nuevos Derechos Humanos), lugar donde el derecho a la propia imagen tuvo se peculiar protagonismo.⁴⁵⁹

Junto con los “nuevos” derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen ocupó su lugar dentro la parte dogmática del texto constitucional de 1988, en su artículo 5, título II, *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (Sobre los derechos y deberes individuales y colectivos).⁴⁶⁰ Además, este derecho es mencionado en tres incisos distintos al artículo quinto, menciones que, han generado un amplio debate jurídico sobre el alcance y tutela de esos incisos, o si se existe una diferencia conceptual entre ellos.⁴⁶¹

De esta manera, el inciso X (simbología original de la constitución brasileña) inserta la *inviolabilidad personal*, junto a los demás derechos de las personalidad, como la intimidad y el honor: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral*

⁴⁵⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 40.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*

⁴⁵⁹ Al respecto, *vid.* Actas da Assembléia Nacional Constituinte, p. 63 y ss *in:* www.camara.gov.br. Cândido Mendes era Secretario General de la Comisión de Justicia y Paz, de Río de Janeiro, Presidente del Consejo de Ciencias Sociales de la UNESCO, Presidente del Conjunto Universitario Cândido Mendes y Relator de estos temas en la rechazada Comisión Afonso Arinos. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 40.

⁴⁶⁰ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 40.

⁴⁶¹ *Ibíd.*

decorrente de sua violação”.⁴⁶² De la redacción de esta norma, se puede evidenciar que el ordenamiento jurídico constitucional brasileño, reconoce la doble vertiente del derecho a la propia imagen, es decir, su facultad de explotar (positiva) o excluir (negativa) la representación gráfica de las expresiones o evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que hacen reconocible su figura humana.⁴⁶³

Desde la perspectiva de este precepto, comprobamos que la Asamblea de 1987 definió a la propia imagen como “la representación gráfica sensible y *visible* del *aspecto físico externo* de la figura humana de la persona”⁴⁶⁴

Pues, como sostiene Haddad Jabur:

é inquestionável o direito da pessoa, posto que respeitante à personalidade, em não ter divulgada a sua imagem, tenha ou não a divulgação fins lucrativos (...) retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem.⁴⁶⁵

Por lo tanto, es indudable que la imagen que está contenida en el inciso X del artículo 5 de la norma constitucional, posee una *doble* protección jurídica. Plantea Affornalli al respecto:

o direito à imagem compõe-se de elemento moral e material, resultando deste fato a alegação de que possui conteúdo duplo. O conteúdo moral se evidencia quando da proteção do interesse da pessoa que deseja impedir a divulgação de sua imagem, e o elemento material dá ao titular do direito a possibilidade de exploração.⁴⁶⁶

En consecuencia, sobre la adopción de este concepto moral y patrimonial de la propia imagen, el Tribunal Supremo de Brasil, en el caso *Cássia Kis* de 2002, aporta:

Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de

⁴⁶² Traducción libre: Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, garantizando el derecho a la indemnización por daños materiales o morales derivados de su violación. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 41.

⁴⁶³ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 41.

⁴⁶⁴ Cfr. Brasil. *O Processo Histórico da Elaboração do texto Constitucional – Assembléia Nacional Constituinte 1987-1988*. Brasília, 1993. También consultando la página web www.senado.gov.br. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 41.

⁴⁶⁵ Traducción Libre: es incuestionable el derecho de la persona, que al no haber revelado su imagen, sea o no con fines lucrativos (...) retratar y divulgar la imagen de una persona sin su conocimiento o contra su voluntad es un acto ilícito, ofensivo contra el derecho a la propia imagen. Gilberto Haddad Jabur. *Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil” in Questões controvertidas no novo código civil, v.1*. Brasil: Método, Sao Paulo, 2004, p. 11-44. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 42.

⁴⁶⁶ Traducción Libre: El derecho a la propia imagen está compuesto de un elemento material y moral, resultante de este hecho es que la demanda tiene doble contenido. El contenido moral, es evidente, cuando la protección de los intereses de la persona desea impedir la divulgación de su imagen, y el elemento material da a su titular el derecho a explotar esa posibilidad. Maria Cecília Naréssi Munhoz Affornalli. *Direito à própria imagem: a posição do novo código civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002), o direito à imagem e a atuação da mídia, o dano à imagem e sua reparação, principais defesas opostas, jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 37. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 43.

alguém, *com intuito comercial ou não*, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art.º 5o, X.⁴⁶⁷

La adopción de este concepto, nos lleva a la conclusión, que se busca la posibilidad de una indemnización mixta, es decir, moral y material, por la difusión arbitraria de la propia imagen de las personas. En los votos concurrentes de los magistrados de la sentencia previamente señalada, se puede evidenciar, que se citan dos sentencias adicionales,⁴⁶⁸ las cuales son precedentes donde se reconoció el carácter mercantil del derecho a la propia imagen.⁴⁶⁹

Recién, el inciso XXVIII del artículo 5 del texto constitucional brasileño, trata de manera taxativa, el derecho a la propia imagen, intimidad y honor de los deportistas profesionales de élite. Brasil, líder mundial en creación de superestrellas de deportes como el fútbol, sería extraño, y hasta irresponsable, que regule dicha problemática.

Por ello, el artículo 5.28 manifiesta que: “*são assegurados, nos termos da lei: a) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas*”.⁴⁷⁰

Se refiere al tan mencionado *derecho de arena*, el cual protege a su titular, que ha contribuido con su imagen en un espectáculo público, colectivo, de masas,⁴⁷¹ como los eventos deportivos. Este derecho, tiene un contexto diferenciado del inciso X del artículo 5 (inviolabilidad personal), pues se direcciona hacia la protección de los

⁴⁶⁷ Traducción Libre: Para reparar el daño moral no requiere la existencia de daño a la reputación de la persona. Lo que pasa es que, por regla general, la publicación de la fotografía de una persona con intención comercial o no, causar incomodidad, molestia o vergüenza, no importa el tamaño de esta incomodidad, molestia o que esta restricción. Puesto que existe, es el daño moral que debe ser reparado, envía la Constitución, art. 5, inciso X. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Processo RE 215984 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Carlos Velloso, 04/06/2002, Segunda Turma, Publ. DJ: 28-06-02, p. 00143, Ementa vol-02075-05, pp-00870, RTJ vol-00183-03, pp. 01096, de 4 de junio de 2002. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 43.

⁴⁶⁸ Vid. Supremo Tribunal Federal de Brasil. Processo RE 95872 / RJ - Rio de Janeiro, Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Rafael Mayer, 10/09/1982, Primeira Turma, Publ. DJ 01-10-82, p. 09830, Ementa vol-01269-02, p. 00561, RTJ vol-00104-02, p. 00801, de 10 de septiembre de 1982, donde se estableció: “A divulgação da imagem de pessoa, *sem o seu consentimento*, para ns de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a *reparação do dano*”; y, Supremo Tribunal Federal de Brasil. Processo RE 91328 / SP - São Paulo; Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. Djaci Falcão, 02/10/1981, Segunda Turma, Publ. DJ 11-12-81, p. 12605, Ementa vol-01238-02, p. 00383, RTJ vol-00103-01, p. 00205, de 2 de octubre de 1981, el cual dictaminó: “diante da utilização de fotografia, em *anuncio com m lucrativo*, sem a devida autorização da pessoa correspondente. *Indenização pelo uso indevido da imagem*. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 43-44.

⁴⁶⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 43.

⁴⁷⁰ Constitución Política de la República de Brasil. 1988, art. 5.28.

⁴⁷¹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 44.

derechos de propiedad intelectual.⁴⁷² Se tutela o protege al coautor o participe que ha creado la *obra*, así como quienes hayan participado en ella con su imagen y voz⁴⁷³ (deportistas).

El derecho de arena, es una innovación del derecho brasileño, en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.⁴⁷⁴ Este derecho, según el especialista brasileño Antonio Chaves es la: “*Prerrogativa que compete ao desportista de impedir que terceiros venham, sem autorização, divulgar tomadas de sua imagem ao participar de competição, ressalvados os casos expressamente previstos em lei*”.⁴⁷⁵

Por su parte, Oliveira Ascensão decidió aclarar el concepto aportado por su maestro Chaves, al precisar:

o direito de arena surge a propósito de um espetáculo desportivo público, com entrada paga (art. 100). Pressupõe portanto a intervenção de participantes que são genericamente designados pela lei como atletas. Todavia, o direito de arena não é atribuído ao atleta, mas sim à entidade a que esteja vinculado o atleta (ou ao clube, em linguagem mais corrente). É esta que tem o direito de autorizar, ou proibir, o aproveitamento do espetáculo [...].⁴⁷⁶

En consecuencia con lo expuesto, el titular del *derecho de arena*, es la entidad a la cual el atleta presta sus servicios profesionales bajo contrato, el cual a su vez, tendrá la tutela de la constitución brasileña en cuanto al derecho a su propia imagen por su participación individual en el espectáculo.⁴⁷⁷ Es decir, existe doble tutela, por un lado, el derecho de arena de los clubes deportivos, y por el otro, el derecho a la propia imagen de los atletas.

Esta situación, en palabras de Rodrigues da Cunha e Cruz, es muy fácil de ejemplificar en un partido de fútbol profesional: Los equipos tendrán el *derecho de arena* de negociar, autorizar, y prohibir la transmisión o retransmisión de la imagen del espectáculo en el que participan los deportistas, mientras que el jugador tendría asegurada la tutela constitucional de su derecho a la propia imagen, por su participación

⁴⁷² *Ibíd.*

⁴⁷³ *Ibíd.*

⁴⁷⁴ *Cfr.* Afirmaba José de Oliveira Ascensão (en *Direito ao Espetáculo*. Portugal: Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, núm. 366, 1987, p 41-55), que ni el ordenamiento jurídico portugués ni en cualquier otro, había una previsión análoga. Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 45.

⁴⁷⁵ Antonio Chaves. *Direito de arena*. Brasil: Julex Livros, Campinas, 1988, p. 15. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 45.

⁴⁷⁶ José de Oliveira Ascensão. *Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena*. En: *Jurisprudência brasileira, cível e comércio*, núm. 167, 1992, pp. 37-42. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 45.

⁴⁷⁷ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 45.

individual en el espectáculo.⁴⁷⁸ Tesis, que es casi unánime en la doctrina.⁴⁷⁹

Además, el literal a), del inciso XVIII del artículo 5 de la constitución, tutela constitucionalmente la *imagen participativa*, es decir, protege la participación de la persona que a través de su imagen, integra una obra colectiva.⁴⁸⁰

Asimismo, existe dentro del derecho brasileño el tan famoso *direito de resposta*, vigente en el inciso V del artículo 5 de la constitución. Artículo que manifiesta: “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”.⁴⁸¹

Este derecho tiene sus antecedentes en el artículo 29 de la Ley núm. 5250, de 9 de febrero de 1967, que dictamina:

Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem *direito a resposta ou reti cação*.⁴⁸²

En consecuencia, el Derecho brasileño buscó la creación del *derecho de rectificación*,⁴⁸³ para así, corregir informaciones no veraces difundidas sobre las

⁴⁷⁸ *Ibíd.*

⁴⁷⁹ Para estudiar mejor el *direito de arena*, vid: José de Oliveira Ascensão. *Direito ao Espetáculo*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, núm. 366, 1987, pp. 41-55; José de Oliveira Ascensão. *Uma inovação da lei brasileira: o direito de arena*. Jurisprudência brasileira, cível e comércio, núm. 167, 1992, pp. 37-42; José de Oliveira Ascensão. *Princípios constitucionais do direito de autor*. Revista brasileira de direito constitucional, núm. 5, 2005, pp. 429- 442; José de Oliveira Ascensão. *Direitos de Não-Atletas Participantes de Espetáculo Desportivo Público*. Tabulae, v.16, núm. 13, 1984, pp. 23-52; Silmara Juny de A. Chinelato e Almeida. *Direito autoral e direito de arena*. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v.1 núm. 4, 2000, pp. 79-96; João Bellini Junior. *Reflexos tributários na cessão do direito de imagem e uso do nome profissional*. Interesse Público, v.5, núm. 22, 2003, pp. 107-124; Antonio Chaves. *Direito de arena, também um direito do juiz*. Revista brasileira de educação física e desportos, v.11, núm. 50, 1982, pp. 33-35; Antonio Chaves. *Direito de arena*. Campinas: Julex Livros, 1988; Antonio Chaves. *Direito de arena*. Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, v.77, 1982, pp. 235-256; Jose Carlos Costa Netto. *Direito de arena, a defesa do atleta*. Revista brasileira de educação física e desportos, v.10, núm. 47, 1981, pp. 11-12; João Carlos Franckini. *O Contrato de imagem - artigo 42, lei n. 9.651/98 - como um instrumento à fraude*. Justiça do Trabalho, v.20, núm. 236, 2003, pp. 59-61; Luiz Antonio Grisard. *Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem*. Justiça do Trabalho, v.20, núm. 229, 2003, pp. 54-63; Eduardo S. Pimenta. *O direito de arena e a empresa de radiodifusão*. Revista jurídica mineira, v.9, núm. 109, 1994, pp. 7-12; Jose Geraldo de Jacobina Rabello. *Do Direito de arena*. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v.12, núm. 54, 1978, pp. 13-18; Mariana Ribeiro Santiago. *Direito de arena*. Revista de direito privado, v.6, núm. 22, 2005, pp. 226- 240; Joseph Robert Terrel. *O direito de arena e o contrato de licença de uso de imagem*. Revista do Direito Trabalhista, v. 9, núm. 11, 2003, pp. 17-21. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 45-46.

⁴⁸⁰ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 45-46.

⁴⁸¹ Constitución Política de la República de Brasil. 1988, artículo 5.5. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 46.

⁴⁸² Brasil: Lei núm. 5.250, de 9 de febrero de 1967, artículo 29. Citado en: Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 46.

⁴⁸³ Marc Carrillo. *Derecho a la Información y Veracidad Informativa (Comentario a las SSTC 168/86 y 6/88)*. España: Revista Española ele Derecho Constitucional, año 8, núm. 23, Mayo- Agosto 1988, pp.

personas, en aras de la tutela de los derechos a la intimidad, propia imagen, honor, identidad personal, etc., es decir, de los derechos de la personalidad. Doctrinarios como Carrillo y Rodrigues da Cunha e Cruz, manifiestan que además se buscó con la inserción del inciso V, asegurar la indemnización del daño a la propia imagen.⁴⁸⁴

No obstante, existe una tesis a favor de que la concepción de la palabra *imagen* tratada en el inciso V, difiere del concepto esgrimido en el inciso X. Según esta tesis, la mayoría de autores en Brasil, divide al derecho a la propia imagen en dos conceptos: 1) Imagen-retrato (inciso X), tutela las exteriorizaciones de la personalidad humana; y 2) Imagen-atributo (inciso V), que tutela la imagen social del individuo, la cual es derivada, de las relaciones sociales del mismo.⁴⁸⁵

Rodrigues da Cunha e Cruz considera que gran parte de los autores brasileños confunden el concepto de la *imagen-atributo*, con el honor o el derecho a la *identidad personal*.⁴⁸⁶ Para el autor, muchos de los defensores de esta tesis creen que los conceptos *reputación* y *fama* están protegidos por el derecho a la propia *imagen-atributo*, cuando por el contrario, son elementos inherentes del *derecho al honor*.⁴⁸⁷ Asimismo, Rodrigues da Cunha e Cruz pondera la tesis que existen incongruencias técnicas y jurídicas en torno a la figura de la *imagen-atributo*, así como una falta de sustento teórico-jurídico, razón por la cual, lo considera un concepto *vulgar de la imagen*, que no puede considerarse como un derecho autónomo.⁴⁸⁸ Tesis que compartimos 100% para los fines consiguientes de la presente investigación.

Fue tal la influencia constitucional española y portuguesa, que dentro del derecho constitucional brasileño, la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento, es causante de daño moral, por el cual debe existir una indemnización.⁴⁸⁹ Además, se restringe la explotación de la imagen, al consentimiento de su titular, lo cual brinda una autonomía a este derecho, con su doble vertiente, negativa y positiva, y con el entendimiento de que la publicación de la fotografía de una

187-206; Carmen Chinchilla Marín. *Sobre el derecho de rectificación*, Revista Poder Judicial, núm. 6, 1987, p. 71-82. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 46.

⁴⁸⁴ *Cfr.* El derecho de respuesta ejerce el papel de protección de un derecho individual del titular y, a la vez, actúa como una garantía de que la sociedad debe recibir una información veraz. En realidad, no se configura *materialmente* como un derecho fundamental, sino como una *garantía constitucional para la eficacia* de otros derechos e intereses legítimos. Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 46-47.

⁴⁸⁵ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 47.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Id.*, pp. 47-48.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 48.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

figura pública (como un deportista profesional de élite), sin su consentimiento, causa un malestar que debe ser protegido constitucionalmente.⁴⁹⁰

Además, existe un consenso doctrinario en el que el derecho a la propia imagen protege la “*representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos pelos quais ela possa ser reconhecida*”⁴⁹¹.

Sobre lo que no existe consenso en el derecho brasileño, es sobre si la tutela del derecho a la propia imagen alcanza a las personas jurídicas,⁴⁹² pero, como era de esperarse, al igual que en los demás países estudiados en esta investigación, la opinión mayoritaria defiende la tesis de que este derecho protege única y exclusivamente a las externalidades emitidas de la personalidad de la figura humana:⁴⁹³ “incide, pois, sobre a conformação física da pessoa”.⁴⁹⁴

Es importante, señalar que Brasil ha recogido los conceptos aportados por la jurisprudencia francesa del derecho a la propia imagen, y considera de manera análoga que la tutela de este derecho no recae exclusivamente sobre las facciones de la persona, sino también otros elementos que lo singularicen y caractericen⁴⁹⁵, como: “fisionomia

⁴⁹⁰ Silvio Romero Beltrão. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 123: “A imagem que se protege como direito da personalidade é aquela que pode ser reproduzida através de representações plásticas, compreendendo o direito que tem a pessoa de proibir a divulgação de seu retrato. A imagem é a figura, representação, semelhança ou aparência de uma pessoa ou coisa. Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como a representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar a sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade. Assim, a reprodução da imagem da pessoa não pode ser publicada ou exposta sem a devida autorização da pessoa retratada”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 48.

⁴⁹¹ Luis Roberto Barroso. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 4, vol. 16, outubro a dezembro de 2003, pp. 59-102. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 48-49.

⁴⁹² Patricia de Almeida de Torres. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 128, la cual también puede ser entendida por SOUZA (Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 84: “Sob o aspecto jurídico, o termo ganha profundidade e extensão, na medida em que se compreende como sendo a imagem da *pessoa física ou jurídica* não só o seu semblante, no aspecto físico (imagem retrato), mas também a imagem que as outras pessoas têm daquele ser (imagem atributo), vale dizer, aquela imagem que alguém faz de outrem quanto aos seus valores éticos-morais”. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹³ Alcides Leopoldo e Silva Junior., *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos, pessoas notórias, criminosos célebres, esportistas, escritores, socialites*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002, p. 14; Zulmar Antonio Fachin. *A Proteção Jurídica da Imagem; prefácio de René Ariel Dotti*. São Paulo: C. Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 47. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49

⁴⁹⁴ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 90. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹⁵ Walter Moraes. *Direito à própria imagem (I)... Óp., cit.*, p. 64; Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto Barbosa. *Direito à. Óp., cit.*, p. 24; Estela Cristina Bonjardim. *O acusado. Óp., cit.*, p. 35. Citado en

do sujeito, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa”.⁴⁹⁶

Asimismo, Brasil reconoce la tutela del derecho a la propia imagen sobre la *caricatura*,⁴⁹⁷ prevaleciendo la tesis del autor Diniz, quien afirma que la caricatura es “uma manifestação artística lícita e aceita pela sociedade, por ser uma imitação cômica da imagem, por meio de desenho, alterando os traços da pessoa de uma forma satírica”.⁴⁹⁸

En síntesis, dentro del texto constitucional brasileño, las tres normas referentes a los derechos fundamentales objeto de la presente investigación (V, X y XVIII) de la Constitución Federal brasileña, aluden a un único concepto del derecho a la propia imagen:

La facultad de aprovechar (vertiente positiva) o excluir (vertiente negativa) la posibilidad de representación gráfica de las evocaciones personales visibles del aspecto físico externo de la persona, las cuales provienen de su personalidad, las cuales, lo singulariza y hace reconocible ante la sociedad.⁴⁹⁹

Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹⁶ Uadi Lammêgo Bulos. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹⁷ Jacqueline Sarmiento Dias. *O Direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 75 y s. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹⁸ María Helena Diniz. *Direito à imagem e a sua tutela. Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar, coord. Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 102. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, p. 49.

⁴⁹⁹ Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto... Óp. cit.*, pp. 49-50.

8. *Comunidad Andina de Naciones*

En cuanto a la regulación de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), sobre la problemática aquí abordada, podemos señalar que existen dos decisiones que si bien no tratan exclusivamente dicha problemática, reiteran algunos criterios ya analizados, los cuales no hacen más que fortalecer nuestra tesis que pondera que los derechos fundamentales de las personas aquí defendidos, son el limitante del derecho a la libertad de información.

Los miembros de la CAN, es decir, Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador, aprobaron en conjunto dos decisiones que regulan de cierta manera el derecho a la propia imagen de las personas. Estas son la Decisión 351 y la Decisión 486.

La Decisión 351, dada en Lima sobre los derechos conexos, manifiesta que el autor (persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, como la imagen, aparezca en la obra)⁵⁰⁰, tiene el derecho inalienable de conservar la obra o divulgarla, así como reivindicar la paternidad de la misma, y poder oponerse ante toda deformación que vaya en contra de su honor.⁵⁰¹

Además, la decisión 351, considerando el carácter patrimonial del derecho a la propia imagen, en su artículo 13 señala que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de su obra (para efectos de este trabajo, de su propia imagen), así como la comunicación pública de la misma por cualquier medio, y la distribución pública de ejemplares o copias mediante la venta (caso de los periódicos que utilizan imágenes con fines de lucro sin el consentimiento de los deportistas profesionales de élite), arrendamiento o alquiler.⁵⁰²

En consecuencia, la decisión 351 sobre derechos conexos, reitera y reconoce la doble vertiente del derecho a la propia imagen, en cuanto a su facultad positiva o negativa. Es por ello que el autor de una obra puede aceptar su divulgación o negarse a que se conozca por el público (carácter y reconocimiento del derecho a la intimidad).

Dicha decisión, entiende por reproducción: “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.⁵⁰³

⁵⁰⁰ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Artículo 8. Dada en Lima, Perú, de 17 de diciembre de 1993.

⁵⁰¹ *Id.*, artículo 11.

⁵⁰² *Id.*, artículo 13.

⁵⁰³ *Id.*, artículo 14.

Asimismo, se entiende por reproducción pública:

[...] todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones, y ejecuciones públicas de las obras⁵⁰⁴ [...], mediante cualquier medio o procedimiento [...].⁵⁰⁵

Por su parte, la decisión señala limitaciones y excepciones al derecho a la propia imagen reconocido tácitamente en dicho cuerpo jurídico. Al respecto, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, la reproducción de su obra con fines educativos, en la medida *justificada* por el fin que se persiga y que su utilización sea conforme a los usos honrados y *no contenga directa e indirectamente fines de lucro*.⁵⁰⁶ Tesis que compartimos totalmente, porque al reconocer la doble vertiente del derecho a la propia imagen, y su carácter patrimonial, se reconoce tácitamente el respeto del derecho a la intimidad y honor de las personas.

Otra limitante es que se pueden reproducir por los medios masivos de comunicación y poner al alcance del público, con ocasión de informaciones relativas a *acontecimientos de actualidad*, por medio de la fotografía, cinematografía, radiodifusión, transmisión pública por cable, etc., obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos (fotografías de deportistas profesionales practicando su deporte en una competición oficial), en la medida *justificada* por el fin de la información.⁵⁰⁷ Evidentemente, este artículo reconoce el derecho a la libertad de información, sin embargo lo hace con un carácter limitado, ya que dicha información debe ser *justificada*. Tesis más que análoga con nuestra posición respecto del conflicto entre los derechos fundamentales aquí estudiados.

La Decisión 351, en su Capítulo X sobre “Los derechos conexos”, señala que en caso de conflicto, se *estará a lo que más favorezca al autor*.⁵⁰⁸ Asimismo, ratifica la doble vertiente del derecho a la propia imagen, precisando que el autor puede autorizar o prohibir la *comunicación al público* en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones (en el tema que no atañe, de la propia imagen del deportista profesional).⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ Por ejemplo, las actuaciones públicas de los deportistas profesionales.

⁵⁰⁵ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Artículo 15. Dada en Lima, Perú, de 17 de diciembre de 1993.

⁵⁰⁶ *Id.*, artículo 15.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ *Id.*, artículo 33.

⁵⁰⁹ *Id.*, artículo 34.

Por último, en cuanto al derecho al honor, la Decisión 351 señala que los autores pueden oponerse a toda deformación, mutilación, o cualquier otro *atentando* sobre su interpretación o ejecución, lo cual lesione su honor, honra, prestigio y buena reputación.⁵¹⁰

En cuanto a la Decisión 486⁵¹¹ del Acuerdo de Cartagena, referente al *Régimen Común Sobre Propiedad Industrial*, consideramos pertinente citar lo expuesto por Otero Lastres en la Revista Jurídica *Iuris Dictio*, publicada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito:

[...] La Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena [...], contiene un verdadero Sistema de Marcas, es decir, un conjunto de principios y reglas racionalmente enlazadas entre sí sobre la materia de las marcas [...]. La Decisión 486 ha introducido importantes variaciones en lo que se refiere al concepto y requisitos de la marca. Así, cabe destacar que el legislador andino ha optado acertadamente por el sistema seguido por numerosas leyes europeas, entre las que figura la española,⁵¹² de establecer el concepto de marca a través del doble camino de formular una definición, y de acompañarla de una enumeración ejemplificativa de signos registrables como marca.⁵¹³

En el tema que nos atañe, la Decisión 486 trata brevemente la problemática objeto de estudio en su sección sobre las *prohibiciones de registro*. Al respecto, igual que sucedía en la reemplazada Decisión 344, se agruparon dos categorías de prohibiciones diferentes: Las absolutas y las relativas, a la luz de la interpretación del artículo 172 de la Decisión, que regula la nulidad del registro, el cual permite afirmar que se está ante dos grupos de prohibiciones cuya infracción produce consecuencias diferentes.⁵¹⁴

En este contexto, la Decisión 486 dedica el artículo 136 a regular las *prohibiciones relativas de registro*, establecidas porque afectan a derechos de terceros⁵¹⁵ (perfectamente pueden ser los deportistas profesionales de élite), tal cual nos indica el primer párrafo de dicho artículo.⁵¹⁶

Al respecto, el literal e) del artículo 136 de dicha Decisión señala:

e) Consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas

⁵¹⁰ *Id.*, artículo 35.

⁵¹¹ Decisión que reemplazó a la Decisión 344 de la Comisión de la Comunidad Andina.

⁵¹² Una vez más podemos apreciar la enorme influencia que tiene el derecho español sobre el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁵¹³ José Manuel Otero Lastres. *Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena: Un completo análisis del Régimen Marcario Subregional*. *Iuris Dictio*: Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Editorial AH, año 2, núm. 4, agosto de 2001, p. 7.

⁵¹⁴ *Id.*, p. 11.

⁵¹⁵ *Id.*, p. 16.

⁵¹⁶ Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Artículo 136. Dada en Lima, Perú, de 14 de septiembre de 2000.

jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial, tratándose del nombre, apellido, firma, título, hipocorístico, seudónimo, *imagen* [cursivas son más], retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante o identificada por el sector pertinente del público como una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos.⁵¹⁷

En definitiva, podemos apreciar que esta Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, regula expresamente el derecho a la propia imagen, reconociéndolo y tutelándolo ejemplarmente, a diferencia de la Decisión 351, que reconoce el derecho a la propia imagen, honor e intimidad de las personas de una manera tácita y sutil.

En nuestra opinión, la regulación de la Comunidad Andina sobre la problemática que nos atañe es limitada, ya que nada se dice sobre el conflicto del derecho a la propia imagen con el derecho a la libertad de información de las personas, situación que sucede de la misma manera en Ecuador, y razón por la cual hemos desarrollado la presente investigación.

⁵¹⁷ *Id.*, literal e).

9. Análisis de Casos

A continuación, probaremos que el tema abordado en la presente investigación está muy presente en la realidad jurídica mundial. Dicho conflicto no siempre es igual, pues adopta diversas situaciones y partes involucradas, como por ejemplo atletas que demandan a medios de comunicación localizados a miles de kilómetros de donde ellos desarrollan su actividad profesional, por el mero hecho de haber publicado noticias perniciosas, no veraces y de mala fe en perjuicio de su intimidad y honor.⁵¹⁸

Procuramos que los casos aquí estudiados sean diversos y traten sobre varios deportes, demostrando así que esta problemática es un mal que afecta a todo deportista profesional de élite. Además, hemos añadido uno que otro *leading case* sobre el tema, que si bien no tienen como protagonistas a deportistas profesionales, pero si figuras públicas, aportan criterios valiosos para *a posteriori*, poder brindar una solución en aras de la tutela de los derechos fundamentales de los deportistas profesionales de élite.

Jugadores del FC Barcelona (Litisconsorcio) v. Telemadrid y Micanoa⁵¹⁹

La especie, trata sobre un escándalo generado por la prensa española el 19 de enero de 2002, cuando los demandados difundieron la noticia de que 5 jugadores del Fútbol Club Barcelona (en adelante FCB), habrían mantenido una presunta orgía sexual en el Hotel *Hesperia de Madrid*, la noche anterior a la disputa de un partido por la Liga Española contra el Rayo Vallecano.

Las repercusiones legales no tardaron en aparecer, y los 5 jugadores afectados, interpusieron una demanda en el Juzgado 1ª, Instancia núm. 43 de Barcelona, por la intromisión ilegítima de dichos medios en sus derechos a la intimidad y honor.

El juez que conoció la causa, condenó al medio *Micanoa* y a su director Fernando Jáuregui, al pago por concepto de indemnización de 20.000,00 € a cada

⁵¹⁸ Este es el caso del futbolista uruguayo, Luis Suárez, quien presentó una querrela por difamación en contra del *Diario La Nación* de Argentina, por haber publicado una supuesta entrevista donde el jugador manifestaba que había sido maltratado por su padre cuando niño, y que su infancia estuvo marcado por la violencia intrafamiliar y el alcohol, afirmaciones que sacaron de órbita al jugador, quien afirma que son difamaciones y noticias no veraces, además de ser noticias violatorias de su intimidad y honor. Para más información del caso, *vid.*, http://www.marca.com/2011/03/05/futbol/futbol_internacional/america/1299284232.html. (acceso: 30/3/2011).

⁵¹⁹ Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona. Sentencia de 7 de febrero de 2003.

futbolista; asimismo, se condenó a *Telemadrid* a indemnizar a los afectados con 100.000,00 € a cada jugador.

La sentencia considera que las partes demandadas cometieron una intromisión arbitraria e ilegítima en la intimidad, lo que generó afectaciones en el derecho al honor de Patrick Kluivert, Phillipe Cocu, Gabriel García, Gerard López y Dani García, razón por la cual se ha condenado a los medios a indemnizar pecuniariamente a los deportistas profesionales de élite, así como publicar la sentencia de dicho caso en los medios informativos donde fueron mostradas las difamaciones e informaciones perniciosas.

La sentencia, siguiendo la mayoritaria corriente doctrinaria a nivel mundial, señala que para que la intimidad y honor de los deportistas no se hubieran visto lesionados, la información que difundieron tenía que ser *veraz*: “Cuando la información no es veraz no existe derecho a comunicarla y cualquier agresión al honor o a la intimidad es ilegítima”,⁵²⁰ precisa el fallo. Asimismo, el fallo manifiesta que “no existe el menor indicio que permita sostener la veracidad de la noticia”,⁵²¹ por lo que es evidente que los medios de comunicación demandados debían probar los hechos, cosa que no hicieron.

En este contexto, al no haber sido acreditada ni verificada la información, el derecho a la libertad de información no puede amparar a los demandados, por no cumplir el requisito constitucional de veracidad. Es así, que en la audiencia oral, celebrada el 21 de enero de 2002, ni el canal madrileño, ni el portal digital, aportaron prueba alguna para demostrar la supuesta orgía de los deportistas.

El fallo señala:

Al proceso judicial no se ha traído comprobante alguno del presunto pago realizado ni de la identidad de las señoritas intervinientes y ni siquiera de la factura de la habitación. Cuando en la publicación de la noticia se hizo referencia a cuestiones tan concretas como el número de habitación del hotel, o que se pagaron los supuestos servicios de las señoritas por medios electrónicos (tarjeta de crédito de uno de los futbolistas presuntamente intervinientes). [...] Se vulneró el prestigio profesional de los jugadores, ya que se afirmó que los jugadores celebraron la “presunta fiesta” a la víspera de un partido de fútbol, así como vulnerar su vida personal al hablar de su sexualidad.⁵²²

Por lo tanto, debemos entender que el derecho a la libertad información no es ilimitado, y debe encontrar sus límites en los demás derechos fundamentales de los demás, especialmente la intimidad, honor y propia imagen de las personas. Como señala

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ *Ibíd.*

⁵²² *Ibíd.*

la frase popular, “el derecho de uno termina donde comienza el derecho de los demás”, frase que ha sido utilizada reiteradas veces por el Tribunal Supremo Español y el Tribunal Constitucional de ese país,⁵²³ con el fin de hacernos entender que existe una intimidad que salvaguardar, un honor que proteger, y un una imagen que respetar.

González v. VTR⁵²⁴

El siguiente caso trata sobre un recurso de protección planteado en Chile, por el padre del famoso tenista Fernando González, en contra del canal de televisión VTR, el cual se aprovechó de una campaña publicitaria, para utilizar y difundir la imagen del deportista profesional sin su consentimiento.

La Corte Suprema de Justicia de ese país señaló, que el artículo 19.24 de su Constitución se estima vulnerado porque la imagen corporal es un atributo de la persona, y como tal, compete a la misma la explotación de la misma con fines publicitarios o lucrativos; es decir, conforma un derecho incorporal protegido por la norma constitucional.⁵²⁵

Asimismo, la Corte sostuvo que la persona que está siendo vulnerada es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos por el deportista a lo largo de su carrera profesional, mediante su esfuerzo individual. Por lo cual, el uso de ilustraciones donde aparezca el deportista de élite, tendrán ciertamente una influencia decisiva sobre el público consumidor, a favor del anunciante, quien usufructúa del beneficio económico, generando un perjuicio al recurrente.

Por último, la Corte precisó que la empresa, para poder contar con la imagen del deportista profesional en su campaña, ha debido contar con el consentimiento del mismo, quien por su parte, es la única persona facultada para otorgarlo, y si lo hace, fijará las condiciones que estime necesarias. En consecuencia, en este caso no ocurrió esto, por ende, la difusión denunciada constituye una conducta ilegal que trasgrede la norma constitucional chilena.

⁵²³ SportLex. *¿Es el deportista un personaje público?*. http://www.sportlex.com/articulo_ley_del_deporte/es-el-deportista-un-personaje-publico. (acceso: 17/10/2011)

⁵²⁴ Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol No. 3479-03, de 29 de septiembre de 2003.

⁵²⁵ Humberto Nogueira Alcalá. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y Caracterización*. Chile: Revista Ius et Praxis, año 13, núm. 2, 2007, p. 267.

Zamorano v. VTR Global Com. S.A.⁵²⁶

El presente litigio, trata sobre el ex jugador chileno del Real Madrid, Iván Zamorano, quien planteó recurso de protección en contra de la empresa VTR Global Com. S.A., por el uso y difusión de la imagen del deportista sin su consentimiento.

Esta imagen fue utilizada con aprovechamiento comercial a través del canal de televisión por cable *Fox Sports Premium*, el cual transmite los partidos de la Copa Santander® Libertadores de América.

La Corte de Apelaciones de Santiago, manifestó que era evidente que la fotografía del deportista había sido expuesta sin contar con su anuencia, y que el derecho a la propia imagen es derivado del derecho de propiedad conforme el artículo 19.24 de la carta política, por ser un bien incorporal que pertenece a las personas por el mero hecho de formar parte de la especie humana.

Por último, la Corte precisó que el derecho a la propia imagen constituye uno de los atributos de la personalidad, los cuales pueden ser dispuestos exclusivamente por el sujeto mismo, sin que nadie pueda beneficiarse de ellos sin su consentimiento.

Chilavert v. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.⁵²⁷

En la especie, el ex portero paraguayo, demandó daños y perjuicios derivados de la reproducción indebida y sin su consentimiento de su imagen en revistas y publicaciones emitidas por la demandada, a través de su concurso “El Gran DT”.

Este caso fue resuelto por la justicia civil de la Capital Federal argentina, la cual rechazó las pretensiones indemnizatorias del ex futbolista de Vélez Sarsfield, en contra de la empresa propietaria de varios medios de comunicación, entre ellos el diario “Clarín” y el Canal 13 de televisión.

La demanda fue rechazada en ambas instancias, porque para dicho tribunal de justicia, la reproducción de la imagen del deportista fue realizada dentro del ámbito del concurso, al respecto se dijo:

Resultando ser imágenes captadas durante un espectáculo deportivo, desarrollado en público y de interés público, en las cuales la figura del retratado es uno de sus elementos, pudiendo incluso admitirse la existencia de un consentimiento

⁵²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol No. 1009-2003, de 8 de mayo de 2003.

⁵²⁷ Al respecto, *vid.* Pablo C. Barbieri. *Representación de Deportistas. Óp., cit.*, p. 132.

tácito para la reproducción de dicha imagen encuadrada en aquel acontecimiento, por lo que la limitación del derecho subjetivo se halla por completo justificada.⁵²⁸

Como puede verse, en este caso la jurisprudencia siguió parte de la corriente norteamericana, la cual no tutela mucho el derecho a la propia imagen de los deportistas profesionales.

Posición que no compartimos para los fines de la presente investigación, ya que consideramos que la difusión de la imagen del deportista fue arbitraria, sin su consentimiento previo, además, el fin del uso de la imagen de un deportista tan mediático como Chilavert, fue con fines comerciales, mas no informativos ni científicos, pues se buscó incrementar la aceptación colectiva de tal concurso, a costas de la notoriedad del ex portero paraguayo, y de esta manera, generar mayores réditos económicos para la empresa organizadora de dicho concurso.

Bilney v. Evening Star Newspaper Co.⁵²⁹

El siguiente caso, por su trascendencia en la jurisprudencia norteamericana, llegó a constituirse en un *leading case*, el cual es un precedente aplicable por los jueces en casos análogos.

El caso trata, sobre la demanda que plantearon los miembros del equipo de básquet de la Universidad de Maryland, hacia dos periódicos. Estos medios de comunicación masiva, publicaron un artículo respecto de ciertos jugadores del equipo, cuyo rendimiento académico, condicionaba su elegibilidad dentro del mismo.

Los jugadores, por su parte, basaron la demanda en el ilícito de la *invasión a la intimidad*. La corte, basándose en el ya previamente mencionado *Restatement (Second) of Torts*, específicamente en su sección 652, sostuvo que los jugadores eran figuras públicas.

Además, la Corte precisó que existía un amplio interés público en dicho equipo de básquet. En consecuencia, cuando el rendimiento académico de ciertos jugadores condicionaba su elegibilidad dentro del equipo, la intimidad o privacidad de dichos hechos disminuía.

⁵²⁸ *Id.*, p. 133.

⁵²⁹ Maryland Court of Appeals. 406 A.2d 652, 1979.

Asimismo, la Corte manifestó, que la publicación de la relación entre su bajo rendimiento académico con la elegibilidad dentro del equipo, no era irrazonable, así como tampoco contravenía la costumbre y el orden público.

Como se mencionó, dicha decisión fue basada en el *Restatement (Second) of Torts*, sección 652D. Dicha sección, manifiesta que una figura pública *no puede quejarse* cuando la publicidad que se le dio fue buscada por éste, así sea negativa. Además, dicha sección sostiene que la publicidad de figuras públicas *no se encuentra exclusivamente limitada* a los hechos particulares que generan interés en la colectividad.

Para la jurisprudencia norteamericana, el legítimo interés público sobre dichas figuras, *se extiende hacia ciertos asuntos de su intimidad*.

Sin embargo, la Corte sostuvo que este derecho a publicar los hechos íntimos de las figuras públicas, no es un derecho ilimitado, y su límite está circunscrito en el orden público, la moral, y las buenas costumbres. Al respecto se emitió el siguiente comentario: “The line is to be drawn when the publicity ceases to be the giving of information to which the public is entitled and becomes a morbid and sensational prying into private lives”.⁵³⁰

En consecuencia, este caso representa la difícil carga que los deportistas profesionales deben soportar para ganar un caso por invasión a su intimidad en los Estados Unidos. Según la doctrina, los jugadores del equipo de Maryland no tuvieron éxito con su demanda porque el artículo no invadía una zona íntima o privada.⁵³¹

A modo de conclusión sobre este caso, se refleja la dificultad que una persona catalogada como “figura pública” tiene para recuperarse de una intromisión arbitraria en su intimidad. Según la jurisprudencia y parte de la doctrina norteamericana, las figuras públicas *deben aguantar más* la publicidad en torno a sus vidas privadas, que aquellos que no lo son;⁵³² y como la mayoría de los deportistas profesionales se encasillan en el *status* de figuras públicas, es muy difícil para ellos obtener una tutela bajo la teoría del *invasion of privacy*.⁵³³

⁵³⁰ Restatement (Second) of Torts. Section 652D, comment.

⁵³¹ Glenn M. Wong. *Essentials of Sports Law. Óp., cit.*, p. 94.

⁵³² *Ibíd.*

⁵³³ *Ibíd.*

Camerlinckx v. Editorial Arte Gráfico Argentino S.A y otros⁵³⁴

En el presente litigio, se dio la publicación de una fotografía del jugador del seleccionado argentino de rugby argentino, Pablo Camerlinckx, en unos cupones que se entregaban con el *Diario Olé*, a un módico precio adicional (ánimo de lucro con la imagen del deportista profesional). Como parte de una promoción de venta de pelotas de playa con el logo de dicho diario, todo esto, en contra de su voluntad. Dicha fotografía, fue obtenida en una playa pública, y aunque el fotografiado, no apareza jugando al rugby, dicha captación, reproducción y posterior divulgación fue ilegítima en contra de su derecho de propia imagen e intimidad.

Las fotos eran tan persuasivas, que insinuaban que el deportista realizaba una práctica deportiva o juego de entrenamiento con la pelota objeto de la promoción comercial, por lo que evidentemente se comprometía y vinculaba su imagen con dicho producto promocionado, lo que constituye según la jurisprudencia y legislación argentina, un ilícito civil.

En consecuencia, el tribunal condenó al medio de comunicación al pago de \$8.000,00 USD por concepto de daño moral del deportista, monto que según la doctrina argentina fue insuficiente.

Al respecto, Balmaceda ha manifestado:

El daño moral que la sentencia lo fijara en la suma de \$ 8.000 creo que debe ser incrementado, porque varios testimonios rendidos en autos demuestran la inquietud y pesadumbre sufrida por el actor, al ver involucrada su imagen en una campaña publicitaria de un diario deportivo, cunado por su condición de deportista amateur no hubiera podido prestarse a ello, bajo el riesgo de ser sancionado por los órganos disciplinarios de la federación deportiva.⁵³⁵

Por último, la sentencia dispuso que el diario condenado publique una aclaración donde sea manifiesto que el uso de la fotografía del deportista no obedecía a un contrato entre las partes, mas bien un uso arbitrario de la propia imagen del atleta. Medida de reparación, que para los fines de la presente investigación, consideramos más que oportuna y justa, con el fin de tutelar los derechos fundamentales aquí estudiados de los deportistas profesionales de élite.

⁵³⁴ Al respecto, *vid.*, José R. Balmaceda. *El contrato de trabajo deportivo. Óp., cit.*, pp. 130-139.

⁵³⁵ Al respecto, *vid.*, test de fs. 397, 394/5, 392, 453/455, 518; infs., de fs. 283, 297 y 494/495.

New York Times Co., v. Sullivan⁵³⁶

En el presente caso, los hechos fueron así: Se publicó en el diario una campaña bajo el título: “Escuchad voces clamorosas”. Dicha publicación denunciaba hechos falsos, en los que se imputaban a la Policía de Montgomery, Alabama, sobre comportamientos discriminatorios hacia militantes de raza afroamericana. El Jefe de la Policía de aquel entonces, demandó al diario y a los firmantes de dicha publicación.

La Corte Suprema de Estados Unidos, en 1964, revocó los fallos de las instancias anteriores, y sostuvo que:

La garantía constitucional exige una regla federal que prohíba a un funcionario público resarcirse por daños a raíz de una falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial, a menos que demuestre que la declaración fue hecha con *malicia verdadera*, es decir, con *conocimiento de que era falsa o con temeraria negligencia respecto de si era o no falsa*.⁵³⁷

En definitiva, la Corte Suprema de Estados Unidos, precisó que un funcionario o autoridad pública no tenía derecho a ser indemnizado por reportajes y publicaciones falsas y difamatorias, a no ser de probarse de manera irrefutable que el demandado sabía de la falsedad de la publicación, o que actuó con desprecio temerario, concepto que es conocido por la doctrina como, el *estándar de malicia*.

Posteriormente, la Corte Suprema utilizó en varios casos esta estándar, que según algunos autores es conocido bajo el nombre de la *doctrina de la real malicia* o del *descuido temerario*,⁵³⁸ así como, se extendería posteriormente hacia toda persona pública.⁵³⁹

⁵³⁶ US Supreme Court. 376, US 254, 1964.

⁵³⁷ Ricardo Haro. *Derecho a la libertad de información. Óp., cit.*, p. 84.

⁵³⁸ *Ibíd.*

⁵³⁹ Sobre una discusión detallada del tema, *vid.* Sección 580A del Restatement (Second) of Torts de 1967.

Time, Inc. v. Hill⁵⁴⁰

En el presente caso, se genera un concepto y estándar importantísimo para posteriormente poder dar nuestra propuesta al problema planteado en la presente investigación.

El caso trata de que una revista publicó un reportaje ilustrado sobre una obra de teatro basado en la vida real. El problema yace en que la obra, contenía hechos ficticios que eran catalogados como reales, los cuales eran imputados a los personajes representados en la obra.

La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que la primera enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos protege a los reportajes con fines noticiosos e informativos. Estos asuntos, pueden ser publicados, a menos que, el dolo, la mala fe y la malicia sean notorias. Por lo tanto, bajo el precedente *Sullivan* mencionado previamente, se concluyó que el *estándar de malicia* aplica contra los reportajes y publicaciones que hayan sido atentatorios contra la intimidad de la persona, en el contexto del desmerecimiento ante la opinión pública o *false light*.

El estándar de la malicia o dolo debe ser aplicado, así el/la demandante sea una persona privada que no buscaba dicha publicidad.

No obstante, la vigencia de este precedente está en duda en los Estados Unidos. Pues, el caso *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.* de 1970, extendió el estándar de malicia introducido en *Sullivan*, hacia autoridades, personajes públicos y en general, hacia todas las cuestiones que sean de interés público. Pero, el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* de 1974, limitó el *estándar de malicia* exclusivamente a los casos de autoridades y personajes públicos, pero exigiendo un *estándar de negligencia*, en otros casos. Situación que ha dejado al precedente *Hill* en un estado de incertidumbre sobre la validez de su aplicación.

⁵⁴⁰ U.S. Supreme Court. 385 U.S., 374, 1967.

Ettore v. Philco Television Broadcasting Corp.⁵⁴¹

En el presente caso, un famoso boxeador de Pennsylvania, demandó en los tribunales federales a la televisión de Filadelfia, por concepto de una indemnización derivada de la retransmisión en esa ciudad y en Nueva York, de antiguos campeonatos de boxeo sin el consentimiento del deportista.

En primera instancia se falló a favor de la parte demandada. No obstante, el 17 de enero de 1956, el Tribunal de Apelaciones Federal del circuito tercero, sostuvo que para la retransmisión de este tipo de espectáculos masivos, es necesario el consentimiento de sus participantes y protagonistas.

En definitiva, se sostuvo que el deportista tenía derecho a tal indemnización al haber sido difundida su imagen con fines comerciales, sin el consentimiento del mismo.

Facenda v. NFL Films, Inc.⁵⁴²

En la presente disputa legal, el hijo del famoso John Facenda, demandó la licencia del uso de la voz de su padre por parte de NFL Films, en el videojuego *Madden NFL 06*, lo cual, para el demandante era una invasión a la intimidad de su padre.

Además, consideraba el actor que era una violación flagrante al *Lanham Act*, así como un uso no autorizado de la imagen y nombre de su padre.

John Facenda era el legendario narrador de NFL Films, catalogado como “La Voz de Dios”, y destacó desde 1965, hasta su posterior muerte en 1984. En los meses previos a su muerte, Facenda firmó por primera vez un contrato laboral, el cual incluía una cesión sobre sus derechos de audio y video, siempre y cuando el uso dado a su voz no constituya un endoso de ningún producto o servicio.

La corte sentenció que el uso de la voz de John Facenda constituía un endoso hacia el videojuego, y que consecuentemente era un uso no autorizado de su propia imagen.

⁵⁴¹ USPQ. 187, 58 A.L.R.2d 626, 108.

⁵⁴² US Supreme Court. 488 F. Supp. 2d 491 (E.D. Pa.), 2007.

ETW Corp v. Jireh Publishing Inc.⁵⁴³

En la presente discordia, el autoproclamado “artista del deporte”, Rick Rush, creó 5000 estampas y láminas “edición limitada” de un cuadro creado por él, conmemorando la histórica victoria en el Masters de 1997 del golfista Tiger Woods, quien demandó la infracción de su marca y su derecho a la propia imagen.

La Corte estableció, que la obra venía acompañada de un certificado de autenticidad y que el paquete que cubría el cuadro incluía una declaración del artista donde expresaba su deseo de crear “arte de verdad” sobre el deporte.

Además, la Corte encontró que la obra del artista no era un mero poster, o un ítem de *sports merchandising*, sino que era una creación artística derivada del talento del autor, quien buscaba expresar un mensaje, y por ende, debía obtener una tutela constitucional.

En este sentido, la Corte sostuvo que el *right of publicity* del deportista fue sustituido por la Primera Enmienda de la Constitución Federal, y en consecuencia, la venta de la obra artística no podía ser prohibida.⁵⁴⁴

C.B.C. Distribution and Marketing, Inc. v. Major League Baseball Advanced Media, L.P.⁵⁴⁵

El presente litigio, trata sobre la liga profesional de baseball de los Estados Unidos (MLB), quien en un intento por sacar el máximo provecho económico de la industria deportiva, formó la *Major League Baseball Advanced Media* (MLBAM). En 2005, la MLBAM firmó un contrato de \$50 millones de dólares anuales con la *Major League Baseball Players Association* (MLBPA), en donde adquirieron los derechos de imagen electrónicos de los deportistas, incluyendo los derechos para ser utilizados en juegos de fantasía deportivos.⁵⁴⁶

⁵⁴³ US Supreme Court. 99 F. Supp. 2d 829 (N.D. Ohio 2000), *aff d*, 332 F. 3d 915 (6th Cir.), 2003.

⁵⁴⁴ *Cfr.* Dos comentarios antagónicos respecto de la sentencia y el debate acerca del conflicto entre libertad de expresión y right of publicity pueden encontrarse en la revista DePaul Journal of Sports Law & Contemporary Problems año 2002-2003; Jennifer M. Karrels. *Just Short of the Green: Sixth Circuit and the Right of Publicity*; y Matt Link. *Tiger Woods Loses At Augusta: Courts Say: Rick Rush Gets the Green Jacket*. Citado en: Ariel N. Reck. *Figuritas y Derecho. Óp., cit.*, p. 151.

⁵⁴⁵ US Supreme Court. 443 F. Supp. 2d 1077 (E.D. Mo. 2006), *aff d*, 505 F.3d 818 (8th Cir. 2007), *cert., denied*, 128 S. Ct. 2872, 2008.

⁵⁴⁶ Sobre los juegos de fantasía deportivos, *vid.* Robert T. Ferguson Jr. *Extreme Makeover: Redefining Athlete's Identities in a Fantasy World*. 14 Villanova Sports and Entertainment Law Journal, no. 287, 2007; and Ryan T. Holte. *The Freedom To Imagine Fantasy Sports: Applying New Ideas in Copyright*

Posteriormente, la MLBAM otorgó la licencia a creadores de juegos de fantasía deportivos como ESPN y Yahoo!, para que puedan utilizar la imagen, nombres, datos biográficos e identidad de los deportistas en dichos juegos. Sin embargo, antes de 2005, la MLBPA ya había vendido estas licencias.

Luego, cuando la MLBAM se negó a ofrecer una licencia a *C.B.C. Distribution and Marketing* (CBC) como la que ya tenía la MBLPA, CBC entabló una demanda buscando que se declare que la imagen, nombres, identidad y datos de los jugadores estaban en el dominio público, y que el uso no autorizado de dicha información para nuevos juegos de fantasía deportiva, no constituían una violación al *right of publicity* de estos deportistas profesionales.

En juicio, la Corte aceptó que los nombres y estadísticas de los jugadores, carecían de la originalidad necesaria para ser resguardada bajo los derechos autor, y que además, bajo los derechos tutelados en la Primera Enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos (libertad de expresión, libertad de información/prensa), los derechos de CBC prevalecen sobre el derecho de los deportistas profesionales para controlar su publicidad.

Como consecuencia del fallo, en enero de 2008, ESPN optó por no firmar un contrato de licencia con la MLBAM por 7 años y un monto de \$140 millones de dólares.⁵⁴⁷

Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.⁵⁴⁸

El siguiente caso, es un precedente muy importante para la jurisprudencia del *common law*, pues se reconoció el derecho patrimonial a la propia imagen, por encima de la libertad de información constituida en la Primera Enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos.

En la presente controversia, el demandante, Hugo Zacchini, protagonizaba un acto bajo el nombre de “El hombre bala”, show con el cual recorrió los Estados Unidos, haciendo actos en ferias y circos.

Law to Professional Athlete's Right of Publicity. 54 Journal of the Copyright Society of the USA, no. 771, 2007.

⁵⁴⁷ Sobre más repercusiones del fallo, *vid. CBS Interactive Inc. v. National Football League Players Association, Inc.*, 259 F.R.D. 398 (D. Minn.), 2009. La corte concedió el pedido de la CBS para declarar bajo sentencia, que podían usar los nombres y estadísticas de los jugadores para juegos de fantasía, sin la necesidad de contar con una licencia, lo cual fue basado exclusivamente en el precedente *CBC*.

⁵⁴⁸ U.S. Supreme Court. 433, 562, 1977.

Sin embargo, Zacchini no cobraba un valor para entrar a ver sus exhibiciones. Un día, sin su consentimiento, un reportero de un canal de televisión adquirido por Scripps-Howard, filmó toda la presentación de Zacchini y luego la transmitió al aire en el noticiero vespertino del canal.

En consecuencia, Zacchini demandó al canal, arguyendo que él formaba parte del negocio del entretenimiento, el cual era su único modo de subsistencia, razón por la cual, transmitir al aire su show era una apropiación ilícita de la propiedad profesional del demandante.

En una decisión dividida, la Corte Suprema de los Estados Unidos, falló a favor de Zacchini, sosteniendo que su *right of publicity* había sido lesionado.

Dzurenko v. Jordache, Inc.⁵⁴⁹

En el presente caso, un modelo demandó a un fabricante de *jeans*, agencia publicitaria y agencia de modelos, arguyendo una indemnización a su favor por vulneración a su derecho de intimidad.

El fabricante de ropa vaquera, utilizó una fotografía de estudio fotográfico profesional, en la cual aparecía el demandante, para convertirla en un poster publicitario, el cual luego, fue difundido y distribuido a todas las tiendas donde se vendían dichos productos.

El 2 de junio de 1982, el Tribunal de Apelaciones de New York, falló a favor del demandante, ya que a pesar de éste haya autorizado la toma de dicha fotografía, dicho consentimiento no incluía, el uso dado por la compañía de ropa.

Dicho tribunal sostuvo que la persona titular de la imagen, siempre tendrá el derecho a limitar el uso que se podrá hacer de su fotografía, por lo que todo uso fuera del consentimiento de la misma, es ilícito.

⁵⁴⁹ NYS 2d 102. 88 A.D.2d 816.

Price v. Hal Roach Studios, Inc.⁵⁵⁰

Las demandantes, eran las viudas de los famosos actores cómicos conocidos como “El Gordo y El Flaco”. Los demandados, por su parte, eran los estudios de cine Hal Roach. Las pretensiones de las demandantes eran el pago de los beneficios obtenidos por el uso comercial del nombre e imagen de los actores. Los demandados, a través de reconvencción, solicitaron la declaración su derecho al uso comercial del nombre e imagen de los actores, por ser los titulares del copyright de las películas utilizadas comercialmente.⁵⁵¹

El 26 de junio de 1975, el Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York, sostuvo que a pesar del contrato laboral entre los actores con el estudio, los artistas eran los titulares de los derechos a su nombre e imagen, y que además, estos derechos fueron transmitidos *mortis causa* a los herederos (sus cónyuges).⁵⁵² Además se declaró que estos derechos no fueron ni renunciados, ni abandonados por las cónyuges de los actores, como argumentaba la parte demandada.⁵⁵³

En conclusión, el derecho de *copyright* ostentado por los estudios Hal Roach, no legitimaba el uso comercial de la imagen de los actores, uso que se convierte legítimo, únicamente a través del consentimiento de sus titulares.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ SDNY. 400 F., supp. 836, 1975.

⁵⁵¹ José Luis González. *El derecho al valor comercial de la identidad. Óp., cit.*, p. 5.

⁵⁵² *Id.*, p. 6.

⁵⁵³ *Ibíd.*

⁵⁵⁴ *Ibíd.*

CAPÍTULO III: REALIDAD NACIONAL

Es importante para la finalidad de la presente investigación, analizar la realidad ecuatoriana en torno a la problemática aquí planteada. Es por ello, que analizaremos ejemplos de deportistas profesionales de élite ecuatorianos, que han tenido conflictos ya sea por intromisiones de la prensa en su intimidad y honor, como por conflictos derivados de sus derechos de imagen. Luego, analizaremos la realidad jurídica nacional, viendo los diferentes cuerpos legales que contienen disposiciones sobre el tema objeto de estudio, para determinar si la tutela brindada es suficiente para la actualidad ecuatoriana. Por último, después de reflexionar sobre la hipótesis aquí planteada, propondremos una propuesta o solución para la misma.

En este contexto, la explotación comercial de la propia imagen de los deportistas profesionales en Ecuador cada vez es más frecuente, es por ello que pueden suscitarse difusiones arbitrarias de la imagen de estos atletas sin su consentimiento, o también pueden darse intromisiones arbitrarias en la intimidad de los deportistas, afectando a su honor y propia imagen, lo cual nos hace ver, que precisamos de un régimen legal preciso, claro, y eficaz, el cual tutele estos derechos fundamentales en caso de conflicto.

Sobre este fenómeno, Barbieri y Annocaró han manifestado:

Los jugadores de fútbol que adquieren determinada notoriedad han visto aumentada su actividad fuera de las canchas, dado que son codiciados por distintas empresas para publicitar sus productos. Ello implica que deban suscribir determinadas relaciones contractuales donde se pone en juego su imagen, y asimismo, cumplirlos, percibiendo los ingresos correspondientes pactados.

Es esta una de las más palmarias manifestaciones del “Fútbol del Tercer Milenio”, lo cual coloca al futbolista en una situación no imaginada hace treinta o cuarenta años.⁵⁵⁵

Evidentemente, este fenómeno comercial no le ocurre a todos los deportistas profesionales ecuatorianos, sin embargo, debido al inmenso desarrollo que ha sufrido el deporte nacional en las última década, cada vez contamos con más integrantes de este grupo selecto (especialmente futbolistas). Al respecto, la doctrina ha precisado:

No todos [...] son beneficiados con esta actividad adicional a realizar fuera de la cancha, que importa aumentar sustancialmente los ingresos que perciben, sino que ello se reserva a una *elite* que se destaca por su rendimiento deportivo, por la entidad del club para el cual presta servicios y por la imagen que intenta asociarse con el producto a publicitar.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Pablo C. Barbieri y Daniel M. Annocaró. *Fútbol, Negocios y Derecho. Juego – Deporte – Economía: Los futbolistas como unidades de negocios. Entrenadores. Árbitros. Hinchas-consumidores. Reportajes, comentarios, legislación y glosario*. Tomo II, Rivadavia: Editorial Universidad, 2008, p. 47.

⁵⁵⁶ *Id.*, p. 48.

En consecuencia, la notoriedad y/o fama en los deportistas profesionales de élite se multiplican, ocasionando que su propia imagen no solo sea asociada con lo que acontece en el ejercicio de su profesión, sino también fuera de ella.⁵⁵⁷

En los últimos años, se ha producido un incremento considerable en cuanto a la inversión publicitaria en el deporte ecuatoriano, especialmente sobre los distintos equipos profesionales de fútbol (deporte de mayor adherencia social en Ecuador), motivado claro está, por la clasificación de la selección ecuatoriana de fútbol consecutivamente a los mundiales de Corea-Japón 2002 y Alemania 2006. Al respecto, la compañía auditora Deloitte Touche, ha analizado:

La Liga Deportiva Universitaria de Quito, uno de los equipos más poderosos de Ecuador, posee ingresos provenientes de *sponsors* del 31% de la facturación total de la entidad. El Club Deportivo El Nacional, del 12,2% y el Club Sport Emelec, del 27,74%.⁵⁵⁸

Además, existe una variedad de sectores comerciales de donde provienen los auspicios hacia el deporte nacional. Por ejemplo, la compañía *Marathon Sports*, provee de indumentaria deportiva a casi todos los equipos profesionales de fútbol del país, incluyendo a la Selección Ecuatoriana de Fútbol, así como al equipo nacional de tenis, el cual nos representa en Copa Davis, y al equipo nacional de marcha, quienes nos representan en mundiales, juegos bolivarianos, panamericanos, etc.

Por su parte, conocido es que desde la perspectiva de los Derechos Humanos, todo conflicto jurídico puede ser solucionado con la aplicación de los principios *pro homine* y *pro libertatis*, es decir, favorecer a la persona en la esfera de su libertad en que se desarrolla.⁵⁵⁹ No obstante, esta libertad no debe ser ilimitada y no puede sobrepasar el límite de derechos fundamentales de las personas, razón por la que es necesario plantear los límites del derecho a la libertad de información en la realidad nacional, para así evitar futuros perjuicios a la intimidad, honor y propia imagen de figuras públicas como políticos, autoridades, actores, modelos, y en el caso que no atañe, deportistas profesionales de élite.

⁵⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁵⁸ Al respecto, *vid.* Pablo C. Barbieri y Daniel M. Annocaró. *Fútbol, Negocios y Derecho. Juego – Deporte – Economía: Organización institucional. Clubes de fútbol. Empresarios y representantes. Imagen. Las mujeres en el fútbol. Medios de prensa.* Tomo I, Rivadavia: Editorial Universidad, 2008, p. 180.

⁵⁵⁹ Hernán Salgado Pesantes. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana.* Chile: Estudios Constitucionales, año 6, núm. 1, Talca, 2008, p. 70.

La interrelación de estos derechos y una posible colisión de los mismos es mucho más factible de suceder en nuestra época, obviamente, por el desarrollo de los medios masivos de comunicación social y las nuevas tecnologías de información y comunicación. Desarrollo del cual se desprenden, avances en la televisión digital, medios de comunicación electrónicos, las redes sociales, el avance sin precedentes del internet y sus diversas fuentes multimedia, radio satelital, etc.

Paradójicamente, como señala Salgado Pesantes:

Al mas tiempo, que hay un avance tecnológico que facilita el acceso a la información, existe también mayor riesgo de intromisión en la vida privada de las personas, mediante mecanismos sofisticados que permiten obtener la información, incluso sin que los afectados se den cuenta.⁵⁶⁰

Como es de conocimiento general, en Ecuador la libertad de información trae consigo un fenómeno negativo llamado *sensacionalismo*, que con diversas finalidades,⁵⁶¹ busca atraer más la atención de la colectividad y causar escándalo, menoscabando la honra, imagen e intimidad de las personas en muchos casos.

Un informe publicado por el *Instituto Prensa y Sociedad* revela que en Ecuador han existido *veinte casos de juicios* contra periodistas y medios de comunicación desde el año 2008. La mayoría de ellos, por injurias calumniosas y violaciones contra la intimidad de las personas.⁵⁶² Por ejemplo, el 17 de febrero de 2009, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja, sentenció al comunicador social, Freddy Vidal Aponte, a 3 meses de prisión por acusar al ex alcalde de Loja, José Bolívar Castillo, de un delito, además del pago de 50 mil dólares por concepto de indemnización, al hallarlo culpable de calumnias y difamación pública.⁵⁶³

Como hemos analizado en esta investigación, la esfera de lo íntimo, de lo privado, ha ido menoscabándose en aras de la libertad de información, lo cual aparenta ser una necesidad social, lo que ha motivado que algunos hablen de una supuesta *curiosidad legítima*,⁵⁶⁴ la cual en teoría debería ser reconocida y formar parte del convivir social. Particularmente, nosotros no abrazamos esta tesis, porque respaldamos la vida privada y el derecho a la intimidad de todas las personas dentro de Ecuador.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

⁵⁶¹ *Id.*, p. 71

⁵⁶² El Nuevo Empresario. *Jaime Iván Kaviedes anuncia juicio contra periodista Hugo Gavilánez*. http://www.elnuevoempresario.com/deportes_89338_jaime-ivan-kaviedes-anuncia-juicio-contra-periodista-hugo-gavilanez.php. (acceso: 17/10/2012)

⁵⁶³ *Ibíd.*

⁵⁶⁴ Hernán Salgado Pesantes. *El derecho a la protección de la vida privada*. Óp., cit., p. 71.

1. Ejemplos y Análisis de Casos

1.1 Ejemplos

A medida que avanzan los tiempos, en Ecuador aparecen deportistas de gran calidad, quienes gracias a su talento y esfuerzo, logran convertirse en ídolos para las masas a nivel nacional. Sin dudas, esto ha generado, que la empresa privada tome cartas en el asunto, y quiera promocionar sus productos o servicios con la imagen de nuestros atletas, con el fin de obtener mayores réditos económicos, derivados de la notoriedad pública de la que gozan estas figuras. Ejemplos contemporáneos de deportistas nacionales que han explotado comercialmente su imagen, generando un rédito extra a sus finanzas anuales, son:

Alex Darío Aguinaga, ex futbolista y actual dirigente y entrenador de fútbol, fue nombrado el “jugador de la década” en México en los 90’s, así como ser uno de los artífices de la primera clasificación de Ecuador a un mundial de fútbol, y convertirse en uno de los primeros deportistas profesionales nacionales en explotar su imagen a nivel nacional e internacional. En Ecuador realizó un comercial de televisión para *Galletas Ducales*, en el cual él mantenía una conversación telefónica con su amigo y ex entrenador, Hernán Darío “El Bolillo” Gómez. Asimismo, por motivo del Mundial de Fútbol Sudáfrica 2010, “El Güero” filmó un comercial para la empresa de televisión satelital *DIRECTV*, junto a otras figuras del balompié como: Gabriel Omar Batistuta (ex goleador de la Fiorentina de Italia y de la Selección Argentina de Fútbol), Iván Zamorano (ex goleador del Real Madrid CF y de la Selección Chilena de Fútbol) y Carlos “El Pibe” Valderrama (ex gloria del fútbol colombiano).

Jefferson Pérez Quesada,⁵⁶⁵ al haberse convertido en el único atleta profesional en otorgarle a Ecuador una medalla de oro olímpica hasta la fecha, ha sido objeto de varias campañas publicitarias. Recordados son, comerciales televisivos donde el ex marchista ha sido protagonista: Por ejemplo, ha realizado comerciales para el *Banco Pichincha*, donde sugiere guardar los fondos de reserva en dicha institución financiera; así como comerciales para la empresa estatal *CNT*, donde promociona los paquetes de datos móviles e internet de dicha empresa.

⁵⁶⁵ Para más información sobre el ex marchista cuencano, *vid.* <http://www.jeffersonperez.com> (acceso: 4/10/2012)

Nicolás Lapentti, tuvo su momento de gloria deportiva a finales del siglo pasado (1998 específicamente), hasta mediados de la década pasada. Al entrar en el Top 10 del circuito de la ATP (6to lugar fue su mejor ubicación en el año 2000),⁵⁶⁶ consiguió *sponsors* de marcas como *Adidas* y *Babolat*, a las cuales él prestaba su imagen utilizando sus productos deportivos. En Ecuador, “Nico” ha filmado comerciales con algunas empresas, entre las que destacan últimamente *CNT*, con su campaña de datos móviles e internet banda ancha.

José Francisco Cevallos,⁵⁶⁷ actual Ministro del Deporte, y ex portero de clubes como Barcelona Sporting Club, Once Caldas de Manizales y Liga de Quito, es conocido como “Las Manos del Ecuador” por haber clasificado a Ecuador a su primer mundial de fútbol, así como atajar la tanda de penales que le significó el campeonato de la Copa Libertadores de América 2008 a Liga de Quito, en el mismísimo Estadio Maracanã de Río de Janeiro, frente al Fluminense. “Pancho” ha prestado su imagen para marcas como *Cerveza Pilsener*, *Movistar*, y actualmente, pese a su rol ministerial, es la imagen oficial de la *Cooperativa de Ahorro y Crédito 29 de Octubre*.

⁵⁶⁶ Para más estadísticas sobre el ex tenista guayaquileño, *vid.* <http://www.nicolaslappentti.com/perfil.php> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁶⁷ Para más información sobre el ex futbolista y actual Ministro del Deporte oriundo de Ancón, *vid.* <http://www.deporte.gob.ec/el-ministerio/ministra/hoja-de-vida> (acceso: 4/10/2012)

1.2 Análisis de Casos

Ecuador, vivió un proceso de desarrollo deportivo general a nuestro parecer, desde la consagración del tenista guayaquileño Andrés Gómez,⁵⁶⁸ quien desde 1986 vino obteniendo títulos a nivel internacional, consagrándose campeón del US Open y Roland Garros en *dobles* en 1986 y 1988 consecutivamente, lo que le significó alcanzar el primer lugar del ranking mundial de la ATP en dobles. Sin embargo, la consagración del “Zurdo de Oro” se dio en el Grand Slam de Roland Garros en París de 1990, donde se coronó campeón en *singles* tras derrotar al entonces ya consagrado André Agassi, lo que le significó alcanzar el cuarto lugar del ranking de la ATP.

A partir de estas hazañas deportivas, Ecuador ha venido forjando figuras paulatinamente, quienes debido a su trascendencia pública, pueden verse inmiscuidos dentro de conflictos que atenten contra su intimidad, honor y propia imagen, generando de esta manera, un detrimento hacia sus derechos fundamentales como personas y seres humanos.

Lo casos más influyentes dentro del país, deportivamente hablando son los siguientes:

Luis Antonio Valencia

Luis Antonio Valencia,⁵⁶⁹ es actualmente el deportista profesional nacional más mediático a nivel mundial. Nominado a “Mejor jugador joven del Mundial Alemania 2006”, y galardonado como “Jugador de la temporada 2011-2012” y “Gol de la Temporada 2011-2012” para su actual club, el glorioso Manchester United. Antonio es titular indiscutido en su club, donde lleva el mítico número 7, utilizado previamente por un grupo selecto de jugadores como: Éric Cantona, David Beckham, Cristiano Ronaldo y Michael Owen en orden sucesivo. “El Toño” ha comenzado a explotar su imagen a un nivel masivo este año 2012, formando parte de campañas publicitarias para marcas como: *Valvoline*,⁵⁷⁰ *Pony Malta*,⁵⁷¹ *Voltaren*,⁵⁷² y convertirse en la imagen oficial para

⁵⁶⁸ Para más información sobre el ex tenista guayaquileño, *vid.*, <http://es.atpworldtour.com/Tennis/Players/Go/A/Andres-Gomez.aspx> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁶⁹ Para más información sobre el futbolista de Lago Agrio, *vid.* <http://www.antoniovalencia.com.ec> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁷⁰ Al respecto, *vid.* <http://www.youtube.com/watch?v=JgR1QjToVqg> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁷¹ Al respecto, *vid.* <http://www.youtube.com/watch?v=Btq1yNtG-PU> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁷² Al respecto, *vid.* <http://www.youtube.com/watch?v=DP1PzRdhqQU> (acceso: 4/10/2012)

Ecuador de la telefónica multinacional *Claro*,⁵⁷³ además de tener convenios con *Nike* y *Unicef*, ONG para la que es “Embajador de la niñez”.

Sobre el fructífero tratamiento que le da Valencia a su propia imagen, debemos destacar:

[...] en noviembre del año anterior, la empresa Football Factory llegó a un acuerdo con el jugador para esa tarea. El objetivo principal del proyecto es posicionar “AV” y buscar beneficios con la promoción de productos generales, causas sociales, moda, y artículos deportivos. En la primera arista, productos generales, “AV” tiene contratos con Claro y Pony Malta (aún no se adherían Voltaren ni Valvoline). Con la empresa telefónica firmó por un año. Valencia será el vocero de la marca y prestará su imagen para que la gente, suscrita a un club exclusivo, descargue fotos y fondos de pantalla. También enviará todos los días una noticia personal o una fotografía para quienes sean parte del servicio móvil. Con Pony Malta firmó un contrato por cuatro años, será su imagen y vocero; En la segunda parte, las empresas con las que firmó contrato aportarán económicamente a la fundación AV, quien tendrá el apoyo mayoritario de Unicef: Valencia será designado embajador para la niñez; La tercera arista es la moda, la cual aún está en proceso de análisis, pero la proyectarán en artículos como perfumes, gorras, etc., y será concretada en el 2013; En la cuarta arista, marcas deportivas, Antonio Valencia tiene un contrato con Nike desde diciembre pasado. Por eso solamente juega con zapatos de esa marca. La empresa los fabrica a su medida. Este contrato es el único internacional, y aunque todavía es lejano, se analiza la posibilidad de ampliar el convenio con Nike para que AV tenga su propia indumentaria.⁵⁷⁴

Como podemos ver, Antonio es una estrella a nivel nacional e internacional. Sin embargo, en junio de 2011, el jugador tuvo un conflicto con el Manchester United por la negociación de sus derechos de imagen, lo cual estancó la ampliación del contrato que se estaba manejando por esas fechas. Esta noticia, sacudió el tablero informativo en Inglaterra y a nivel mundial.

Al respecto, el Daily Mail de Inglaterra expuso:

Manchester United have opened talks over a new contract for Antonio Valencia but negotiations have hit an impasse over image rights. The Ecuador winger is halfway through the four-year deal he signed after arriving from Wigan for £16million in June 2009. United are prepared to improve Valencia’s £50,000-a-week contract but early discussions faltered when his representatives asked for image rights to be included in the new package. Old Trafford chief executive David Gill is refusing to agree to image rights clauses while investigations continue by HM Revenue and Customs, who believe they may be able to recoup millions owed in tax on the payments across the Premier League.

United are still optimistic they will reach a compromise with Valencia, 25, who has been one of their most impressive performers after recovering from the

⁵⁷³ Al respecto, *vid.* <http://www.youtube.com/watch?v=a8nn9LheGtI> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁷⁴ Radio Municipal. “AV”: La marca de Antonio Valencia. http://www.radiomunicipal.gob.ec/radiomunicipal/index.php?option=com_content&view=article&id=926%3Aav-la-marca-de-antonio-valencia&catid=23%3Adeportes&Itemid=1. (acceso: 15/10/2012).

serious ankle injury he suffered in September.⁵⁷⁵

Asimismo, el portal deportivo *futbolecuador.com* manifestó:

El Manchester United Football Club estaba próximo a renovar el contrato de Luis Antonio Valencia, pero según publica el rotativo 'Daily Mail' de Inglaterra, la operación se habría estancado por un requerimiento de su representante.

Cómo lo anunció con anterioridad, la directiva de los Diablos Rojos se encuentra en conversaciones para renovar el contrato del Expreso Amazónico, para garantizar su continuidad en el Rojo de Manchester ante la gran cantidad de clubes interesados en el que hoy por hoy, es el mejor futbolista de la Mitad del Mundo. El United está dispuesto a aumentarle el salario al nacido en Lago Agrio, que desde que llegó del Wigan Athletic en 2009, percibe cerca de cincuenta mil libras esterlinas a la semana. Sin embargo, las negociaciones se habrían estancado en las últimas horas, de acuerdo a lo que se publica en la edición de este viernes del 'Daily Mail'. ¿La razón? El representante de Antonio pretendería que en el nuevo contrato del ecuatoriano, se incluyan montos por lo que concierne a derechos de imagen del jugador, que en dos temporadas como Red Devil se ha consolidado como una de las principales figuras del club, además de ser el principal representante del equipo para Sudamérica.

El director ejecutivo del United, David Gill, no está de acuerdo con la solicitud del agente de Valencia, pero pese a ello, el directivo cree que no habrá problemas para llegar a un acuerdo para que el veloz extremo diestro, que tuvo una recuperación milagrosa tras fracturarse el tobillo en septiembre del 2010, continúe en las filas del Man U por varias temporadas más.⁵⁷⁶

En este caso, por la cantidad de dinero que se manejaba, no conocemos mayores detalles sobre los perjuicios que nuestro deportista podía sufrir derivados de su derecho a la propia imagen, sin embargo, lo que si sabemos es que nuestra ley al respecto es muy débil, y da lugar para que nuestros atletas tanto en Ecuador como a nivel internacional puedan sufrir violaciones a sus derechos fundamentales. Todo esto, derivado de la pésima redacción del artículo 66.18 de la Constitución Política, el cual deja cabos sueltos para que los derechos de imagen de nuestros deportistas puedan verse vulnerados con facilidad, dejando como única ley aplicable a la Ley de Propiedad Intelectual, la cual trata muy brevemente dicha problemática.

En consecuencia, podemos apreciar que nuestro deportista profesional de élite por excelencia ha tenido dificultades con respecto a su derecho fundamental a la propia imagen, el cual no quería ser reconocido por su actual club de fútbol, lo que ocasionó que su representante de aquel entonces, el ex futbolista Diego Herrera, se niegue a continuar con las negociaciones de la ampliación contractual hasta que no se respete el derecho fundamental del jugador ecuatoriano a su propia imagen. Este derecho, como

⁵⁷⁵ Daily Mail. *New deal for Man United winger Valencia hits a snag over image rights.* <http://www.dailymail.co.uk/sport/football/article-1393682/Antonio-Valencia-Manchester-United-deal-hits-snag.html> (acceso: 03/6/2011)

⁵⁷⁶ Fútbol Ecuador.com. *Derechos de imagen: La renovación de Valencia con el United se paralizó.* <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/21200> (acceso: 03/6/2011)

hemos visto innumerables veces a lo largo de la presente investigación, es inherente a la persona, y ella es la única facultada para decidir cómo, cuándo y con quién puede ser explotada su propia imagen, así como también, negarse a aquello (doble facultad del derecho).

Fabio Renato

Fabio Renato, es un delantero brasileño que lleva años jugando en el torneo nacional de fútbol, marcando goles por los distintos clubes en los que ha militado.

Sin embargo, desde su incorporación a la Liga de Loja en los últimos años, la prensa de esa ciudad ha empezado a divulgar hechos y noticias sobre la vida privada del jugador.⁵⁷⁷ Noticias, que nunca han sido comprobadas, y más bien le han generado al deportista serios inconvenientes dentro de su actividad profesional, ya que los entrenadores que lo dirigen, escuchan estas informaciones y creen que son ciertas, por lo que toman medidas en contra del jugador, ya sean sanciones deportivas o económicas.⁵⁷⁸

Si bien hasta la fecha el jugador profesional no ha tomado acciones legales en contra de algún medio de comunicación o periodista, es un caso para tener en cuenta porque se está dando una seria intromisión de la prensa en la intimidad del deportista profesional, perjudicando su economía y actividad profesional.

El jugador, harto de esta situación, ha revelado al prestigioso medio *Globo Esporte* de Brasil, las violaciones a las que viene siendo objeto por los medios de comunicación ecuatorianos. Al respecto, el portal digital *futbolecuador.com* ha publicado:

En una entrevista con *globoesporte.com*, Fabio Renato, goleador de Liga de Loja, confesó que la “complicada prensa ecuatoriana” es una de las razones por las que pretende regresar a Brasil y jugar en uno de los grandes.

Es el máximo artillero de Liga Deportiva Universitaria de Loja y cuenta con el total respaldo del entrenador cuencano Paúl Vélez. Sin embargo, existe cierto tipo de prensa que se ha dedicado a prestarle más atención a lo que ocurre con Fabio Renato fuera de las canchas, relacionándolo con actos de indisciplina. “*La prensa ecuatoriana es muy complicada, no se entera de las cosas directamente, no pregunta y luego publica material sin explicar nada. Después me llaman a pedir disculpar* [las cursivas son mías]. Ya dije que no daría más entrevistas en Ecuador. No ha pasado nada, estoy tranquilo, bien con el presidente (Jaime Villavicencio) y el entrenador (Vélez)”, confesó el goleador de la Garra del Oso, desahogándose en

⁵⁷⁷ Al respecto, *vid.*, <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/21662>. (acceso: 17/10/12).

⁵⁷⁸ Al respecto, *vid.*, <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/27369>. (acceso: 17/10/12).

globoesporte.com. Esa sería una de las principales razones por las que Fabio quiere regresar a Brasil. Según confesó, esta podría ser su última temporada en Loja, ya que si se presenta una oportunidad en su país, no dudaría en aceptarla.⁵⁷⁹

Al respecto, la doctrina ha manifestado que cuando la libertad de información se pretende ejercer sobre ámbitos que puedan afectar derechos fundamentales de los deportistas, como lo son el honor, la intimidad y su propia imagen, es preciso que la información difundida sea de *interés público*, como único elemento legitimador de una intromisión en la esfera íntima de los atletas.⁵⁸⁰ Evidentemente, en el presente caso no se dio una divulgación de noticias de interés público, mas bien se dio una difusión de hechos privados que no tenían por qué ser conocidos por la colectividad.

Al respecto, es totalmente válido lo precisado por Michael E. Jones:

Newspapers, television newscasts, talk shows, and most recently the internet are chock full of “inside” information on athletes, which often has little to do with their on the field performance. Media outlets compete to get the public’s attention by reporting sensational stories concerning the private lives of professional athletes.⁵⁸¹

En el presente caso, podemos observar como la actual Constitución Política no es eficaz para tutelar el derecho al honor e intimidad de Fabio Renato, dejando al jugador como víctima de publicaciones públicas y difamatorias en su contra, las cuales han manchado su reputación y lesionado su derecho al honor como profesional y persona. Al respecto, una vez más el culpable de esto es la pobreza jurídica del artículo 66.18 de la Constitución. Este caso es una más de las razones por las cuales hemos desarrollado la presente investigación, para poder aportar un cambio de dirección en este sentido, un cambio que sea favorable para los atletas profesionales dentro de Ecuador.

⁵⁷⁹ Futbolecuador.com. *No daré mas entrevistas en Ecuador.* <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/30737>. (acceso: 19/9/2012).

⁵⁸⁰ Francisco Rubio Sánchez. *El Contrato de Trabajo. Óp., cit.*, p. 210.

⁵⁸¹ Traducción Libre: Los periódicos, noticieros de televisión, programas de entrevistas, y la más reciente, el Internet, están llenos de información "de primera mano" sobre los atletas profesionales. Información que a menudo tiene poco que ver con su desempeño de su profesión. Los medios de comunicación compiten para atraer la atención del público al reportar noticias sensacionalistas sobre la vida privada de los deportistas profesionales. Citado en: Michael E. Jones. *Sports Law. Óp., cit.*, p. 106.

Edison Méndez

Edison Méndez,⁵⁸² fue partícipe de la clasificación de Ecuador a sus dos únicos mundiales de fútbol. Además, de ser el primer ecuatoriano en anotar un gol en la UEFA Champions League, cuando jugaba para el PSV Eindhoven de Holanda, contra el Arsenal FC de Inglaterra. El “Kinito”, en Ecuador ha prestado su imagen para marcas como *Sal Andrews*, *Porta* (actualmente *Claro*), *Pilsener*, etc. Precisamente con CONECEL (titular de la marca *Porta*), tuvo uno de los juicios más mediáticos para un deportista profesional ecuatoriano, el cual es pilar fundamental de nuestra investigación y se ha constituido en un *leading case* para el análisis de la problemática objeto de estudio.

Este litigio surge porque la empresa telefónica, conjuntamente con *Coca Cola*, lanzaron una promoción al mercado denominada *Jugador 12*, dentro de la cual se incorporaba la imagen del deportista, conjuntamente con la de otros integrantes de la Selección Nacional de Fútbol de aquel entonces.

Desde el año 2001, CONECEL es auspiciante oficial de la Selección Ecuatoriana de Fútbol. Por lo tanto, dicho auspicio otorgaba según la demandada, el derecho irrevocable de uso y explotación comercial del nombre apariencia, semblanza, imagen, retrato, voz, entre otros de los jugadores convocados a la selección nacional.

Por lo tanto, CONECEL (*Porta*) y Refreshment Product Services Ecuador (*Coca Cola*), lanzaron la promoción *Jugador 12*, la cual tenía vigencia del 1 de octubre al 15 de noviembre de 2006. En esta promoción se incluía, entre otros, tarjetas prepago edición especial limitada con diseño de *Coca-Cola/Porta*, con motivo de la participación de la Selección Ecuatoriana de Fútbol en la *Copa América Venezuela 2007*. Conforme los términos contractuales, todas las imágenes, publicidad y esquema de la promoción *Jugador 12*, incluidas las imágenes utilizadas en las tarjetas prepago (objeto del litigio), fueron autorizadas por la FEF, y en consecuencia, era el órgano rector del fútbol ecuatoriano quien debía explicar los alcances de dicho convenio al jugador Edison Méndez.

Al final, en instancias judiciales, el deportista profesional ganó la demanda, de conformidad con la sentencia que analizaremos posteriormente, e hizo prevalecer el respeto hacia su derecho a la propia imagen e intimidad.

⁵⁸² Para más información sobre el palmarés del futbolista oriundo del Valle del Chota, *vid.* http://espndeportes.espn.go.com/futbol/jugador/_/id/2867/edison-mendez (acceso: 4/10/2012)

Al respecto, Diario HOY señaló:

El jugador de Liga de Quito, Edison Méndez ganó una demanda de por \$500 mil a la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones (Conecel), titular de la marca Porta, por *usar su imagen sin autorización* [las cursivas son mías] en tarjetas de prepago de telefonía celular. [...] “Me molesta el *no respeto a la imagen* [las cursivas son mías]. Piensan que porque uno es jugador, es ignorante, y no es así [...]”. El 16 de septiembre, se dictó la sentencia⁵⁸³ y se reconoció el derecho de Edison Méndez de ser resarcido por uso indebido de su imagen y, en consecuencia, condena a la empresa telefónica a pagar la cantidad de \$500 mil, señaló el abogado del jugador, Gabriel Barona.⁵⁸⁴

La sentencia de este caso, aportó enormemente al desarrollo de la presente investigación, al manifestar:

[...] Dado que la pretensión del actor en la presente causa es que se condene a la parte accionada por haber utilizado con fines comerciales, sin autorización, del Señor Edison Méndez Méndez, su imagen, en contravención al artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual, esta Sala de Conjuces señala que el derecho a la imagen al que alude el accionante es un derecho fundamental de la persona explícitamente consagrado en la Constitución de la República, que *deriva del derecho a la intimidad, o dicho en otras palabras, es una manifestación del derecho a la intimidad reconocido desde hace mucho tiempo en los diversos cuerpos normativos del mundo como un derecho fundamental de la persona.* [las cursivas son mías] Siendo, como es la imagen un derecho protegido por la Constitución Política es obligación de todo funcionario judicial y administrativo velar por su respeto [...].

[...] De la revisión del Convenio suscrito entre CONECEL y la Federación Ecuatoriana de Fútbol se aprecia que ... el mismo se suscribió entre dichas partes, *no existiendo la intervención del Señor Edison Méndez Méndez en la celebración de dicha convención* [las cursivas son mías], mal puede generar este contrato efectos respecto de la parte actora, pues el artículo 1561 del Código Civil claramente señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, es por esto que resultan inoponibles al actor las estipulaciones contenidas en dicho contrato del que no ha sido parte. No se observa además que a dicho convenio se haya adjuntado como habilitante o parte de la misma convención alguna suscrita entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y el Señor Edison Méndez Méndez en virtud de la cual éste último haya autorizado a esta entidad a utilizar su imagen [...].

[...] la actividad de compraventa de Tarjetas Prepago de Telefonía Celular es, sin duda conforme al Código de Comercio, un acto de comercio por su carácter de masivo, es claro que el uso dado a la imagen de Edison Méndez Méndez al incorporar la misma en Tarjetas Prepago de Telefonía Celular de ninguna forma puede considerarse como una utilización con fines científicos, didácticos o culturales, ni encaja en los denominados «usos honrados» a los que alude el Convenio de Berna a la protección de obras literarias y artísticas [...].⁵⁸⁵

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico es muy modesto en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales estudiados en el presente trabajo, razón por la que

⁵⁸³ Para consultar el texto íntegro de la sentencia, *vid.* <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1678> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁸⁴ Diario Hoy. *El Kinito destinará dinero a los niños.* <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-kinito-destinara-dinero-a-los-ninos-378393.html> (acceso: 05/3/2012).

⁵⁸⁵ Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo. *Edison Méndez Méndez v. CONECEL.* Juicio Núm. 295-07-3, de 16 de septiembre de 2009.

se dan este tipo de vulneraciones hacia nuestros atletas.

En el presente caso, la Constitución Política nada pudo hacer para salvaguardar los derechos personalísimos de Edison Méndez, y en el caso de que este tipo de situaciones ocurran hoy en día, la actual Constitución tampoco podría hacer nada al respecto ya que nuestro artículo 66.18 está redactado de una manera tan limitada, que confunde bienes jurídicos como el honor con la imagen, derechos que como hemos demostrado a lo largo de la presente investigación, persiguen fines distintos.

No obstante, la única manera de tutelar la propia imagen del jugador fue aplicando la Ley de Propiedad Intelectual, que si bien en sus artículos 40 y 41 aportan criterios heredados de la doctrina española, no tutelan ampliamente la imagen de figuras públicas como los deportistas, y dejan vacíos jurídicos que podrían ser utilizados por las empresas y terceros que deseen captar arbitrariamente la imagen de nuestros deportistas profesionales con fines comerciales.

Como lo ha señalado reiteradamente la doctrina norteamericana sobre el *right of publicity*, los atletas tienen la completa potestad y facultad de decidir si aprueban o no el uso comercial de su imagen (doble vertiente del derecho a la imagen).⁵⁸⁶ Asimismo, la doctrina ha mostrado que para que se configure una violación del *right of publicity* de los atletas profesionales, se deben cumplir: 1) Que el demandado use la identidad o imagen del deportista en su beneficio; 2) Que el atleta no haya autorizado dicho uso, reproducción, captación, difusión, etc., y; 3) Que el atleta haya sufrido daños y perjuicios derivados de dicha explotación comercial no autorizada.⁵⁸⁷

En cuanto a lo positivo de esta sentencia, podemos apreciar que la posición del tribunal es similar a la tesis que hemos ponderado a lo largo de este trabajo: Primero, el tribunal siguiendo la mayoritaria corriente doctrinaria a nivel mundial, señala que es fundamental obtener el *consentimiento* del deportista para que su imagen puede ser explotada, basados en el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual, la cual analizaremos más adelante.

Segundo, el tribunal sostiene que el derecho a la propia imagen de los deportistas profesionales y de las personas en general, es una derivación o manifestación del derecho a la intimidad, lo cual tiene una evidente influencia norteamericana, quienes en su *Tort of privacy* consideran que la explotación comercial de la imagen de una persona sin su consentimiento es una de las violaciones al derecho

⁵⁸⁶ Michael E. Jones. *Sports Law*. USA: Prentice Hall, New Jersey, 1999, p. 108.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*

de intimidad de las personas. Tesis que apoyamos totalmente.

Tercero, el tribunal precisó que al ser el derecho a la propia imagen un derecho constitucionalmente reconocido, es obligación de los tribunales de justicia brindar una tutela judicial efectiva hacia tal derecho. Tesis que nuevamente compartimos y es la razón principal de la presente investigación.

Por último, el tribunal manifestó que la compraventa de tarjetas prepago con la imagen de un futbolista es un acto de comercio de carácter masivo, lo cual no califica dentro de la categoría de *usos científicos, didácticos, culturales*, ni tampoco califica dentro de la categoría de *usos honrados* aportada por el Convenio de Berna, del cual Ecuador es signatario. En definitiva, el fin comercial de la demandada sale del ámbito que legitima el uso de la imagen de las personas sin su consentimiento. Tesis que nuevamente es abrazada por nosotros, y creemos que debería ser la base para una futura incorporación de dicha doctrina en el ordenamiento jurídico nacional.

Jaime Iván Kaviedes

Jaime Iván Kaviedes Llorentty,⁵⁸⁸ es sin dudas uno de los íconos mediáticos más representativos del deporte ecuatoriano, ya sea por sus logros deportivos, como por su estilo de conducirse en cuanto a su vida personal. “El Nine” ostenta hasta la fecha el título de goleador máximo del torneo nacional de fútbol en una temporada con 43 goles en 39 partidos.⁵⁸⁹ Además, fue el primer futbolista ecuatoriano en ser transferido al fútbol italiano, con tan solo 22 años, por una cifra millonaria récord en ese entonces. Asimismo, Jaime Iván ha sido galardonado como “Mejor jugador ecuatoriano” en 1998, como también “Goleador de la Serie A” en el mismo año y “Mejor Goleador Mundial de Primera División” según la Federación Internacional de Historia del Fútbol y Estadística (en adelante IFFHS)⁵⁹⁰.

“El Flaco” ha paseado su categoría futbolística por países como Italia, España, Inglaterra, Portugal, México y Argentina, y 7 clubes en Ecuador. Además, Kaviedes es el jugador que marcó el gol que nos dio la clasificación a nuestro primer mundial de fútbol en 2002, específicamente en el empate 1 a 1 frente a Uruguay en el Estadio

⁵⁸⁸ Para más información del jugador oriundo de Santo Domingo, *vid.*, www.ivankaviedes.com (acceso: 4/10/2012)

⁵⁸⁹ Al respecto, *vid.*, <http://www.ivankaviedes.com/records.html> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁹⁰ Al respecto, *vid.*, <http://www.iffhs.de/?d85f94e8378cf047b0f02e9d817285fdcdc3bfcdc0aec28d6edb8a388e1f> (acceso: 4/10/2012)

Olímpico Atahualpa de Quito. Paradójicamente, él mismo fue quien anotó el último gol de Ecuador en un mundial de fútbol, específicamente en el Mundial de Alemania 2006, en la goleada 3 a 0 frente al seleccionado de Costa Rica.

En consecuencia, podemos evidenciar que Kaviedes es un futbolista muy importante para el hincha ecuatoriano, por lo cual no tardó en convertirse en figura pública, y ser objeto de noticias e informaciones. Además, la manera en que conduce su vida personal ha incentivado a que programas de farándula y demás sectores de la prensa, fijen sus ojos dentro de su vida íntima e intenten difundir hechos, noticias e informaciones sobre su vida privada, lo cual sin lugar a dudas, no defendemos ni apoyamos porque creemos que debe existir una esfera de respeto hacia los derechos fundamentales de todas las personas en Ecuador, más allá de su *status* de figura pública o no.

Hasta la fecha, Jaime Iván Kaviedes es el deportista profesional ecuatoriano con más conflictos derivados de la intromisión arbitraria por parte de los medios de comunicación en su intimidad, lo cual ha generado varias acciones legales entabladas por el deportista hacia determinados medios de comunicación:

Primero, en julio de 2011, dentro del programa de farándula *Vamos Con Todo*, los conductores⁵⁹¹ del mismo señalaron públicamente que el futbolista ha estado frecuentando cierto tipo de mujeres de dudosa procedencia, además de llevar un estilo de vida poco profesional, saliendo mucho por las noches e ingiriendo alcohol, lo cual estaba afectando su rendimiento futbolístico, faltando así a su *entrenamiento invisible*, como se llama en el mundo futbolístico al mantener una vida privada sana, correcta, lejos de drogas, alcohol, prostitutas, etc.

Esto sacó de casillas al jugador, ya que reiteradas veces ha manifestado que él acepta críticas sobre su profesión, pero no que irruman en su vida privada, en su intimidad, y peor divulgando noticias que no son veraces, ya que solicitó al programa que prueben los hechos que fueron imputados al deportista, cosa que hasta la fecha no pudieron demostrar. En consecuencia, Kaviedes acudió a la Fiscalía con videos oficiales de los programas, para iniciar una acción penal contra los conductores del programa, y solidariamente contra el canal que permitió dichas declaraciones. El jugador ha reiterado tajantemente que no busca una indemnización pecuniaria, sino “poner un alto

⁵⁹¹ Para más información al respecto, *vid.*, <http://www.elpopular.com.ec/32492-‘nine’-kaviedes-demandara-a-hatti.html>. (acceso: 16/10/2012)

a este tipo de injusticias dejando un precedente ejemplar”.⁵⁹²

Al respecto, el portal digital *ecuadorinmediato.com* ha publicado:

Cabe decir, como antecedente, que hace poco menos de un mes, se habría indicado durante la programación del canal RTS que Kaviedes había ingerido alcohol antes de un partido. Hay que recordar que el jugador, según reconoció él mismo, estuvo sometido a tratamientos para contrarrestar su adicción a las bebidas alcohólicas y a las drogas, después de lo cual ha vuelto a la actividad deportiva con éxito en El Nacional.

El jugador incluso precisó que por estos rumores se sometió a pruebas que determinarían si había bebido o no, mismas que indicó resultaron negativas. A lo que indicó que estas noticias falsas han afectado a su familia ya que él ha iniciado una nueva etapa en su vida y esto no le hace bien. “No puedo permitir que se mienta por hacer noticia”, indicó Kaviedes este viernes y agregó en tono enfático que “la desinformación de un medio en particular agravó el estado de salud de mi familia. Son situaciones que se han venido dando desde hace mucho tiempo pero ahora en mi vida como la llevo no puedo permitir que eso suceda”.

El jugador indicó también que más allá de la indemnización económica que podría recibir, lo que realmente busca es dejar sentado un precedente para que este tipo de acciones no se vuelvan a dar. En principio, Kaviedes y su abogado defensor, solicitaron a la Fiscalía que pida al canal RTS la grabación del programa *Vamos con Todo*, emitido el 7 de julio, donde se habrían cometido las supuestas injurias. Asimismo, Borja, el abogado del jugador aseguró que el canal RTS también sería demandado por permitir que desacrediten la honra del jugador.⁵⁹³

Segundo, En agosto de 2011, se hizo pública la demanda que presentó Jaime Iván Kaviedes en contra del periodista Hugo Gavilánez,⁵⁹⁴ y solidariamente, al canal *RTS*⁵⁹⁵, por permitir que en su programación se lesione la intimidad, honor y buena imagen del deportista.⁵⁹⁶

El conflicto se origina porque el día 2 de agosto de 2011, en el *Noticiero de la Comunidad*, el periodista demandado señaló que Kaviedes se encontraba la noche

⁵⁹² Al respecto, *vid.*, <http://www.eluniverso.com/2011/08/27/1/1372/nine-demandara-rts.html>. (acceso: 16/10/2012).

⁵⁹³ Página web *ecuadorinmediato.com*. *Jaime Iván Kaviedes inició proceso judicial contra periodista por injurias calumniosas*. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=156590&umt=jaime_ivan_kaviedes_inicio_proceso_judicial_contra_periodista_por_injurias_calumniosas. (acceso: 17/10/2012).

⁵⁹⁴ Al respecto, se puede apreciar el video del momento en que el deportista, conjuntamente con su abogado, se acercan a la Fiscalía a plantear la demanda. *Vid.*, <http://www.youtube.com/watch?v=52SzGLE14dw> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁹⁵ No es la primera demanda que sufre dicho medio de comunicación por daños a la intimidad, honor y propia imagen de una figura pública. El año pasado, el actor ecuatoriano Alberto Cajamarca, interpuso una demanda al canal RTS por daño moral por 40 millones USD. Esta demanda fue interpuesta debido a que el programa de farándula *Vamos Con Todo* filmó una cámara oculta del actor guayaquileño, lo cual está prohibido. Además, los presentadores de dicho programa, realizaron comentarios al aire, los cuales dañaron la buena imagen del actor, así como lesionaron su honor. Al respecto, *vid.*, http://confirmado.net/index.php/ciencia/templates/plugins/component/jcomments/feed/com_content/6896.html. (acceso: 4/10/2012)

anterior (lunes 1 de agosto) en una discoteca de Guayaquil ingiriendo alcohol, y que ese día él tenía entrenamiento con el Club Deportivo El Nacional (club donde militaba en aquel entonces el jugador) a las 10 de la mañana, y que él viajaba de Guayaquil a Quito en el vuelo de las 8h30 de la mañana, faltando así a sus obligaciones laborales con el club y al código disciplinario de dicha institución deportiva.

El jugador demostró con pruebas contundentes (test de alcoholemia), que todo era un invento de dicho periodista, ergo una difamación atentatoria contra su intimidad, honor y buena imagen, porque dicha información fue difundida al aire, basándose en un mensaje de texto que recibió el comunicador, lo cual no es fuente fidedigna para emitir información veraz como lo cataloga la Constitución vigente. Además, dichas acusaciones fueron escuchadas por la abuela del futbolista, de 89 años de edad, y por el hijo del mismo, lo cual generó repercusiones en la salud de su abuela y en la salud psicológica del niño, quien tuvo que ser sometido a un tratamiento psicológico, debido a todas las difamaciones que emitía la prensa sobre su padre. Situaciones que claro está, no pueden ser toleradas y es necesario sentar un precedente judicial a nivel nacional para terminar con estas intromisiones arbitrarias en la intimidad de las personas.⁵⁹⁷

Al respecto Diario *El Universo* ha manifestado:

El futbolista ecuatoriano Jaime Iván Kaviedes demandará legalmente al canal de televisión RTS y a periodistas [...] por injurias calumniosas [...], y desacreditaron la honra del Nine. [...] El pasado 2 de agosto, Kaviedes negó que 24 horas antes haya estado en la discoteca La Cascada, de Guayaquil, información que se hizo pública en el 'Noticiero de la comunidad', del canal de televisión RTS. El Nine acusó a los conductores del programa, Hugo Gaviláñez y Carla Sala, de haber creado un rumor sin ningún fundamento, basado en un mensaje de texto enviado por celular.

Gaviláñez leyó: "Anoche (lunes 1 de agosto) Jaime Iván Kaviedes estuvo de farra en la discoteca La Cascada, en Colinas de la Alborada. Hoy tiene entrenamiento en Quito con El Nacional a las 10:00 y se va en el vuelo de las 08:30". En los días posteriores, los presentadores del noticiero ofrecieron disculpas públicas, pero según Kaviedes con eso no es suficiente y con la demanda, dijeron, intentarán sentar un precedente. "Solo quiero que haya un alto a este tipo de injusticias. Por lo que dijeron hay secuelas graves en la salud de mi familia", expresó el Nine.

El abogado del jugador pidió ayer formalmente, a través de la vía judicial, en la Fiscalía de Pichincha, los videos oficiales de los programas 'Vamos con todo', del 7 de julio, y del 'Noticiero de la comunidad', del 2 de agosto, con los cuales se presentará la acusación particular. Para colaborar con el fiscal ya se le han entregado copias de audio y video de ambos programas de RTS. "Un periodista debe cumplir con su trabajo dentro de la ética y sin injuriar y desacreditar a nadie, por el solo hecho de querer presentar una noticia".⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Al respecto, sugerimos ver la entrevista que el futbolista brindó a un noticiero matutino, *vid.*, <http://www.youtube.com/watch?v=QXXBaA9Q2kU> (acceso: 4/10/2012)

⁵⁹⁸ Diario El Universo. "Nine" Kaviedes demandará a canal RTS. <http://www.eluniverso.com/2011/08/27/1/1372/nine-demandara-rt.html> (acceso 27/6/2012)

Tercero, en junio de 2012, Jaime Iván Kaviedes dio a conocer a la prensa que “se dedicará a demandar”, esta vez a periodistas y medios de comunicación e la ciudad de Quito, pues el futbolista está harto de las intromisiones arbitrarias los medios de comunicación en su vida privada. Intromisiones que para él, son negativas porque son difamaciones que atentan contra su honor, intimidad y buena imagen.

Al respecto, la web oficial de Radio *La Deportiva 99.3 FM* señaló:

Jaime Iván Kaviedes, luego de los entrenamientos con Sociedad Deportiva Aucas, dialogó con nuestro compañero Pepe Mera y señaló que ahora se “Dedicara a demandar”, pues mencionó que está en proceso de demandar a tres periodistas que dijeron cosas que no debían sobre él, pero no es la única demanda, Kaviedes también demandará a Deportivo Quito.

“Por ahí escuche a tres comentaristas decir ciertas cosas, ya estoy en procesos legales contra ellos, así como lo voy hacer con la gente de Deportivo Quito”, afirmó el ariete de Aucas.

Según Kaviedes hay cierta prensa capitalina e hinchas del mismo equipo al que demandará (Deportivo Quito) *que piensan que por tener un micrófono pueden decir lo que quieran sobre él* [las cursivas son mías].

“Creo que me dedico ahora a demandar, me voy hacer abogado. Se van a sumar algunas nuevas (demandas) porque algunos creen que por tener un micrófono pueden decir lo que les da la gana, yo cometí errores pero fue en el pasado. Tengo las pruebas necesarias y las grabaciones para poder defenderme”, aseveró Kaviedes.

Además manifestó que lo dicho por los periodistas a los que demandará es muy grave. “Lo que dijeron los periodistas es muy grave y van a tener que demostrarlo y justo hoy hice unas pruebas las cuales las voy a adjuntar a las grabaciones”, añadió.⁵⁹⁹

En los tres casos antes mencionados, podemos apreciar que algo falla dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que sumándole al caso de Fabio Renato, son ya algunos los antecedentes de la frecuencia de estas situaciones donde medios de comunicación, irrumpen en la intimidad de los atletas y divulgan informaciones falsas, las cuales son difamaciones que generan serios perjuicios en los deportistas y sus familias. Al respecto, nos parece pertinente citar un extracto del artículo “FÚTBOL: Pasión y Contradicciones”, de Arévalo Rosero, publicado en la Revista *Polémika* de la Universidad San Francisco de Quito:

Desgraciadamente frente a esto, las normas en la mayoría de países latinoamericanos son muy laxas y permisivas. Parece que frente a un micrófono puede estar cualquiera vociferador, que no es más que un incendiario con espíritu radical y tal vez sin escrúpulos.⁶⁰⁰

La Constitución Política vigente ha fallado en su objetivo de tutelar los derechos

⁵⁹⁹ Radio La Deportiva 99.3 FM. “Nine” Kaviedes Prepara Demanda Contra Deportivo Quito y Periodistas. <http://deportiva993.com/web/futbol/“nine”-kaviedes-prepara-demanda-contra-deportivo-quito-y-periodistas-audio.html>. (acceso: 17/10/2012)

⁶⁰⁰ Fabio Arévalo Rosero M.D. *FÚTBOL: Pasión y contradicciones*. Ecuador: Revista *Polémika*, Universidad San Francisco de Quito, año 3, núm. 7, junio de 2011, p. 37.

de libertad (derechos fundamentales), debido principalmente a la ambigua redacción de su articulado, especialmente del artículo 66.18, el que confunde y mezcla bienes jurídicos como si fueran uno solo. Esperamos que en las sentencias de las demandas planteadas Kaviedes, las cuales siguen en trámite, podamos obtener jurisprudencia abundante en criterios que aporten a la construcción de un sistema jurídico que proteja los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales en Ecuador.

Al respecto, la doctrina norteamericana señala que la *defamation law* busca proteger el área menos tangible de un deportista, es decir, su reputación.⁶⁰¹ Para la corriente norteamericana una publicación es difamatoria si tiende a generar daños en la reputación de otro, así como denigrar y disminuir la estimación que tiene esa persona ante el lente público, ante la opinión de la colectividad (*false light*).⁶⁰²

Por lo tanto, para la doctrina norteamericana, un deportista profesional en una demanda de difamación por lesiones a su derecho al honor, debe demostrar: 1) Que la comunicación del demandado tuvo una naturaleza difamatoria; 2) Que dicha comunicación fue publicada, y; 3) Que dicha comunicación era respecto del atleta, del demandante.⁶⁰³ Situaciones que como vemos, en el presente caso se cumplieron, por lo que si estuviéramos en Estados Unidos, Jaime Iván Kaviedes lograría sin ningún contratiempo hacer respetar su derecho a la intimidad y honor respecto de las difamaciones e intromisiones a las que ha sido objeto por parte de los medios de comunicación nacionales.

Dicho esto, es evidente que el deportista profesional ecuatoriano de élite corre muchos riesgos por el mero hecho de ser una figura pública, cuya vida genera un interés social elevado. La intimidad, honor y propia imagen de los mismos queda muy expuesta de ser vulnerada en aras de la libertad de información, lo cual creemos no es lo adecuado porque esta libertad no es derecho ilimitado, y debe ser definido de una mejor manera por nuestro ordenamiento jurídico para así poder tutelar los derechos fundamentales en conflicto, y evitar que se da una libertad de difamación en lugar de una libertad de expresión y comunicación.

⁶⁰¹ Michael E. Jones. *Sports Law. Óp., cit.*, p. 106

⁶⁰² *Ibíd.*

⁶⁰³ *Ibíd.*

2. Normativa Vigente

2.1 Constitución Política de la República del Ecuador

En cuanto a los derechos fundamentales analizados en la presente investigación, fueron reconocidos por la anterior Constitución de Riobamba de 1998, la cual consagraba entre los derechos civiles, el derecho a la intimidad personal y familiar, junto a la honra y buena reputación de las personas. No obstante, manifestaba que la protección del nombre, imagen y voz de la persona serían establecidos por la ley,⁶⁰⁴ cosa que no sucede en la actual Constitución.

Al igual que con el derecho a la intimidad, honor y propia imagen, el derecho a la información de las personas ya estaba vigente en la antigua Constitución de 1998, solo que esta vinculaba a este derecho con “la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación”.⁶⁰⁵ Ahora por el contrario, se diferencia claramente como derechos autónomos, el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión. Lo cual consideramos apropiado, porque son dos instituciones jurídicas completamente diferentes.

La Constitución Política de la República del Ecuador de octubre de 2008, consagra específicamente en sus artículos 66.18 y 66.19 (capítulo VI – *derechos de libertad*), los derechos a la intimidad personal y familiar, así como el derecho al honor, buen nombre, imagen y voz de la persona.

El artículo 66 de la Constitución establece:

Se reconoce y garantiza a las personas: 18) El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona;⁶⁰⁶ 19) El derecho a la protección de los datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular⁶⁰⁷ o el mandato de la ley; 20) El derecho a la intimidad personal y familiar; 21) El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; [...] Este derecho protege cualquier otro

⁶⁰⁴ Antigua Constitución de la República del Ecuador. Artículo 23.8. Decreto legislativo No. 000. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

⁶⁰⁵ *Id.*, art. 23.9

⁶⁰⁶ El legislador nacional adoptó criterios de la jurisprudencia francesa y norteamericana, al establecer que la imagen no sólo se limita a los rasgos faciales de la persona, por el contrario, la extiende hasta rasgos de la personalidad, como la voz.

⁶⁰⁷ El legislador nacional ha considerado al igual que en la doctrina española y norteamericana, que el consentimiento es esencial para la difusión de datos e informaciones de carácter personal e íntimo.

tipo o forma de comunicación ; y 22) El derecho a la inviolabilidad del domicilio [...].⁶⁰⁸

Precisamente el artículo 66.18 referente al honor, buen nombre, imagen y voz de la persona es el que más hemos criticado a lo largo de la presente investigación, debido a la pobre técnica jurídica con la que fue redactado. Dicho artículo confunde el derecho al honor con el derecho a la propia imagen de las personas. Evidentemente, ambos derechos persiguen fines distintos, y protegen bienes jurídicos diferentes. Por lo que si dicho artículo está mal redactado, podemos esperar que su aplicación al caso concreto sea errónea también, perjudicando a los afectados por publicaciones difamatorias y captaciones arbitrarias de su propia imagen.

Por su parte, el ordenamiento constitucional ecuatoriano, al igual que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no se limitan a la mera intimidad particular, sino que protege la intimidad personal y familiar del individuo.⁶⁰⁹ Además, se protege la inviolabilidad del domicilio y correspondencia (con ciertas excepciones con fines de interés público, como la seguridad nacional), tal y como sucedía en los inicios del derecho a la propia imagen, el cual era vinculado con el derecho de propiedad, como lo señalamos previamente.

En cuanto al derecho a la información, este se encuentra desplegado a lo largo de la carta política, siendo su tratamiento muy ambiguo en comparación de los países analizados previamente, lo cual no es positivo ya que sería mejor contar con un bloque de artículos que regulen de una manera definitiva y eficaz el derecho a la información de las personas, para poder armonizar su conflicto con el derecho a la intimidad, honor y propia imagen. Su regulación comienza, a partir del artículo 18, el cual garantiza a todas las personas el derecho a recibir o producir información:

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1) Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con *responsabilidad ulterior* [las cursivas son mías].⁶¹⁰

En cuanto a la veracidad de la información, autores nacionales han manifestado: “Se ha señalado que, en nuestro medio, la veracidad es posible medirla, siendo más difícil la *objetividad*: pues, para la veracidad, que no se refiere a lo verdadero sino a lo

⁶⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁰⁹ Hernán Salgado Pesantes. *El derecho a la protección de la vida privada*. Óp., cit., p. 77.

⁶¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 18.1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

comprobable, hay estándares internacionales de interpretación”.⁶¹¹ A nuestro criterio, estas críticas fueron constructivas e influyentes en el legislador nacional, ya que en la actual Constitución, han eliminado el criterio “objetivo” de la información difundida, el cual formaba parte de la Constitución de Riobamba de 1998, dejando un espacio más claro para comprobar la veracidad de las noticias difundidas.

Asimismo, la doctrina nacional ha precisado sobre la *pluralidad* de la información: “Se ha criticado el criterio “plural” de la información, por ser una noción subjetiva que habría que precisar su sentido”.⁶¹² No obstante, esta vez la crítica de Salgado Pesantes parece no haber influido en lo absoluto en el parecer del legislador nacional, quien incluyó a la pluralidad dentro del derecho a la libertad de información.

De la misma manera, se introdujo a la libertad de expresión (como hemos visto es una extensión o manifestación de la libertad de información) en los derechos fundamentales de las personas (*derechos de libertad* según nuestra Constitución). El artículo 66.6 señala que: “Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”⁶¹³

Por último, dentro del régimen del “Buen Vivir”,⁶¹⁴ el artículo 384 sostiene que se asegurará el ejercicio de los derechos de libertad de información y expresión:

El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de [...] información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana.

[...] El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana.⁶¹⁵

Como podemos apreciar, esta aparición simultánea del derecho a la información a lo largo de la carta política no puede hacer más que confundir al juez nacional, quien al momento de aplicar la Constitución, puede llegar a tener serios conflictos y confusiones sobre qué artículo aplicar. Razón por la cual, creemos que debería existir una sección especialmente dedicada al derecho a la información dentro de Ecuador, para poder solucionar todos los conflictos derivados de la aplicación y ejercicio de este derecho fundamental.

⁶¹¹ Hernán Salgado Pesantes. *El derecho a la protección de la vida privada. Óp., cit.*, p. 77.

⁶¹² *Ibíd.*

⁶¹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66.6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶¹⁴ O principio del *Sumak Kawsay*. Al respecto, *vid.*, Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 14, 250, 275, 387. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶¹⁵ *Id.*, art. 384.

Histórica y constitucionalmente hablando, el deporte no es algo nuevo en Ecuador, pues la carta política de 1998 se refirió al deporte en dos ocasiones:

Primero, en la Sección Quinta “De los grupos vulnerables”, donde era prioridad principal estatal, el desarrollo de los niños y los adolescentes. Al respecto el artículo 49 señalaba: “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a [...] la salud integral y nutrición; al deporte y recreación”.⁶¹⁶ De esta manera, se dio una injerencia pública y jerarquía constitucional al deporte y la recreación de los niños y adolescentes, destacando los derechos a la salud integral y nutrición, los cuales son estrechamente necesarios para una actividad deportiva plena.

Segundo, en la Sección Undécima, el artículo 82 se refiere exclusivamente al deporte:

El Estado protegerá, estimulará, promoverá y coordinará la cultura física, el deporte y la recreación, como actividades para la formación integral de las personas. Proveerá de recursos e infraestructura que permitan la masificación de dichas actividades. Auspiciará la preparación y participación de los deportistas de alto rendimiento en competencias nacionales e internacionales, y fomentará la participación de personas con discapacidad.⁶¹⁷

Además, existía una sección completa vigente dedicada al deporte en dicha Constitución, donde se incorporaba a la cultura física, como elementos de formación del individuo, y se fomentaba la difusión de las actividades para personas con discapacidad.

La Constitución vigente reconoce como derecho fundamental de las personas, *la práctica del deporte* como parte del régimen del buen vivir. Sin embargo, podemos evidenciar que el legislador nacional enfoca, promueve e incentiva la práctica deportiva a las personas más jóvenes del terruño ecuatoriano. Prueba de ello es el segundo inciso del artículo 39, el cual manifiesta lo siguiente: “El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como *actores estratégicos del desarrollo del país* [cursivas son mías], y les garantizará, [...] el deporte [...]”.⁶¹⁸

Asimismo, el artículo 24 de la Constitución señala: “Las personas tienen derecho a la recreación y al esparcimiento, a la *práctica del deporte* [cursivas son mías] y al

⁶¹⁶ Antigua Constitución de la República del Ecuador. Artículo 49. Decreto legislativo No. 000. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

⁶¹⁷ *Id.*, art. 82.

⁶¹⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 39, segundo inciso. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

tiempo libre”.⁶¹⁹ Artículo que está en plena concordancia con lo precisado por el primer inciso del artículo 48 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual dice: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la recreación, el descanso, al juego, *el deporte* [cursivas son mías] y más actividades propias de cada etapa evolutiva”.⁶²⁰

La Constitución vigente contiene una sección dedicada a las niñas, niños y adolescentes del Estado ecuatoriano, donde el segundo inciso del artículo 45 expone: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al *deporte* y recreación.”.⁶²¹ Conjunto de derechos que a nuestro criterio, acompañan a una práctica deportiva responsable, como por ejemplo, la salud y nutrición para una práctica deportiva de alto rendimiento.

Asimismo, dicha sección de niñas, niños y adolescentes de la actual Constitución, reconoce y tutela el derecho a la propia imagen de estos menores:

El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: [...] 7) Protección frente a la influencia de programas o mensajes difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el *respeto a sus derechos de imagen* [cursivas son mías], integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.⁶²²

Sobre el previamente mencionado régimen del buen vivir o *sumak kawsay* y su vínculo con el deporte, la actual carta política pondera: “El sistema se compone de los ámbitos de [...] cultura física y deporte, [...] comunicación e información [...]”.⁶²³ De esta manera, podemos apreciar que tanto la práctica deportiva, como la libertad de información, son derechos de jerarquía similar, debido a su reconocimiento constitucional. Razón por la cual, dentro de este conflicto de derechos fundamentales, es complicado llegar a determinar cuál prima más.

Por último, dentro de la actual Constitución, se incluye una sección dedicada a la cultura física y tiempo libre de las personas, donde el primer inciso del artículo 381 precisa:

El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la

⁶¹⁹ *Id.*, artículo 24.

⁶²⁰ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 48, primer inciso. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

⁶²¹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 45, segundo inciso. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁶²² *Id.*, artículo 46.7.

⁶²³ *Id.*, artículo 340.

salud, formación y desarrollo integral de las personas; impulsará el acceso masivo al deporte y a las actividades deportivas a nivel formativo, barrial y parroquial; auspiciará la preparación y participación de los deportistas en competencias nacionales e internacionales, que incluyen los Juegos Olímpicos y Paraolímpicos; y fomentará la participación de las personas con discapacidad.⁶²⁴

Por su parte, el artículo 382 señala: “Se reconoce la autonomía de las organizaciones deportivas y de la administración de los escenarios deportivos y demás instalaciones destinadas a la práctica del deporte, de acuerdo con la ley”.⁶²⁵ Tema que posteriormente sería regulado por la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, la cual analizaremos más adelante.

Sin embargo, toda esta variedad de artículos referentes al deporte en Ecuador no hacen más que repetir criterios ya existentes en la Constitución de 1998, además de no darle el tratamiento jurídico que merece el deporte en la actualidad. Seguramente el legislador nacional no tuvo apuros en integrar a la carta política elementos que solucionen conflictos referentes al deporte en Ecuador, esperando que la nueva Ley del Deporte solucione dichos conflictos. Lastimosamente para el legislador nacional, dicha Ley del Deporte también fue un fracaso y no trató muchas problemáticas derivadas de la práctica deportiva, incluyendo la que es objeto de estudio en la presente investigación.

El legislador nacional, siguiendo la corriente doctrinaria española, consideró que en caso de verse lesionado el honor de una persona, por la difusión o publicación de informaciones o imágenes falsas, insidiosas, temerosas, con malicia, etc., a través de medios masivos de comunicación social, esa persona tiene derecho a que se haga la *rectificación pertinente*. Al respecto, el artículo 66.7 de la actual Constitución expresa (en la anterior Constitución, también se sostenía la misma postura):

Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.⁶²⁶

De esta manera, nuestro derecho constitucional históricamente ha relacionado el derecho a la libertad de información con el derecho al honor y buena reputación de las personas, lo que ha causado que se genere una primera intención o idea sobre la intimidad o vida privada de las personas. En la práctica nacional, este derecho de rectificación, según autores como Pesantes Salgado: “se las realizan en espacios

⁶²⁴ *Id.*, artículo 381, primer inciso.

⁶²⁵ *Id.*, artículo 382.

⁶²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66.7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

insignificantes de los medios de prensa, especialmente escritos, frente al despliegue que tienen las informaciones cuya rectificación se solicita”.⁶²⁷

Relacionado con la intimidad de las personas, la Constitución ecuatoriana recoge el principio bajo el cual toda persona tiene derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas o religiosas;⁶²⁸ además, se dispone que sobre este tipo de informaciones, ninguna persona pueda ser obligada a declarar.⁶²⁹ Asimismo, este principio extiende su alcance hacia la prohibición de la utilización y/o difusión de esta información de carácter personal, así como la prohibición de utilizar datos sobre la salud o vida sexual de una persona⁶³⁰ (excepto con fines estrictamente médicos, donde el derecho a la vida tiene un alcance superior a muchos derechos fundamentales).

No obstante y valga la redundancia, consideramos oportuno reiterar nuestra crítica hacia la redacción del artículo 66.18 de la Constitución vigente, el cual otorga una genérica tutela a los derechos contenidos en el mismo. La redacción de tal artículo, nos hace pensar que se está tratando un solo bien jurídico protegido, cuando dentro del presente trabajo, hemos demostrado realmente que el derecho a la propia imagen no protege los mismos campos que el derecho al honor.

Asimismo, podemos evidenciar que la *ratio legis* de los artículos 66.18 y 66.19 están motivados en la doctrina española sobre la materia, es decir, reconocen la doble vertiente del derecho a la propia imagen (positiva y negativa), mediante la cual su titular tiene la facultad de decidir por sí mismo si explota comercialmente su imagen, o si por el contrario, se niega a la reproducción, distribución y difusión de la misma. Sin embargo, consideramos oportuno criticar estos artículos y señalar que la aparición de la doble vertiente del derecho a la propia imagen podría haber sido efectuada de una manera más explícita y clara, con el fin de facilitar la tarea del juez constitucional en el caso concreto. Situación similar a lo ocurrido con la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, la cual analizaremos más adelante.

Por último, cabe señalar que en Ecuador el derecho a la libertad de información puede ser suspendido mediante la *censura previa*, derivada de la declaratoria del estado de excepción por el primer mandatario, siempre y cuando

⁶²⁷ Hernán Salgado Pesantes. *El derecho a la protección de la vida privada*. Óp., cit., p. 76.

⁶²⁸ *Id.*, p. 77.

⁶²⁹ *Ibíd.*

⁶³⁰ *Ibíd.*

justifique la necesidad del mismo., sin embargo, cabe recalcar que en la práctica han sido pocas veces las que se lo ha invocado.⁶³¹

Al respecto, el artículo 165.4 de la Constitución dispone:

Durante el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y *libertad de información* [las cursivas son mías], en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: 4) Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.⁶³²

Consideramos que si la libertad de información puede ser suspendida mediante la censura previa en un *estado de excepción*, de igual manera puede ser considerado menos en la balanza que los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de las personas, especialmente, cuando dicha libertad de información se convierte en libertad de difamación, generando daños y perjuicios a las víctimas de las publicaciones insidiosas y falsas.

De esta manera, podemos decir que la actual Constitución Política, si bien reconoce como derechos fundamentales a la intimidad, honor y propia imagen de las personas, así como la práctica deportiva, no establece una solución real sobre el conflicto de estos derechos con el derecho a la libertad de información de las personas. Paradójicamente, alarga la problemática y el conflicto, pues no aporta un camino visible de solución, mas bien lo nubla, contando con artículos como el 66.18 que no hacen más que dificultar la tarea del juez constitucional al momento de aplicar el derecho para resolver conflictos entre dichos derechos. Razón por la cual, hemos desarrollado la presente investigación, la que concluirá con una propuesta eficiente de nuestra parte para solucionar dicha problemática y tutelar de mejor manera los derechos fundamentales de los deportistas profesionales en Ecuador.

⁶³¹ *Id.*, pp. 82-83.

⁶³² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 165.4. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

2.2 Ley de Propiedad Intelectual

Nuestro régimen de propiedad intelectual trata de manera muy breve la problemática objeto de estudio de la presente investigación. Son dos los artículos contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual que aportan criterios para la tutela jurídica del derecho a la propia imagen de los deportistas profesionales, y de las personas en general.

Primero, el artículo 40 de la ley señala que el retrato de una persona *no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la misma persona*. Concepto que evidentemente fue heredado de la doctrina mayoritaria a nivel mundial sobre el tema, ya que como vimos en países como España, Estados Unidos, Reino Unido, Portugal, Brasil, etc., el consentimiento es determinante para que la imagen de una persona pueda ser reproducida, divulgada o difundida por terceros (doble vertiente del derecho a la propia imagen). Apartado que consideramos oportuno, ya que fue el encargado de hacer respetar el derecho a la propia imagen del futbolista Edison Méndez en su conflicto jurídico contra *Conecel*, por la difusión no autorizada de la imagen del atleta con fines estrictamente comerciales.

Al respecto el artículo 40 del Régimen de Propiedad Intelectual precisa:

El retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la misma persona y, luego de su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo, la publicación del retrato es libre, cuando con fines científicos, didácticos o culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Como podemos apreciar en el artículo antes citado, existen excepciones que legitiman el uso sin el consentimiento del titular de una imagen, como por ejemplo el *interés público* o cuando el retrato fue expuesto a *lugares públicos* (espectáculos deportivos en este caso). Al respecto, creemos que el artículo es muy discreto al momento de tutelar el derecho a la propia imagen, y peor aún tratándose de la explotación comercial de la imagen de las personas.

Al respecto, citaremos una sentencia análoga con nuestra tesis, del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 1988, relativa a la comercialización de cromos de jugadores profesionales de fútbol sin contar con su consentimiento, dentro de la práctica de su profesión en un campo de juego. La sentencia expresa:

El carácter público de la persona cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legitima a su captación, reproducción o publicación a

finde de mera información, pero nunca cuando se trate de sus explotación para fines publicitarios o comerciales.⁶³³

Además, consideramos que la Ley puede dejar vacíos legales al agregar el bien jurídico protegido “interés público”, sin definirlo. Como sabemos el interés público ha sido históricamente considerado en el derecho como un concepto jurídico indeterminado, debido a su subjetividad, razón por la cual, el legislador nacional debía dar un acercamiento a lo que en Ecuador se entiende por interés público, para de esa manera clarificar cuándo una captación es legítima bajo el argumento del interés público.

En definitiva, no consideramos que resguardándose en el *interés público*, las personas o terceros puedan difundir comercialmente la imagen de una persona sin el consentimiento de la misma, y peor aún, de deportistas profesionales de élite, los cuales poseen una notoriedad pública que los hace más susceptibles de dichas violaciones. Es por ello que es muy importante para el objeto de estudio de la presente investigación, tomar en cuenta el criterio aportado por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el caso previamente mencionado *Edison Méndez v. CONECEL*.

Segundo, el primer inciso del artículo 41 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual⁶³⁴, en el acápite sobre “Obras fotográficas y meras fotografías”, el cual regula su uso diciendo que la persona autora de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía deberá contar con el *consentimiento* del fotografiado, o de sus causahabientes en caso de muerte, para ejercer sus derechos de autor o conexos.

En este contexto, podemos apreciar una vez más que el artículo 41 reconoce el carácter positivo y negativo del derecho a la propia imagen, ya que la persona fotografiada puede negarse a la difusión y/o reproducción de su imagen reflejada en una obra fotográfica. Sin embargo, consideramos que esta doble vertiente del derecho a la propia imagen podría ser mejor expuesta y detallada, para disminuir la posibilidad de confusiones y a futuro, disminuir la posibilidad de conflictos derivados sobre este tema.

⁶³³ Tribunal Supremo Español. STC de 9 de mayo de 1988.

⁶³⁴ Art. 41.- El autor de una obra fotográfica o el realizador de una mera fotografía sobre una persona, deberá contar con la autorización de la persona fotografiada, y a su muerte, de sus causahabientes, para ejercer sus derechos de autor o conexos, según el caso. La autorización deberá constar por escrito y referirse específicamente al tipo de utilización autorizada de la imagen. No obstante, la utilización de la imagen será lícita cuando haya sido captada en el curso regular de acontecimientos públicos y responda a fines culturales o informativos, o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de interés público. Ley de Propiedad Intelectual, Codificación. Artículo 41. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

En cuanto al término “obra fotográfica”, Rivera ha precisado al respecto: “Es dable advertir que la expresión retrato fotográfico no debe tomarse *ad pedem litteris*, sino como comprensiva de dibujos, retratos a lápiz, pinturas, esculturas, televisión, caricaturas y cualquier otra forma de captar y/o reproducir la imagen humana”.⁶³⁵ Por lo tanto, se podría decir que la ley de propiedad intelectual nacional quiso referirse con el término “obra fotográfica” a dibujos, retratos a lápiz, pinturas, caricaturas, esculturas, televisión, y cualquier otra manera de captar, difundir y/o reproducir la imagen humana.

Sin embargo, dicho artículo recoge ciertas excepciones, al manifestar que la imagen podrá ser utilizada lícitamente cuando haya sido captada en el curso regular de *acontecimientos públicos* y responda a *finés culturales e informativos* o se realice en asociación con hechos o acontecimientos de *interés público*; excepciones que según Cifuentes tendrán que ser interpretadas *restrictivamente*⁶³⁶, ya que el ejercicio del derecho a la expresión *no puede extenderse* en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, que según la jurisprudencia, merecen igual protección⁶³⁷. No obstante, creemos que el legislador nacional debía precisar con mayor claridad lo que se entiende por *espectáculos públicos*, para que a futuro no sea considerado como espectáculo público, cualquier aparición que hiciera el deportista profesional, como por ejemplo, salir a la playa con su familia a disfrutar de un día íntimo, familiar.

En cuanto a la tesis de Cifuentes, no podríamos estar más de acuerdo con la misma, porque el hecho de que existan excepciones que legitimen el uso de la imagen sin el consentimiento de su titular, no significa que deba ser amplia su ejecución, ni ilimitada. Se debe interpretar restrictivamente el fin con el que la imagen del deportista profesional es captada, para así evitar un detrimento al derecho a la propia imagen, derivadas de reproducciones y/o difusiones arbitrarias, en contra del consentimiento de su titular, que como ya vimos, en muchas ocasiones, siguiendo la doctrina norteamericana, pueden lesionar al derecho a la intimidad y honor de las personas. Precisamente aquí es donde surge el problema jurídico objeto de estudio de esta investigación.

⁶³⁵ En el caso de la caricatura la cuestión puede caer bajo la protección del derecho a la imagen o del honor: *vid.* Rivera, Julio César, “La caricatura como medio de expresión de las ideas”, *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*, Buenos Aires, 2001, p. 307. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 379.

⁶³⁶ Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, *cit.*, nota 3, pp. 176-177. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 379.

⁶³⁷ CSJN, 29 de septiembre de 1998, “Cancela, Omar J. c/Artear S. A. y otros”, L. L. Del 19 de octubre de 1998, p. 3. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... *Óp. cit.*, p. 379.

2.3 Ley del Deporte, Educación Física y Recreación

Esta ley es totalmente nueva para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues fue promulgada en 2010, y publicada en el Registro Oficial Suplemento 225 de 11 de agosto de 2010.

Este cuerpo legal fue motivado por la nueva Constitución de 2008, la cual incluye un *Régimen del Buen Vivir*, donde el deporte forma parte del mismo. Además, según los considerandos de esta ley, al Estado le corresponde:

Proteger, promover y coordinar el deporte y la actividad física como actividades para la formación integral del ser humano preservando principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 381 de la Constitución de la República, "El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; impulsará el acceso masivo al deporte y a las actividades deportivas a nivel formativo, barrial y parroquial; auspiciará la preparación y participación de los y las deportistas en competencias nacionales e internacionales, que incluyen los Juegos Olímpicos y Paraolímpicos; y fomentará la participación de las personas con discapacidad. El Estado garantizará los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades. Los recursos se sujetarán al control estatal, rendición de cuentas y deberán distribuirse de forma equitativa."⁶³⁸

Además, los considerandos admiten que la anterior ley que regulaba el tema, no era eficaz, ya que no respondía a la realidad del deporte ecuatoriano, ni a las necesidades que surgían dentro de la actividad profesional de nuestros atletas, así como tampoco cumplía con los estándares internacionales para garantizar una práctica deportiva de calidad.

Al respecto, el Considerando 14° de la Ley del Deporte vigente señala:

Que, la Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación No. 2005-7, promulgada en Registro Oficial 79, de 10 de Agosto del 2005 no ha respondido a la realidad en la cual está inmerso el deporte y la actividad física en el País, ni a los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación, bajo los cuales debe funcionar.⁶³⁹

Lastimosamente, el legislador nacional ha fallado en su misión, pues la actual Ley del Deporte tampoco es una solución para las necesidades de nuestros atletas profesionales, y en el tema que nos atañe, tampoco presenta una solución, ni siquiera un acercamiento al tema, ergo, no existe una tutela jurisdiccional hacia los derechos a la

⁶³⁸ Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. Considerandos, tercer inciso y ss. Registro Oficial Suplemento 255 de 11 de agosto de 2010.

⁶³⁹ *Id.*, considerando 14°.

intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales. Asimismo, esta ley tampoco se adapta a la realidad del deporte ecuatoriano, que como hemos señalado, cada vez es más avanzado, no en vano dentro de las pasadas Olimpiadas de Londres 2012, contamos con el mayor número de delegados ecuatorianos en la historia de la olimpiadas.

Es así, que el tema de estudio de la presente investigación ni se menciona en dicha ley, así como tampoco otros temas relevantes y actuales dentro del mundo del derecho del deporte, tales como la conversión de clubes profesionales (sociedades civiles sin fines de lucro) a sociedades anónimas, transferencia de menores de edad a clubes europeos, concurso de acreedores en clubes declarados en bancarrota, etc., temas que sin embargo, son objeto de estudio de otra investigación.

Regresando al tema que nos concierne, la actual Ley del Deporte entró en vigencia para reemplazar a la antigua Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación de 2005. Como su nombre lo señala, la actual ley está enfocada a la Cultura Física, la cual era considerada como el universo de la actividad física, para establecer ámbitos de desarrollo institucional en el deporte;⁶⁴⁰ la Educación Física como un instrumento para elaborar una política estatal de salud y educación; y la Recreación como un derecho de las personas a que su tiempo libre sea garantizado por un Estado pendiente de sus necesidades como ser humano, en base al principio de equidad de las personas.⁶⁴¹

La nueva Ley del Deporte, está en plena armonía con la actual Constitución Política, pues contiene preceptos legales que facilitan la aplicación de los artículos 381, 382 y 383 de la carta política, los cuales se enfocan en la intención estatal de fomentar, proteger y promover la práctica deportiva de las personas; impulsando el acceso masivo al deporte, a competencias barriales, garantizando la entrega de recursos para la práctica de estas actividades.⁶⁴²

Como ámbito principal, esta Ley del Deporte busca establecer normas para regular la actividad deportiva en el país, la organización de las federaciones deportivas, con el fin de mejorar la calidad de vida de los ecuatorianos. Ya que como señala el doctrinario ecuatoriano Cárdenas Galarza:

Como lo han manifestado reiteradamente los funcionarios del Ministerio del Deporte, se quiere romper con la pobre estadística que señala al Ecuador como un país

⁶⁴⁰ Giovanni Cárdenas Galarza. *La nueva ley del deporte, educación física y recreación de Ecuador*. Iusport, 2010, p. 1. <http://www.iusport.es/images/stories/documentos/giovani-cardenas-ley-ecuador-2010-pdf.pdf>. (acceso: 2/5/2011).

⁶⁴¹ *Ibíd.*

⁶⁴² *Ibíd.*

con una población en extremo sedentarismo, sin motivación para revertir estos índices y que además desconoce los beneficios integrales que tiene la activación física en el entorno personal y social de las personas.⁶⁴³

En esta ley, se mantienen a las Asociaciones Provinciales por Deporte, se incentiva a las Federaciones Deportivas Provinciales, y se respeta lo señalado en la Carta Olímpica en cuanto a la existencia también de Federaciones Nacionales por Deporte.⁶⁴⁴

En cuanto a las Federaciones Deportivas Provinciales, se establece que sus sedes serán las capitales de cada provincia, las cuales fomentarán, planificarán, controlarán y coordinarán las actividades de las asociaciones deportivas provinciales y ligas deportivas cantonales, quienes conforman su Asamblea General. Además, señala la Ley del Deporte que a través de un departamento técnico, las Federaciones Deportivas Provinciales fomentarán el desarrollo de los deportes a cargo de las Asociaciones Deportivas Provinciales y Ligas Deportivas Cantonales, respetando, claro está, lo señalado y acordado por las Federaciones Ecuatorianas por deporte y el Ministerio del Deporte.⁶⁴⁵

En cuanto a las Federaciones Ecuatorianas por deporte, estas estarán formadas como mínimo por *cinco* clubes especializados de alto rendimiento y deben contar con clubes especializados formativos, los cuales acogerán a jóvenes talentos. Además, señala que en los Directorios de las Federaciones Ecuatorianas por deporte, el secretario y tesorero tendrán derecho al voto.

Una de las innovaciones que presenta esta Ley del Deporte, en comparación con su predecesora de 2005, es que se reconoce una amplia gama de clubes deportivos, porque antes se reconocía únicamente como base estructural del deporte ecuatoriano al *club deportivo*;⁶⁴⁶ Ahora, el artículo 17 diferencia entre: club básico para el deporte barrial, parroquial y comunitario; club deportivo especializado formativo; club deportivo especializado de alto rendimiento; club de deporte adaptado y/o paraolímpico; y, club deportivo básico de los ecuatorianos en el exterior.⁶⁴⁷

En cuanto a esta evidente finalidad administrativa de la vigente Ley del Deporte, la doctrina nacional ha precisado:

⁶⁴³ *Ibíd.*

⁶⁴⁴ *Id.*, p. 2.

⁶⁴⁵ *Ibíd.*

⁶⁴⁶ *Ibíd.*

⁶⁴⁷ Ley del Deporte, Educación Física y Recreación. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 255 de 11 de agosto de 2010.

Esta nueva normativa regula técnica y administrativamente a las organizaciones deportivas en general y a sus dirigentes, la utilización de escenarios deportivos públicos o privados financiados con recursos del Estado. Propone el fomento, la protección y regulación del sistema deportivo, educación física y recreación en el territorio nacional.⁶⁴⁸

En definitiva, tras revisar la actual Ley del Deporte, podemos decir que tiene más un carácter administrativo y social, con la finalidad de regular y organizar la división y operación de las diferentes entidades deportivas del país, para obtener mejores resultados administrativos-deportivos, así como también fomentar la práctica deportiva, como estilo de vida para tener una buena salud, y en consecuencia, un mejor estilo de vida, acorde al régimen de Salud Pública del Estado. Sin embargo, en cuanto al tema propuesto en la presente investigación, poco o nada puede aportar la nueva Ley del Deporte.

2.4 Ley del Futbolista Profesional

Esta ley, si bien no es muy conocida por la colectividad ecuatoriana, ya tiene algunos años vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues fue publicada en el Registro Oficial núm. 462, de 15 de junio de 1994. Esta ley, no es más que una mala interpretación del Real Decreto 1006/1985 español, el cual regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Solo que, en Ecuador, se la enfocó exclusivamente a futbolistas profesionales, y de mala manera, pues deja muchísimos vacíos legales en cuanto a la problemática objeto de estudio de la presente investigación, pues no toma en cuenta a todos los deportistas en general, enfocándose exclusivamente en los futbolistas, quienes para la época de redacción de dicha ley, eran los deportistas más aclamados y con mejores remuneraciones mensuales en Ecuador.

Dentro de los considerandos de dicha ley, se establece que la misma fue creada en virtud de los numerosos casos sobre el contrato que vincula a los futbolistas profesionales con los clubes de fútbol profesionales afiliados a la Federación Ecuatoriana de Fútbol (en adelante FEF), tema que es objeto de análisis de otra investigación.

Además, el legislador consideró crear dicha ley porque dicho contrato al ser de características y contenido especial, debía ser regulado por la ley, y por lo tanto, que el

⁶⁴⁸ *Id.*, p. 1.

Estado debía proteger los derechos de los futbolistas profesionales. Lastimosamente, como veremos a continuación, esta tutela fue muy vaga y limitada, empezando por ser una ley exclusivamente enfocada en futbolistas profesionales, dejando a un lado la protección de los atletas profesionales de las demás disciplinas deportivas, además de dejar varios cabos sueltos, gracias a los cuales se han dado perjuicios en contra de dichos deportistas.

Sin embargo, nos resulta oportuno ponderar la conceptualización de lo que se entiende en Ecuador por futbolista profesional (lo cual podríamos aplicar para definir a un deportista profesional):

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por futbolista profesional al deportista que, habiendo celebrado un contrato escrito con un club afiliado a la Federación Ecuatoriana de Fútbol, además de la reposición de los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades, también percibiere una remuneración periódica.⁶⁴⁹

La redacción del artículo no resulta del todo acertada, pues si bien menciona la esencia básica de lo que se entiende a nivel FIFA (contrato escrito y remuneración)⁶⁵⁰ por futbolista profesional, no realiza un desarrollo específico sobre la cuestión laboral de la actividad, así como tampoco extiende su tratamiento en cuanto a las partes de dicha relación laboral, ni tampoco la relación jurídica que los une.⁶⁵¹

Asimismo, el concepto de *remuneración periódica* induce a error, pues dicha terminología puede acarrear varias interpretaciones que pueden perjudicar a las partes, especialmente al deportista profesional, sujeto de estudio en la presente investigación.⁶⁵²

Luego de un análisis efectuado por especialistas argentinos en Derecho del Deporte, como José R. Balmaceda, conjuntamente con doctrinarios nacionales, llegaron a la conclusión de que la redacción del artículo 1 de la Ley del Futbolista Profesional ha generado diversos conflictos entre los clubes profesionales con sus jugadores, resultando afectados los deportistas. Al respecto Balmaceda señala: “ya sean en

⁶⁴⁹ Ley del Futbolista Profesional. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 462, de 15 de junio de 1994.

⁶⁵⁰ El Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de FIFA, en su artículo 2.2 señala: “Un jugador profesional es aquel que tiene un contrato escrito con un club y percibe un monto superior a los gastos que realmente efectúa por su actividad futbolística. Cualquier otro jugador se considera aficionado”. Al respecto, *vid: Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores*. FIFA, Zúrich.

⁶⁵¹ José R. Balmaceda. *El contrato de trabajo deportivo*. Óp., cit., p. 100.

⁶⁵² *Ibíd.*

conflictos judiciales, o en los casos donde éstos permiten que se vean empobrecidos sus derechos a causa del miedo por no volver a ser contratados nuevamente”.⁶⁵³

Previamente analizamos los considerandos de la ley, para entender por qué el legislador nacional se vio motivado a redactar un cuerpo legal en 1994 referente a los futbolistas profesionales. Pudimos evidenciar, que su principal razón fue la cantidad de conflictos jurídicos derivados de la relación laboral entre estos deportistas con sus clubes. Por lo tanto, siguiendo esa lógica, creemos que 18 años después, los tiempos han cambiado, la tecnología ha avanzado vertiginosamente, y el deporte nacional también, razones por las cuales nos vemos en la necesidad de una actualización jurídica, donde se incluya la problemática estudiada en el presente trabajo.

En conclusión, esta ley además de precisar conceptos útiles para un futuro cuerpo legal mejor redactado (obligatoriedad de que los contratos con los futbolistas sean por escrito⁶⁵⁴ y la obligatoria de la afiliación del deportista al seguro social⁶⁵⁵), no topa el tema objeto de estudio de la presente investigación, por lo tanto no tutela los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales de élite frente a los abusos derivados del derecho a la libertad de información.

3. Propuesta

Una vez analizados los derechos fundamentales en conflicto, su alcance y sus diferentes posturas, podemos concluir que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos distintos y autónomos entre ellos, pero que lamentablemente en Ecuador son regulados con una técnica jurídica muy limitada y discreta, por lo cual se los confunde en el artículo 66.18 de la Constitución vigente como que fueran un mismo derecho.

Como propuesta planteamos crear un sistema constitucional (una sección dentro de la Constitución de ser posible) eficaz que tutele los derechos fundamentales aquí analizados, así como armonizar el conflicto existente entre la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de las personas. La necesidad de crear este sistema es imperiosa, dado el enorme y acelerado crecimiento que está

⁶⁵³ *Ibíd.*

⁶⁵⁴ Art. 2.- El contrato entre un club y un futbolista profesional será celebrado obligatoriamente por escrito.

⁶⁵⁵ Art. 25.- Todo futbolista profesional deberá ser afiliado obligatoriamente por el club al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de acuerdo con la ley.

obteniendo el deporte a nivel profesional dentro de Ecuador, donde sus protagonistas cada vez más obtienen una *performance* óptima, lo cual los lleva a competir a nivel internacional, y en consecuencia, a convertirse en figuras a nivel mundial. Razón por la cual, sus derechos fundamentales como el honor, intimidad y propia imagen pueden verse lesionados por los medios masivos de comunicación y/o terceros deseosos de conocer más sobre estas figuras públicas.

En definitiva, esta reforma es necesaria primero crear una verdadera regulación de esta problemática a nivel deportivo, dado el nulo tratamiento por parte de la nueva Ley del Deporte a la misma, y segundo para reforzar y corregir la escasa e ineficiente protección de la actual Constitución a este problema, por lo que buscamos tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales en conflicto, creando una armonía dentro del sistema constitucional ecuatoriano, donde no se vean afectados ni deportistas profesionales, ni los medios de comunicación y particulares quienes obtienen información de ellos. Además esta reforma ayudaría al juez nacional a resolver muchas de las demandas actuales que existen por dicha problemática, así como establecer un mecanismo de indemnización por daño moral a las víctimas de dichas lesiones, lo cual hasta la fecha no tenemos en el ordenamiento jurídico deportivo.

Tras el análisis de derecho comparado presentado en este trabajo, no era para menos que el sistema que propondremos contenga criterios y elementos importantes de algunos de los países estudiados, ya que consideramos imposible adoptar un solo modelo constitucional, si lo que buscamos es una tutela efectiva de dichos derechos fundamentales.

Primero, consideramos oportuno adoptar a la Constitución los criterios válidos de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, específicamente de sus artículos 40 y 41, como la doble vertiente del derecho a la propia imagen, es decir, la facultad de toda persona de autorizar la captación, difusión y/o reproducción de su imagen con fines lucrativos (vertiente positiva), así como también poder negarse a ella (vertiente negativa). También proponemos incorporar a la Constitución las excepciones que legitiman el uso no autorizado de la imagen de una persona, como por ejemplo los fines informativos veraces sin ánimo de lucro (con responsabilidad ulterior), fines científicos, el interés público, etc. En cuanto al interés público, este concepto jurídico indeterminado debe ser limitado y definido en Ecuador, para no dejar vacíos jurídicos y evitar ambigüedades que deriven en conflictos posteriores. Para ello, proponemos adoptar los criterios por la jurisprudencia española, expuestos previamente en el análisis

de ese país, sentencias que tratan sobre deportistas profesionales de élite y figuras públicas, y su diferenciación de las personas privadas, en aras de determinar y comprender lo que es realmente el interés público, para no caer en una mera curiosidad no legítima.⁶⁵⁶

Segundo, proponemos adoptar la figura norteamericana del *false light* o desmerecimiento ante la opinión pública, la cual está estrictamente vinculada al derecho al honor de las personas. Así, sería importante combinar al derecho al honor ya existente en Ecuador con el *false light*, para garantizar una tutela aún mejor de dicho derecho. Adoptando esta figura, el deportista profesional en Ecuador vería tutelado su honor ante las posibles difamaciones por parte de medios masivos de comunicación y/o terceros, especialmente si se da un desmerecimiento ante la opinión pública, la cual le genere un perjuicio personal y familiar, como en el caso de Jaime Iván Kaviedes por ejemplo. Continuando con la implementación de criterios norteamericanos, sugerimos integrar el criterio central del caso *Zacchini*, el cual manifiesta que no se puede apropiarse comercialmente de la imagen de una persona, utilizando como argumento legitimador “*finés informativos*”.

Tercero, al ser extremadamente delicado determinar un valor para resarcir el daño moral ocasionado a deportistas por lesiones a su intimidad y honor, proponemos que esa sea una tarea exclusiva del juez, pero teniendo en cuenta los criterios de prudencia, razonabilidad y equidad, así como ponderar el carácter *reparador* de la indemnización, la naturaleza de la ofensa, el prestigio de la víctima, las circunstancias personales del deportista, la gravedad del hecho y los padecimientos soportados por el deportista profesional. La gravedad del hecho y los padecimientos se miden a través del medio empleado, el grado de difusión y la incidencia futura que dicha lesión pueda acarrear en la vida familiar o profesional del afectado. Queremos dejar claro, que la reparación se justifica como reafirmación de estos derechos, protegiéndose de esta manera los valores morales atacados a través del modo más idóneo para hacerlo: el dinero.⁶⁵⁷ En caso de lesiones al derecho a la propia imagen, la indemnización por daño

⁶⁵⁶ Por ejemplo, si un deportista profesional se encuentra en un lugar público (como una playa), alejando de su actividad profesional, no significa que terceros puedan invadir en su intimidad y honor, ya que por más que esa persona se encuentre expuesta al público, lleva consigo mismo un círculo íntimo, una vida privada que desenvolver. Asimismo, el hecho de que un deportista profesional se encuentre en un lugar público, no da lugar para que terceros capten o difundan su imagen con fines comerciales.

⁶⁵⁷ Al respecto, *vid.*, Julio César Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso. *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, intimidad y propia imagen*. Argentina: Revista Latinoamericana de Derecho, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 371-398.

moral no debe guardar proporción con el daño material, ya que no estamos frente a una figura accesoria a ésta. En definitiva, en el *quantum* de la indemnización debe buscarse un *equilibrio*, es decir, donde la reparación del daño moral no sea ínfima y funcione como desmoralizador de estas intromisiones arbitrarias y difamaciones inescrupulosas, pero sin que esto conlleve a un enriquecimiento del afectado, fomentando la *industria del escándalo*.

Cuarto, recomendamos adoptar la figura brasileña sobre los *derechos de arena*. Cabe recordar que los derechos de arena tutelan a la persona que ha contribuido con su imagen dentro de un espectáculo público, como los espectáculos deportivos. Los derechos de arena, brindan la facultad al deportista para que pueda oponerse a la publicación y/o difusión de imágenes con fines comerciales, captadas en el curso del espectáculo deportivo. Si bien es una figura de propiedad intelectual, Brasil lo adoptó como precepto constitucional, cosa que Ecuador debe simular para darle una mayor jerarquía a dicha tutela. Estos derechos deben ser titulados por los clubes deportivos o federaciones nacionales en caso de ser un deporte que no cuente con clubes profesionales. De esta manera, el deportista ecuatoriano tendrá una doble tutela⁶⁵⁸ a su derecho a la propia imagen e intimidad, una cuando esté ejerciendo su profesión como parte de un club profesional o federación, y la otra individualmente como cualquier otro ciudadano de la República del Ecuador.

Quinto, consideramos oportuno adoptar el ejemplo español y crear una Ley del Deporte que contenga todos los temas relevantes en la actualidad jurídica deportiva, como lo es el tratamiento de los derechos de imagen de los deportistas profesionales. En dicha ley debe quedar manifestado por escrito la potestad imprescriptible e inalienable de la persona de que su voluntad y libre consentimiento sea manifiesto para ceder la explotación comercial de su imagen a un tercero, así como aclarar que dicho consentimiento puede ser revocado cuando su titular originario así lo decida, cumpliendo obviamente con las penalidades contractuales definidas en dicho negocio jurídico. Asimismo sería necesario aclarar en dicha ley lo que se entiende por espectáculos públicos y su tratamiento jurídico.

⁶⁵⁸ Por ejemplo, en un partido de la serie A del Campeonato Ecuatoriano de Fútbol, los equipos profesionales tendrán el *derecho de arena* de negociar, autorizar o prohibir la transmisión o retransmisión de la imagen de sus deportistas durante el espectáculo. Mientras que, el jugador profesional, tendrá tutelados su derecho a la propia imagen e intimidad por su participación individual como ciudadano del Ecuador.

Sexto, no es nuestro objetivo destruir el derecho a la libertad de información en Ecuador, teniendo en cuenta su inherente conexión con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así, proponemos reforzar los criterios existentes en la Constitución con lo expuesto por la CADH en su artículo 11⁶⁵⁹, específicamente sobre que nadie puede ser objeto de *intrusiones* o *injerencias* arbitrarias en su vida privada, en su la de su familia, es decir, en su intimidad, así como tampoco soportar ataques ilegales en contra de su honra o reputación. Asimismo, proponemos adoptar criterios de la jurisprudencia del sistema interamericano, como los de la sentencia del caso Mauricio Herrera v. Costa Rica, donde se estableció el rol de los medios de comunicación en una sociedad democrática, pero con responsabilidad ulterior, así como considerar a la libertad de expresión como un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, como también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias verdaderas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.⁶⁶⁰ De la misma manera, proponemos recoger criterios de lo que se entiende por *información de interés colectivo*⁶⁶¹, del caso Claude Reyes y otros v. Chile, donde los comentarios esgrimidos por Claude eran ofensivos en contra del presidente del Senado, sin embargo se lo absolvió por considerarse que no existía dolo, así como considerar que su crítica y comentarios tenían interés público y estaban debidamente fundamentados.⁶⁶²

Séptimo, es vital crear campañas de concienciación social para fomentar y crear la costumbre de que en Ecuador las personas privadas y deportistas profesionales de élite cuyos derechos fundamentales se vean afectados por los diversos aspectos del derecho a la libertad de información acudan a la vía jurisdiccional a defenderse, con el único fin de empezar a sentar precedentes y sentar una base jurisprudencial importante que haga que a la larga se creen precedentes obligatorios, facilitando la tarea del juez constitucional en casos análogos, tal como ocurrió en Reino Unido.

Octavo, sobre la relación del derecho a la propia imagen con el derecho de

⁶⁵⁹ Dicho artículo menciona además que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, así como que los Estados deberán brindar protección a través de la ley contra esas injerencias o ataques.

⁶⁶⁰ Al respecto, *vid.*, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, CIDH, sentencia de julio de 2004, párr. 110 y ss.

⁶⁶¹ Al respecto, *vid.*, Ernesto Villanueva. *Derecho comparado de la información*. Editorial Porruá, Ciudad de México, 1998; Ernesto Villanueva. *El derecho de acceso a la información*. Universidad Iberoamericana, México D.F., 2001; y Ernesto Villanueva. *El ejercicio del acceso a la información pública en México: Una investigación empírica, tomo II*. UNAM, 2009.

⁶⁶² Al respecto, *vid.*, Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. CIDH, sentencia de septiembre de 2006.

propiedad intelectual, sugerimos que el Estado garantice la modernización y mejora de los sistemas de servicio e información de la materia, y cree programas de difusión, capacitación y formación sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, tal como lo señalan las disposiciones finales de la Decisión 486 de la CAN. Asimismo, proponemos que la autoridad estatal pertinente realice inspecciones regulares sobre las actividades de los medios de comunicación y/o terceros que puedan lesionar los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de los deportistas profesionales ecuatorianos.

CONCLUSIONES

Para concluir la presente investigación, debemos señalar que consideramos al derecho a la intimidad, honor y propia imagen como derechos autónomos entre ellos, con bienes jurídicos a proteger totalmente independientes, los cuales en nuestro criterio son superiores al derecho a la libertad de información en caso de conflicto, cuando se trate de una intromisión o injerencia arbitraria en la vida privada del atleta, de conformidad con lo ponderado por la mayoritaria corriente doctrinaria a nivel mundial sobre el tema, así como por los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Es decir, creemos que si los medios masivos de comunicación y/o terceros justifican sus intromisiones e injerencias arbitrarias en la vida privada de deportistas profesionales en su derecho a la libertad de información (algunos en su derecho a la libertad de expresión), están seriamente equivocados, pues creemos que el derecho a la intimidad, honor y propia imagen de los atletas profesionales pesa más que la mera curiosidad de la colectividad de conocer asuntos de la vida íntima de estas personas.

Asimismo, pensamos que el derecho a la intimidad es la base del derecho al honor y a la propia imagen de las personas, tal como es concebido en Estados Unidos. Así, que si un tercero capta, difunde y/o reproduce ilegítimamente, en determinada fotografía o campaña publicitaria, la imagen de un deportista profesional con fines lucrativos, está irrumpiendo en la intimidad del deportista, en ese espacio de la persona para ser dejado en paz, para estar solo, para poder decidir si su apariencia, cara, voz u otro elemento que lo haga notorio frente a la colectividad.

Además consideramos necesaria la reforma aquí planteada, para solventar la debilidad de nuestro sistema jurídico sobre el tema. Debilidad que se manifiesta a través de la ineficacia de los tribunales de justicia por tutelar los derechos fundamentales de los afectados, por la cantidad de figuras públicas (no solo deportistas profesionales) que sufren estas lesiones, así como por la cultura del escándalo que se ha creado en el país, donde programas sensacionalistas acaparan la atención de la colectividad, ejerciendo una especie de libertad de difamación, con el único fin de obtener mayor *rating*, y por ende mayores ganancias, en lugar de ejercer una libertad de información con responsabilidad ulterior.

Además, nuestra normativa es débil sobre la problemática aquí planteada por una falta de técnica jurídica en la redacción del artículo 66.18 de la Constitución, el cual mezcla en un mismo precepto jurídico, a varias figuras jurídica autónomas e independientes entre sí. Es por ello, que el juez nacional debe tener dudas y problemas al momento de aplicar la norma en caso de conflicto de estos derechos fundamentales, razón por la que es imperante la necesidad de reformar dicho artículo. Asimismo, otra debilidad de nuestro sistema es que el derecho a la libertad de información no esté regulado en una sola sección de la Constitución, y por el contrario, se encuentre esparcido a lo largo de la carta política, dejando dudas y vacíos sobre su efectiva aplicación, razón por la que una unificación de criterios sería lo más adecuado para contribuir a la solución de este conflicto.

También es importante señalar, que la debilidad de nuestra normativa se debe a que los dos únicos artículos que en algo solucionan esta problemática, se encuentran esgrimidos en la Ley de Propiedad Intelectual (40 y 41), y tratan exclusivamente la regulación del derecho a la propia imagen de las personas, dejando a un lado al derecho a la intimidad y honor de las personas, los que evidentemente también forman parte del conflicto jurídico aquí analizado. Un problema de esta situación, es que al formar parte de una ley, dichos preceptos jurídicos no tienen la jerarquía jurídica suficiente para tutelar los derechos de los deportistas profesionales, es decir, hace falta elevar dicha tutela a nivel constitucional, así como incluir dicha regulación en la Ley del Deporte ecuatoriano, la cual contiene demasiados vacíos jurídicos sobre este tema y otros de vital importancia como la violencia en los escenarios deportivos en el país, tema que seguramente será objeto de una futura investigación.

Casos como el de Edison Méndez ocurren todos los años con deportistas profesionales en el país, solo que por falta de información, y por desconfianza en el sistema jurídico nacional, no acuden a la jurisdicción ordinaria con el único fin de ver resarcidos sus derechos y sentar precedentes. Es por ello la necesidad imperiosa de acoplar al sistema nacional los derechos de arena contenidos en la Constitución brasileña, así como también la figura jurídica del *false light* o desmerecimiento ante la opinión pública, señalados previamente en nuestra propuesta, con el único fin de brindar una doble tutela jurídica a nuestros deportistas profesionales.

En cuanto al derecho al honor de los deportistas profesionales, ellos están en cierta desventaja con el resto de la sociedad, pues su profesión los hace vulnerables a las críticas por parte del público y medios de comunicación, lo cual es entendible en un

principio. No obstante, lo que no compartimos es que los medios masivos de comunicación y/o terceros, ejerzan su libertad de información y expresión para muchas veces comunicar publicaciones falsas y perniciosas sobre la vida de los atletas, las cuales por su naturaleza y medio de difusión se convierten en difamaciones, las cuales son evidentemente perniciosas para el honor de estas figuras públicas. Estas publicaciones lo que hacen es incitar a la burla, humillación, desmerecimiento ante la opinión pública, odio, denigración y mala reputación hacia la imagen del atleta, lo que sin lugar a dudas genera daños y perjuicios en el desarrollo de su carrera profesional y de su vida íntima y familiar.

La tendencia mundial sobre el tema señala que la intimidad de las personas es la piedra angular de los demás derechos fundamentales aquí señalados, es por donde comienza todo, y por donde debería empezar la línea de respeto y tutela. Es decir, a nivel mundial se otorga una protección muy seria al derecho de intimidad de las personas, más aún cuando son figuras públicas que por su profesión, como los deportistas profesionales de élite, se encuentran expuestos a intromisiones e injerencias arbitrarias en su vida íntima o privada, lo cual puede repercutir sobre derechos fundamentales como el honor y la propia imagen. Es por ello, que a nivel mundial la tendencia es darle un rango constitucional a la solución de dicha problemática, para que no existan pretextos de incumplimiento. Además, países como España y Brasil tienen leyes especializadas sobre el tema, que brindan una doble tutela al deportista profesional, lo cual sin dudas a nuestro criterio es lo más recomendable.

Nuestra postura no indica que no se puede publicar nada que afecte a la intimidad de un deportista profesional por su condición de figura pública, sino que no se pueden publicar noticias o imágenes que afecten los derechos fundamentales de estas personas fundamentándose en un interés público real. Además debe existir una real *responsabilidad ulterior* de los medios de comunicación y periodistas, para no confundir la libertad de información, con libertad de difamación.

En este contexto, en una realidad social donde prima la tecnología y su avance acelerado, debe plantearse en Ecuador la *dimensión ética* del derecho a informar. La información debe respetar los valores esenciales de la comunidad, y especialmente, los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberti Rovira, Enoch. *Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Chile: Universidad de Talca, Ius et Praxis, vol. 6, núm. 001, 2000
- Alegre Martínez, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Ed. Tecnos, 1997
- Amat Llari, Eulàlia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: Editorial La Ley, 1992.
- Azurmendi Adarraga, Ana. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: 1998
- Balmaceda, José R. *El contrato de trabajo deportivo: Análisis de la ley 20.160*. Argentina: Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008
- Balmaceda, José R. y Casimiro, Gabriela A. *Contrato de Esponsorización Deportiva: El Espónsor en el Derecho Argentino*. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009
- Barbieri, Pablo C. *Representación de Deportistas: Derecho y deporte, contrato de representación deportiva, "Normas FIFA". Disposiciones de la AFA. Derecho de imagen de los deportistas*. Argentina: Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004
- Barbieri, Pablo C., y Annocaró, Daniel M. *Fútbol, Negocios y Derecho. Juego – Deporte – Economía: Los futbolistas como unidades de negocios. Entrenadores. Árbitros. Hinchas-consumidores. Reportajes, comentarios, legislación y glosario*. Tomo II, Rivadavia: Editorial Universidad, 2008
- Barbieri, Pablo C., y Annocaró, Daniel M. *Fútbol, Negocios y Derecho. Juego – Deporte – Economía: Organización institucional. Clubes de fútbol. Empresarios y representantes. Imagen. Las mujeres en el fútbol. Medios de prensa*. Tomo I, Rivadavia: Editorial Universidad, 2008
- Cárdenas Galarza, Giovanni. *La nueva ley del deporte, educación física y recreación de Ecuador*. Iusport, 2010, p. 1. <http://www.iusport.es/images/stories/documentos/giovani-cardenas-ley-ecuador-2010-pdf.pdf>. (acceso: 2/5/2011).
- Casimiro, Gabriela A. y Balmaceda, José R.. *Contrato de Esponsorización deportiva: El espónsor en el derecho argentino*. Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009
- Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. CIDH, sentencia de septiembre de 2006.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, CIDH, sentencia de julio de 2004
- Corral Talciani, Hernán. *Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: Origen, Desarrollo y Fundamentos*. Santiago: Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 No. 1, Sección Estudios.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Rol No. 1009-2003, de 8 de mayo de 2003.
- Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo. *Edison Méndez Méndez v. CONECEL*. Juicio Núm. 295-07-3, de 16 de septiembre de 2009.
- Corte Suprema de Estados Unidos. 315 US 568, 1942
- Corte Suprema de Estados Unidos. 403 US 15, 1971.
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol No. 3479-03, de 29 de septiembre de 2003.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Campillay Julio c/ La Razón, Crónica y Diario Popular*. 15-V, 1986.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Cancela, Omar J. c/Artear S. A. y otros”, L. L., de 19 de octubre de 1998
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Petric D.A. c/ Diario Página 12*. 16 de abril de 1998
- Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Notas críticas a la figura del “personaje público” como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas*. Chile: Red Estudios Constitucionales, núm. 2, vol. 3, 2005., p. 165.
- Daily Mail. *New deal for Man United winger Valencia hits a snag over image rights*. <http://www.dailymail.co.uk/sport/football/article-1393682/Antonio-Valencia-Manchester-United-deal-hits-snag.html> (acceso: 03/6/2011)
- Del Campo Colás, Carlos, Morales Madrigal, Vidal, Bescansa, Luis Miquel y Arenas Bocanegra, Eduardo. *Código del Fútbol*. España: Editorial La Ley, Madrid, 2009
- Diario El Universo. “Nine” Kaviedes demandará a canal RTS. <http://www.eluniverso.com/2011/08/27/1/1372/nine-demandara-rt.html> (acceso 27/6/2012)
- Diario Hoy. *El Kinito destinará dinero a los niños*. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-kinito-destinara-dinero-a-los-ninos-378393.html> (acceso: 05/3/2012).
- Diccionario de la Real Academia Española. Editorial Larousse. Madrid, 1994
- Donoso Chiriboga, Patricio. *El deporte hace... Grande: El deporte hace amigos, forja el carácter y mucho, muchísimo más*. Ecuador: Revista Polémica, Universidad San Francisco de Quito, año 3, núm. 7 “Deporte: Entre la Academia, la pasión y el potrero”, junio de 2007.
- Ecuadorinmediato.com. *Jaime Iván Kaviedes inició proceso judicial contra periodista por injurias calumniosas*. [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=156590&umt=jaime ivan kaviedes inicio proceso judicial contra periodista por injurias calumniosas](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=156590&umt=jaime%20ivan%20kaviedes%20inicio%20proceso%20judicial%20contra%20periodista%20por%20injurias%20calumniosas). (acceso: 17/10/2012).
- El Nuevo Empresario. *Jaime Iván Kaviedes anuncia juicio contra periodista Hugo Gavilánez*. http://www.elnuevoempresario.com/deportes_89338_jaime-ivan-kaviedes-anuncia-juicio-contra-periodista-hugo-gavilanez.php. (acceso: 17/10/2012)
- Fayos Gardó, Antonio. *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. España: InDret, Barcelona, núm. 4, 2007
- Frega Navía, Ricardo. *Contrato de trabajo deportivo*. Argentina: Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999
- Fútbolecuador.com. *Derechos de imagen: La renovación de Valencia con el United se paralizó*. <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/21200> (acceso: 03/6/2011)
- Fútbolecuador.com. *No daré mas entrevistas en Ecuador*. <http://www.futbolecuador.com/stories/publica/30737>. (acceso: 19/9/2012).
- González, José Luis. *El derecho al valor comercial de la identidad (right of publicity) y el ilícito del desmerecimiento ante la opinión pública (false light)*. *Comentario a la STS 1ra 24.12.2003*. Barcelona: Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, working paper núm. 243, julio de 2004.
- Haro, Ricardo. *Derecho a la libertad de información y derecho a la privacidad y a la honra en la doctrina, normativa y jurisprudencia argentina*. Chile: Revista Ius et praxis, año/vol. 6, núm. 001, Talca, 2000.

House Of Lords. *Campbell v. MGN Ltd.* UKHL, 22, may 5th, 2004.

http://confirmado.net/index.php/ciencia/templates/plugins/component/jcomments/feed/com_content/6896.html. (acceso: 4/10/2012)

<http://es.atpworldtour.com/Tennis/Players/Go/A/Andres-Gomez.aspx> (acceso: 4/10/2012)

http://espndeportes.espn.go.com/futbol/jugador/_/id/2867/edison-mendez (acceso: 4/10/2012)

<http://www.antoniovalencia.com.ec> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1678> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.deporte.gob.ec/el-ministerio/ministra/hoja-de-vida> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.elpopular.com.ec/32492-‘nine’-kaviedes-demandara-a-hatti.html>. (acceso: 16/10/2012)

<http://www.eluniverso.com/2011/08/27/1/1372/nine-demandara-rt.html>. (acceso: 16/10/2012).

<http://www.futbolecuador.com/stories/publica/21662>. (acceso: 17/10/12).

<http://www.futbolecuador.com/stories/publica/27369>. (acceso: 17/10/12).

<http://www.iffhs.de/?d85f94e8378cf047b0f02e9d817285fdcdc3bfcdc0aec28d6edb8a388e1f> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.ivankaviedes.com> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.jeffersonperez.com> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.nicolaslapentti.com/perfil.php> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=52SzGLE14dw> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=a8nn9LheGtI> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=Btq1yNtG-PU> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=DP1PzRdhqqU> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=JgR1QjToVqg> (acceso: 4/10/2012)

<http://www.youtube.com/watch?v=QXXBaA9Q2kU> (acceso: 4/10/2012)

Igartua Arregui, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y de nombres ajenos*. Madrid: 1991

Jones, Michael E. *Sports Law*. USA: Prentice Hall, New Jersey, 1999

Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona. Sentencia de 7 de febrero de 2003.

Law to Professional Athlete's Right of Publicity. 54 Journal of the Copyright Society of the USA, no. 771, 2007.

Locke, John. *Segundo Tratado sobre ~I Gobierno Civil, trad. C. Mellizo*. Madrid: Alianza Editorial, 1994

López Menudo, Francisco. *Patrocinio deportivo: implicaciones jurídico públicas*. España: Revista española de Derecho Deportivo, núm. 1, enero – junio, 1993, p. 15.

Maryland Court of Appeals. 406 A.2d 652, 1979.

- Mas Peidro, Joan. *La Cesión Comercial de la Imagen – Aspectos Jurídicos*. España: Universitat Abat Oliba CEU, Facultad de Ciencias Sociales, Trabajo de Fin de Carrera, Barcelona , 2011
- Muñoz Machado, Santiago. *Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio*. Madrid: REDA, 1992
- Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno*. Chile: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ius et Praxis, año 4, núm., 2, 1998, p. 68.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y Caracterización*. Chile: Revista Ius et Praxis, año 13, núm. 2, 2007
- NYS 2d 102. 88 A.D.2d 816.
- Otero Lastres, José Manuel. *Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena: Un completo análisis del Régimen Marcario Subregional*. Iuris Dictio: Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Editorial AH, año 2, núm. 4, agosto de 2001
- Palomar Olmeda, Alberto y Descalzo González, Antonio. *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Paredes, Pablo Lucio. *El Deporte es más que el deporte*. Ecuador: Revista Polémika: *Deporte: Entre La Academia, la pasión y el potrero*, año 3, núm. 7, junio de 2011, pp. 76-85.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional (rev. Manuel Carrasco Durán)*. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información*. Chile: Universidad de Talca. Red Ius et Praxis, vol. 6, núm. 001, año 2000.
- Prosser, William L. "Privacy". California Law Review, 48, 1960, p, 383
- Radio La Deportiva 99.3 FM. "Nine" Kaviedes Prepara Demanda Contra Deportivo Quito y Periodistas. [http://deportiva993.com/web/futbol/"nine"-kaviedes-prepara-demanda-contra-deportivo-quito-y-periodistas-audio.html](http://deportiva993.com/web/futbol/). (acceso: 17/10/2012)
- Radio Municipal. "AV": La marca de Antonio Valencia. http://www.radiomunicipal.gob.ec/radiomunicipal/index.php?option=com_content&view=article&id=926%3Aav-la-marca-de-antonio-valencia&catid=23%3Adeportes&Itemid=1. (acceso: 15/10/2012).
- Reck, Ariel N. *Figuritas y Derecho: Conflictos "Difíciles" y "Repetidos"*. Revista Brasileira de Direito Desportivo, núm. 8, 2005.
- Rivera, Julio César, "La caricatura como medio de expresión de las ideas", *Derecho privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*, Buenos Aires, 2001
- Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo y Alonso, Juan Ignacio. "La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen". Revista Latinoamericana de Derecho, año IV, núm. 7-8, 2007
- Rivera, Julio César. *Instituciones del Derecho Civil. Parte General*. Argentina: Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1993
- Rodrigues Da Cunha E Cruz, Marco Aurélio. *El Concepto Constitucional Del Derecho A La Propia Imagen En Portugal, España Y Brasil*. España: Universidad de Sevilla, Revista Araucaria, Vol. 11, Núm. 22, Sin Mes, 2009

- Rodríguez Bereijo, Álvaro. *La libertad de información en la jurisprudencia constitucional*. Claves, núm. 72. 1997
- Romero Coloma, Aurelia María. *Derecho a la información y libertad de expresión*. España: Bosch, Barcelona, 1984
- Rosero, Fabio Arévalo M.D. *FÚTBOL: Pasión y contradicciones*. Ecuador: Revista Polémika, Universidad San Francisco de Quito, año 3, núm. 7, junio de 2011, p. 37.
- Rubio Sánchez, Francisco. *El Contrato de Trabajo de los Deportistas Profesionales*. España: Editorial Dykinson, Madrid, 2005
- Ruiz C., Miguel. *La configuración constitucional de la intimidad*. Madrid: 1995
- Ruiz Miguel, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995
- Ruiz y Tomás, Pedro. *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*. Madrid: Reus, 1931
- Salgado Pesantes, Hernán. *El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana*. Chile: Estudios Constitucionales, año 6, núm. 1, Talca, 2008, p. 70.
- SDNY. 400 F., supp. 836, 1975
- Sooper, Samuel. *The First Amendment Privelege and Public Disclosure of Private Facts*. Washington DC: Catholic University Law Review 25, 1976, p. 271.
- SportLex. *¿Es el deportista un personaje público?*. http://www.sportlex.com/articulo_ley_del_deporte/es-el-deportista-un-personaje-publico. (acceso: 17/10/2011)
- Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sec. 3, 24 de junio de 2004.
- Tribunal Constitucional Español STC 171/1990
- Tribunal Constitucional Español 83/2002
- Tribunal Constitucional Español 99/2002
- Tribunal Constitucional Español STC 134/1999
- Tribunal Constitucional Español STC 192/1999
- Tribunal Constitucional Español. STC 197/1991
- Tribunal Constitucional Español. STC 231/1988, de 2 de diciembre, fj. 13.
- Tribunal Supremo Español. STC de 9 de mayo de 1988.
- UK's House of Lords. *Douglas v. Hello*, UKHL 21, may 2nd, 2007.
- US Supreme Court. 376, US 254, 1964.
- US Supreme Court. 385 U.S., 374, 1967.
- US Supreme Court. 433, 562, 1977.
- US Supreme Court. 443 F. Supp. 2d 1077 (E.D. Mo. 2006), *aff d*, 505 F.3d 818 (8th Cir. 2007), *cert., denied*, 128 S. Ct. 2872, 2008.

US Supreme Court. 488 F. Supp. 2d 491 (E.D. Pa.), 2007.

US Supreme Court. 99 F. Supp. 2d 829 (N.D. Ohio 2000), *aff'd*, 332 F. 3d 915 (6th Cir.), 2003.

USPQ. 187, 58 A.L.R.2d 626, 108.

Villanueva, Ernesto. *Derecho comparado de la información*. Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1998

Villanueva, Ernesto. *El derecho de acceso a la información*. Universidad Iberoamericana, México D.F., 2001

Villanueva, Ernesto. *El ejercicio del acceso a la información pública en México: Una investigación empírica, tomo II*. UNAM, 2009.

Warren, Samuel y Brandeis, Louis D. *The Right To Privacy*. Boston: Harvard University. Harvard Law Review 4, 1890, p. 193 – 220

Wong, Glenn M.. *Essentials of Sports Law*. USA: Praeger, cuarta edición, Santa Bárbara, 2010

PLEXO NORMATIVO

Código de la Niñez y la Adolescencia ecuatoriano.
Constitución Política de Argentina
Constitución Política de Brasil
Constitución Política de Ecuador
Constitución Política de Ecuador de 1998
Constitución Política de España
Constitución Política de Estados Unidos
Constitución Política de Portugal
Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
Convenio Europeo de Derechos Humanos
Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena
Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena
Declaración Universal de los Derechos Humanos
FIFA: Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores.
Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana.
Ley del Deporte, Educación física y Recreación ecuatoriana.
Ley del Futbolista Profesional ecuatoriana.
Ley japonesa de 04 de marzo de 1899
Ley Orgánica 1/1982 de España
Ley sobre Derechos de Autor de Bélgica.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Real Decreto 1006/1985 de España
Restatement (Second) of Torts.