

El derecho a la propia imagen de niñas, niños y adolescentes frente a las tecnologías de información y comunicación (la responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad)* / *The right to likeness for children and adolescents in the context of information and communication technologies*

Perla Gómez Gallardo**

RESUMEN

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre los alcances, límites y responsabilidades de quienes ejercen la patria potestad de niñas, niños y adolescentes con relación al respeto al derecho a la imagen y el interés superior de la niñez cuando difunden sus imágenes a través de las tecnologías de la información y la comunicación. Lo anterior se aborda desde una visión ética del principio de responsabilidad con enfoque desde la dignidad, los derechos de la personalidad en el aspecto del patrimonio moral del derecho a la imagen y la intimidad y sus implicaciones contemporáneas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, patria potestad, derecho a la imagen.

ABSTRACT

This article reflects on the scope, limits and responsibilities of those with custody over children and adolescents with regard to the right to likeness and the best interest of the child when their images are distributed via information and communication technologies. The foregoing is approached from an ethical perspective, from the principle of responsibility with a focus on dignity, the rights to personality in the area of the rights to likeness and intimacy, and their contemporary implications.

KEY WORDS: *Liability, Custody, Right to likeness.*

* Artículo de investigación. Recibido el 28 de septiembre de 2018 y aceptado para su publicación el 4 de junio de 2019.

** Profesora investigadora en el Departamento de Estudios Institucionales de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa, México. (perla.uam@gmail.com) orcid.org/0000-0002-0964-8968

SUMARIO

1. Introducción
2. La patria potestad y los derechos de personalidad
3. El patrimonio moral, la dignidad, el derecho a la imagen y la intimidad
4. La teoría de la responsabilidad
5. Límites al ejercicio de los derechos de la patria potestad frente al derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes

1. Introducción

El ejercicio de la patria potestad tiene una tradición de siglos: en su aspecto histórico, desde Roma; en el contemporáneo, desde la legislación civil que regula las relaciones familiares. Las nuevas tecnologías, y la facilidad con que ahora se puede difundir información, videos e imágenes, obligan a reflexionar sobre los alcances y límites que tienen los ascendientes cuando de ellos depende la difusión de imágenes sobre aspectos de la vida privada e íntima de las personas que tienen bajo su cuidado. De ahí el ejercicio que ahora presentamos: estudiar el principio de responsabilidad en una conjunción ética, de revisión del ejercicio de la patria potestad y la generación de consciencia sobre el impacto y daño irreparable que se puede ocasionar con la difusión de las imágenes de niñas, niños y adolescentes.

La intimidad es uno de los derechos que, pese a su consideración de fundamental, se viola reiteradamente en el caso de los niños y jóvenes. Es evidente que estos son titulares de todos los derechos reconocidos, pero también son los sujetos que con mayor frecuencia ven violados tales derechos y menor protección reciben. El problema más acuciante no es tanto la indefensión del niño a pesar de su titularidad, sino la falta de aceptación expresa de la corresponsabilidad que los padres y la sociedad tienen ante la magna labor de proteger y defender al niño de las violaciones a sus derechos.¹ Lo anterior se potencializa con la difusión de imágenes que quienes ejercen la patria potestad, aunque debieran abstenerse, hacen a través de las TIC.

Analizaremos los nuevos retos en la necesaria actualización normativa a través de la revisión conceptual de la patria potestad, la dignidad y los derechos de la personalidad; el patrimonio moral (en su vertiente de derecho a la imagen, la vida privada y la intimidad), y el principio de responsabilidad

¹ CALATAYUD CHÁVEZ, DAVID, "La intimidad en los menores o la menor intimidad", en Antonio Vallés Copeiro del Villar y Hugo Aznar Gómez (coords.), *Sobre la intimidad*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo ceu, 1996, p. 67.

desde una vertiente ética y jurídica. Todo ello, desde el enfoque del ejercicio de la patria potestad, para plantear los límites al ejercicio de los derechos de la patria potestad frente al derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes, en el marco del uso de las nuevas tecnologías.

2. La patria potestad y los derechos de personalidad

El ejercicio de la patria potestad encuentra su configuración más remota en Roma. La *patria potestas* del *paterfamilias* fue un poder jurídico que cumplía diversas finalidades: *a)* Personal, de naturaleza jurídica privada, pues se ejerce, sobre los hijos, en el estricto ámbito de la familia y de la *domus*; *b)* Personal, de naturaleza jurídica pública, porque produce efectos jurídicos relacionados con la adquisición de la ciudadanía romana que repercuten en la vida y en la ordenación de colectividad; *c)* Personal, de naturaleza jurisdiccional, porque el *paterfamilias* puede enjuiciar actos ilícitos penales y crímenes cometidos por los hijos; *d)* Personal, de naturaleza coercitiva, porque el *paterfamilias* puede imponer penas a todos los sometidos; *e)* Personal, de naturaleza jurídica religiosa, porque habilita a la dirección de los cultos religiosos y de los dioses domésticos; *f)* Personal, de naturaleza económica, absorbente, pues todas las adquisiciones de los sometidos *sub potestate* pasan *ipso iure* al patrimonio del *paterfamilias*.²

En el derecho vigente, la patria potestad se regula en el Código Civil y, en algunos casos, en códigos de derecho familiar. En su concepción más llana, es el conjunto de derechos que la ley confiere a los ascendientes directos sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, así como el conjunto de deberes que, al mismo tiempo, deben cumplir los progenitores respecto de sus descendientes.

En el Código Civil para la Ciudad de México, la patria potestad se regula de la siguiente forma:

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición. Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

² SUÁREZ BLÁZQUEZ, GUILLERMO, "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 36. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100005

La patria potestad se debe ejercer siempre en beneficio de los descendientes; entre los deberes de los ascendientes se encuentra la obligación de estar con ellos, aunque, en caso de separación de la pareja, puede haber guarda y custodia a favor de uno y régimen de visitas para el otro. No obstante, deben cuidarlos, protegerlos, alimentarlos y educarlos, en corresponsabilidad con el Estado, quien también propicia esta formación. Asimismo, deben procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes. Del código ya señalado se refiere también:

Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

La responsabilidad de quienes ejercen la patria potestad inicia con el nacimiento de un descendiente dada su dependencia biológica. Ello implica el deber de cuidado, pasando por la edad temprana, en donde el menor aún no posee una consciencia plena, pues todavía se encuentran en desarrollo aspectos cerebrales y cognitivos. Así, entre sus primeros tres y cinco años, desarrolla su carácter y rasgos de personalidad que pueden marcarlo toda su vida. Mas tarde, en la adolescencia, continúan los cambios biológicos y hormonales que requieren un acompañamiento mayor para evitar depresión y conductas autodestructivas.

Vemos que, de manera espontánea, padres y madres llevan a cabo este ejercicio y que en muchos casos se desprende del amor que genera ese cuidado y acompañamiento en las primeras etapas de formación, cuando su presencia puede marcar el destino personal de sus hijas e hijos. De ahí la necesidad de reflexionar sobre las nuevas tecnologías que se tienen al alcance y que permiten

socializar, como nunca, imágenes, videos y todo tipo de información sobre los descendientes que los ascendientes tienen bajo su resguardo.

Ernesto Gutiérrez y González, destacado jurista y pionero en desarrollar la teoría y concepto del patrimonio moral, explica, en su libro *El patrimonio* su visionaria concepción sobre las obligaciones y derecho civil para la familia. Ello sirvió de soporte para realizar estudios sobre los alcances y límites de la libertad de expresión frente a los derechos de personalidad, en casos de figuras públicas.

Los derechos de personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental; que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.³

Cabe destacar que este patrimonio, si bien no tiene una cuantificación pecuniaria, sí impacta en el desarrollo de la personalidad de sus titulares. De ahí la responsabilidad de quienes ejercen la patria potestad de preservar estos bienes que no pueden defender los menores de edad bajo su cuidado.

Su ejercicio consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser molestados, por persona alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público, así como la facultad para oponerse a la reproducción identificable de sus rasgos físicos sobre cualquier soporte material sin su consentimiento, y el respeto a la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social que se identifica con la buena reputación y la fama.⁴ Quienes ejercen la patria potestad deben respetar y proteger todos estos aspectos.

Entre los derechos de personalidad destacan el honor, la vida privada y la propia imagen. Cada uno de ellos, al tratarse de menores de edad, se pueden ver afectados ante la difusión de información que realizan sus ascendientes, a través de las TIC, pues ellos cuentan con el acceso a todos estos derechos, incluido el de su intimidad.

³ Véase GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *El patrimonio*, México, Porrúa, 2002.

⁴ Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-bf7113fe54a3042531735d5b5d7eb27a.pdf>

3. El patrimonio moral, la dignidad, el derecho a la imagen y la intimidad

En palabras de Gutiérrez y González, el patrimonio moral es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona que constituyen una universalidad de derecho; lo conforman los derechos de personalidad. Por su parte, se consideran como componentes del patrimonio moral el afecto del titular por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación, la cara y la integridad física de la persona misma.⁵

La dignidad refiere a una “moralidad legalizada” y “derecho positivo justo”, en el sentido de “ética pública”, en cuanto a norma e institución positivada que garantiza el respeto del individuo en la sociedad.⁶ Las normas en materia de patria potestad deben imponer una obligación de abstención a los ascendientes respecto a las imágenes de la vida privada e intimidad que puedan compartir de sus descendientes.

La dignidad es un derecho personalísimo, por lo cual forma parte de los derechos esenciales del individuo, los cuales tienen los siguientes atributos:

- Son derechos *originarios* o *innatos*, que se adquieren simplemente por nacimiento, sin necesidad del concurso de medios legales de adquisición. No obstante, no todos los derechos de la personalidad son derechos innatos, ya que algunos de ellos, como el derecho moral de autor, no abrevan del simple supuesto de personalidad, y necesitan la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho.
- Son derechos subjetivos *privados*, ya que corresponden a los individuos como simples seres humanos y se proponen asegurarles el goce del propio ser, físico y espiritual. Sin embargo, algunos de esos derechos de la personalidad pueden también ser clasificados entre los derechos subjetivos públicos, como sucede también con los derechos de familia. Por ello, la mayor parte de estos derechos son, a la vez, deberes.⁷
- Son derechos *absolutos* o de *exclusión*, en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*. No son, en cambio, absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del

⁵ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *El patrimonio*, México, Porrúa, 2002, p. 755.

⁶ OEHLING DE LOS REYES, ALBERTO, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Constitucional, 2010, pp. 115-116.

⁷ Cobra especial relevancia con el derecho a la patria potestad, pues, en el caso de la protección del patrimonio moral de los menores, se traducen en deberes.

orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.

- Son derechos *personales* o, más propiamente, *extrapatrimoniales*; lo que no obsta para que su lesión pueda dar lugar a consecuencias patrimoniales, por la vía del resarcimiento del daño, encaminada a garantizar el equivalente de aquellos bienes personales que constituyen el objeto de los derechos de la personalidad.
- Son, finalmente, y por razón de su misma nota de esencialidad, *irrenunciables e imprescriptibles*.⁸

a) *El derecho a la propia imagen*

La invención de la fotografía y el grabado en el siglo XIX, así como el extraordinario desarrollo que alcanzó el fenómeno publicitario, han puesto de relieve la importancia del derecho a la imagen. El derecho debe contemplar y proteger, sobre todo, a la persona considerada en sí misma, sus atributos físicos y morales, y todo lo que suponga su desenvolvimiento. Por ello, cabe advertir que la doctrina sobre el reconocimiento de este derecho ha pasado por diferentes vicisitudes.

La concepción más antigua y radical considera a la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo. Así como el individuo tiene un derecho sobre el propio cuerpo, ha de tenerlo también sobre la propia imagen.

Otra concepción más moderna supone que la imagen no es protegida por sí misma, como una pertenencia o emanación de la persona; por consiguiente, solo se puede impedir que alguno pinte o reproduzca la imagen cuando su difusión cause una ofensa a la personalidad.

La tutela de la imagen se manifiesta como una forma o derivación de la protección del honor. Se trata de una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas, entendida esta palabra no en la acepción estricta del derecho penal, sino como todo ejercicio o lesión a un interés moral cualquiera, digno de consideración.⁹

La imagen ha sido objeto de revisión, sobre todo en cuanto a la forma en que se debe establecer su protección. Una parte importante es el consentimiento; sin embargo, para los menores de edad no opera este mecanismo, por su falta de capacidad para tal ejercicio. Los que poseen la patria potestad son quienes

⁸ ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS, *Derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 105-106.

⁹ ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS, *Derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 33.

tendrán la facultad de otorgar o negar la captación de la imagen. Incluso, son ellos quienes lo llevan a cabo *motu proprio*, sin reflexionar sobre los alcances y consecuencias masivos que puede tener su difusión.

El derecho a no ser molestado es, pues, una expresión de la dignidad de la persona y ha de ser entendido en un contexto de rechazo a una intromisión ilegítima. El derecho a estar solo, a no ser importunado, a ver respetado el perímetro que la propia libertad personal ha delimitado como espacio inaccesible, es una manifestación de la dignidad de la persona.¹⁰

Durante el ejercicio de la patria potestad se debe respetar este derecho de los menores de edad, sobre todo porque, en los primeros años de vida, el menor no cuenta con el ejercicio del “derecho a no ser molestado”: el que se le vea desnudo, se le dé higiene y no se le deje solo en los primeros meses son las prácticas más comunes. El problema se presenta cuando, fácilmente, la tecnología permite captar y difundir la imagen del menor en cualquier momento. Si no hay prudencia para cuidar el tipo de imagen que se capta, se puede dar una intromisión. Quienes ejercen la patria potestad deberían evitar esta situación, pero, en la mayoría de los casos, son quienes llevan a cabo esta práctica intrusiva.

El concepto de intimidad es un principio mucho más restringido. Lo íntimo se opone a lo público, a todo aquello que es proclamado por todos. Lo íntimo se relaciona con la soledad o con lo restringido y lo reservado, y al núcleo de relaciones que el titular del derecho selecciona, sin dar acceso a nadie más que quien él permita. En ese sentido, lo íntimo se puede asimilar a lo que se ha dado a conocer como esfera privada de la persona.¹¹

Sin embargo, un menor de edad no debe ser dejado solo, pues va de por medio su supervivencia. Así, ese espacio debe ser resguardado por quienes ejercen la patria potestad. Aquí será el ascendiente quien deba poner la barrera de protección del menor de edad bajo su cuidado, conforme va creciendo. El contar con un espacio propio dentro de la vivienda le permite a la niña, niño o adolescente contar con el derecho a la soledad, para poder estar consigo mismo.

El derecho a la intimidad está, pues, vinculado con la accesibilidad de la que es o puede ser susceptible una persona. El derecho a la intimidad es la libertad para limitar o impedir el acceso físico, a fin de impedir injerencias externas o cualquier acción hostil hacia lo privado. La finalidad no puede ser otra que la de preservar la capacidad de decisión del individuo respecto de lo que legítimamente él pueda considerar que favorece su autonomía personal o, por el contrario, pueda perjudicarla, alterando incluso su integridad psíquica.¹² Los ascendientes

¹⁰ CARRILLO, MARC, *El derecho a no ser molestado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, p. 33.

¹¹ CARRILLO, MARC, *El derecho a no ser molestado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, p. 45.

¹² CARRILLO, MARC, *El derecho a no ser molestado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, p. 46.

deben ejercer ese derecho en protección de la persona a su cuidado, debido a la imposibilidad que el menor de edad tiene de hacerlo por sí mismo.

Cuando los niños pasan a la adolescencia, suceden las primeras confrontaciones entre los ascendientes y sus hijos, quienes comienzan a no querer ser molestados y que no se revisen sus cosas, así como a pedir espacios y salidas sin supervisión; tales son sus requerimientos más frecuentes. No obstante, aquí entra otra difícil situación, que amerita un estudio específico. Esta sucede cuando, desde pequeños, se les ha permitido el acceso a la tecnología sin supervisión o enseñanza de los riesgos que conlleva compartir información. Los retos para exhibir su desnudez, a través de fotografías que ellos mismos se toman, se consideran como juegos inocentes. Así, no se dimensiona su alcance, y quienes ejercen la patria potestad rara vez están enterados.

Veamos los alcances de la responsabilidad que tienen quienes ejercen la patria potestad, desde la edad temprana de los menores hasta el momento en que los adolescentes claman por su autonomía, a pesar de que carecen de solvencia económica y, más aún, de la madurez que no es propia de su edad.

4. La teoría de la responsabilidad

Para entender el impacto que puede tener el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos no emancipados, es menester revisar lo que se entiende por responsabilidad. El poder causal es condición de la responsabilidad, es decir, el agente ha de responder de su acto. De este modo, es considerado responsable de las consecuencias del acto y, llegado el caso, se le hace responsable en sentido jurídico. Eso tiene por lo pronto un sentido legal y no un sentido propiamente moral. El daño causado tiene que ser reparado, aunque la causa no fuera un delito, aunque la consecuencia no estuviera ni prevista ni intencional.¹³

Una de las primeras teorías que se desarrollaron en materia de responsabilidad fue la relación causa-efecto. Posteriormente, el principio de imputabilidad causal quedó salvaguardado en la relación “por virtud”, de la cual el superior reúne en su persona la causalidad de sus subordinados.¹⁴ Se configuran estos supuestos en el caso de la protección que deben ejercer quienes tienen la patria potestad. Pronto, se mezcló la idea de compensación legal la idea de castigo, la cual tiene un sentido moral y califica de “moralmente culpable” el acto causal.

¹³ El siguiente apartado se desarrollará con la teoría que aporta JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 161.

¹⁴ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 161.

La distinción entre la responsabilidad legal y la responsabilidad moral se refleja en la distinción entre el derecho civil y el derecho penal, pero ambos tienen en común que la “responsabilidad” se refiere a actos hechos y que adquieren realidad en el hacer responsable desde fuera a alguien por lo que ha hecho. Finalmente, cuanto menos se actúa, tanto menos se ha de responder y, en ausencia de un deber positivo, el eludir el acto puede llegar a ser un consejo de prudencia.¹⁵ Sin desvirtuar el elemento no punitivo de la responsabilidad civil, se pueden dar consecuencias que inhiban el abuso en el ejercicio de este derecho o las conductas (difusión de imágenes) de las que es necesario que se inhiban.

Aquí la decisión en materia de política pública es determinar en qué esfera se puede dejar regulado el ejercicio indebido de la patria potestad, pues existen supuestos que contemplan casos graves. En materia civil, es común la suspensión o hasta la pérdida de la patria potestad cuando se deja de cumplir con los deberes que esta impone; por ejemplo, la violencia intrafamiliar. Lo anterior permite contemplar restricciones a este ejercicio y consecuencias para quienes ejercen la patria potestad, ante la falta de cuidado en el respeto al derecho a la imagen de los menores de edad.

Existe otra clase de responsabilidad en torno a la determinación de lo que se ha de hacer. Por ejemplo, la responsabilidad por el bienestar de otros no “examina” solo los propósitos dados del acto en lo que respecta a su admisibilidad moral, sino que obliga a realizar actos que no tienen otro propósito que ese fin. “Aquello por lo cual soy responsable está fuera de mí, pero se halla en el campo de acción de mi poder, remitido a él o amenazado por él”.¹⁶ Desde una visión ética, con este argumento se pueden plantear medidas preventivas para concientizar del posible impacto de la difusión de imágenes de menores de edad.

Este tipo de responsabilidad es la que permite fijar consecuencias ante las conductas o la falta de cuidado del resguardo al derecho a la imagen de las personas que están sujetas a su patria potestad. Aquí, el poder que la potestad otorga hace que se materialice la responsabilidad ante acción u omisión en esta materia.

¹⁵ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, pp. 162-163.

¹⁶ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 163.

5. Límites al ejercicio de los derechos de la patria potestad frente al derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes

Con la revisión conceptual y desde la visión de la responsabilidad, entremos a los límites que se pueden imponer al ejercicio de la patria potestad, tratándose de la protección del derecho a la imagen de menores de edad.

Según la interpretación mayoritaria, el principio de autonomía de la voluntad es el eje de todo el derecho privado del siglo XIX. Se habla así del dogma de la autonomía de la voluntad para evocar la hegemonía de un principio incuestionable que se admite como verdad fundamental. En virtud de este principio, la fuente del derecho se encuentra en el propio individuo, en su libertad y en su voluntad (autónoma).

Esta idea se adhiere al credo filosófico y jurídico de los siglos XVIII y XIX. Como indica A. Rieg, gira en torno a la voluntad. “En la base del edificio social se encuentra el individuo, es decir, una voluntad libre: el Estado, la ley no son más que emanaciones de las voluntades individuales que se conjugan entre sí [...] Todo el edificio jurídico está dominado por el principio de autonomía de la voluntad”. De este modo, toda obligación se hace derivar de una voluntad expresa o tácita, una voluntad que garantiza la legitimidad del pacto.¹⁷

Los derechos fundamentales no rigen aquí como derechos subjetivos, sino como valores que inspiran el conjunto del ordenamiento. Así, se proyectan sobre todo el derecho, a través de un “efecto de irradiación”, y exigen al poder público no ya una abstención, sino una actuación que permita su pleno desarrollo. Se trata, por tanto, de establecer e interpretar las normas de derecho privado y, especialmente, los conceptos de buena fe, buenas costumbres u orden público, “a la luz” de los derechos fundamentales.¹⁸

De este modo, la protección del derecho a la imagen encuentra asidero en las tendencias de regulación de posibles violaciones entre particulares. Siendo la familia el núcleo que da sustento a la sociedad, sus integrantes deben ser protegidos ante aspectos tan graves como la violencia intrafamiliar. Asimismo, las personas en condiciones de vulnerabilidad del grupo merecen una atención especial; en este caso, los menores de edad.

La falta de reflexión, que en ocasiones resulta inocente o incluso graciosa, se convierte aquí en culpa en sí, aun cuando todo marche bien. El ejercicio del

¹⁷ VENEGAS GRAU, MARÍA, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 43-44.

¹⁸ VENEGAS GRAU, MARÍA, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 230.

poder, sin la observancia del deber, es irresponsable; constituye una ruptura de esa relación de fidelidad que es la responsabilidad.¹⁹

Uno de los primeros pasos que debe dar la autoridad es generar consciencia sobre los alcances de la responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad, cuando se trata de la protección del derecho a la imagen de los menores de edad. Las políticas públicas deben integrar la difusión de los derechos de la personalidad y su impacto en el ejercicio de la patria potestad, en su vertiente de la difusión de la imagen de menores de edad.

La responsabilidad se origina por la autoría inmediata del acto de procreación —deseada o no—, y se prolonga por la total dependencia de los engendrados. El prototipo de la responsabilidad es la del hombre por el hombre. Este primado del parentesco entre sujeto y objeto en la relación de responsabilidad se basa incontestablemente en la naturaleza del asunto. La relación es unilateral y, sin embargo, en cada caso particular, es reversible e incluye la posible reciprocidad. Esto proviene de la no autarquía del hombre y la responsabilidad primordial del cuidado paterno es la primera que todo el mundo ha experimentado.²⁰

La responsabilidad paterna es el arquetipo de toda responsabilidad. El objeto de la responsabilidad paterna es el niño como totalidad y en todas sus posibilidades, no solo en sus necesidades inmediatas. Lo que el cuidado paterno tiene a la vista *in toto* es el puro ser como tal y luego el mejor ser de esos entes.²¹ En el marco de la responsabilidad, la de los ascendientes tiene la mayor carga ética, por las implicaciones que sus errores o negligencia puedan tener en el desarrollo de la personalidad de aquellos sobre quienes ejercen la patria potestad.

Estas dos responsabilidades totales no solo tienen relación con el objeto; están conectadas también en relación con las condiciones subjetivas. Todo el mundo sabe cuáles son las condiciones subjetivas en el caso de los padres: la conciencia de la autoría total, la observación inmediata de la implorante y total desprotección del niño, y el amor espontáneo.²²

¹⁹ Cfr. JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 165.

²⁰ Cfr. JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, pp. 171-173.

²¹ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 177.

²² JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, pp. 179-180.

En esas etapas, el derecho a la imagen debe hacerse presente. Se debe tener consciencia de las consecuencias de captar y reproducir imágenes a través de las tecnologías de la información y comunicación. Si bien los recuerdos son valiosos, la socialización de la imagen o el no procurar resguardar aspectos de la privacidad o intimidad de los menores de edad que se deben tratar con seriedad.

En la responsabilidad paterna, que se dirige tan destacadamente al individuo concreto y se concentra en él, los horizontes de la responsabilidad se duplican. Un primer horizonte, más estrecho, comprende el desarrollo individual del niño, quien posee su propia historicidad personal y adquiere históricamente su identidad. Pero, además está la transmisión de la tradición colectiva, desde el primer sonido articulado y la preparación para la vida en sociedad. Así, el horizonte de la continuidad se extiende al mundo histórico.²³

A la par de los aspectos que implica la responsabilidad, se cuenta con los estándares internacionales en materia de los derechos de la infancia. Con ello, se complementan los argumentos en pro de la regulación de la patria potestad con la abstención de difundir imágenes a través de las TIC.

En materia de protección internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴ permite integrar medidas de protección en las legislaciones internas de los países parte. “Artículo 16 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

La protección del derecho a la imagen integra bajo esta redacción aspectos de la vida privada y aspectos que impacten en su honra y reputación.

Artículo 19 1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan

²³ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 183.

²⁴ “Convención sobre los derechos del niño”, *Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Siguiendo el estándar internacional, se pueden crear medidas preventivas de concientización a padres y madres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, a modo de observar los riesgos a los que los exponen; asimismo, hacerles notar los alcances y límites que implica el proteger el derecho a la imagen de sus descendientes.

La vía civil y familiar es la idónea para insertar disposiciones que establezcan consecuencias graduales en función de la gravedad de la conducta. En el caso mexicano, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ofrece algunos alcances de protección, aunque aún de manera incipiente:

Artículo 76. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal y familiar, y a la protección de sus datos personales. Niñas, niños y adolescentes no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales, incluyendo aquélla que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, deberán orientar, supervisar y, en su caso, restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez.

Con lo anterior se da la posibilidad de vincular el ejercicio de la patria potestad con la responsabilidad de la protección del derecho a la imagen, asimismo, permite que en las fases de adolescencia se oriente y restrinjan conductas que puedan ir en contra del interés superior de la niñez.

Artículo 77. Se considerará violación a la intimidad de niñas, niños o adolescentes cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación que cuenten con concesión para prestar el servicio de radiodifusión y telecomunicaciones, así como medios impresos, o en medios electrónicos de los que tenga control el concesionario o medio impreso del que se trate, que menoscabe su honra o reputación, sea

contrario a sus derechos o que los ponga en riesgo, conforme al principio de interés superior de la niñez.

El límite en la difusión por medios de comunicación es claro, lo que hace falta es precisar los alcances de la difusión de la imagen cuando corre a cargo de la propia persona que ejerce la patria potestad.

Como lo señala Rob Riemen: “La razón tecnológica e instrumental, que no tiene conocimiento del bien y del mal ni de lo que hace significativa a la vida era, en sí misma, el origen de la crisis de nuestra era”.²⁵

Ante la falta de prudencia de los ascendientes, se deben tomar medidas que eviten el uso de la imagen de quienes aún no tienen capacidad de consentir su captura y difusión. Desde la visión de la responsabilidad se pueden generar políticas públicas que atiendan de manera preventiva y correctiva los abusos en la captura y difusión, con el enfoque del interés superior de la niñez.

Si la esfera de la producción ha invadido el espacio de la acción esencial, la moral tendrá entonces que invadir la esfera de la producción, de la que anteriormente se mantuvo alejada, y habrá de hacerlo en la forma de política pública.²⁶ Los debates sobre las limitaciones a derechos fundamentales cuentan con diversos estudios que abonan a determinar sus alcances y, en materia de la patria potestad, parten de que el derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes se debe armonizar.

Durante mucho tiempo se ha sostenido que los derechos fundamentales o humanos estaban tan íntimamente ligados a la naturaleza humana que entre sus características había de encontrarse necesariamente la de que eran derechos de carácter absoluto.²⁷ Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no son, ni pueden ni han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos están irremediablemente sujetos a limitaciones. Ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado.²⁸

Destacan las primeras aplicaciones del derecho a la imagen en las decisiones jurisprudenciales:

²⁵ RIEMEN, ROB, *Para combatir esta era. Consideraciones urgentes sobre el fascismo y el humanismo*, México, Taurus, 2017, p. 117.

²⁶ JONAS, HANS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, España, Herder, 1995, p. 37.

²⁷ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 36.

²⁸ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 36.

El derecho a la protección del uso de la imagen, previsto en la Ley Federal del Derecho de Autor en sus numerales 231, fracción II, 232, fracción II, y 87, es un derecho que debe ser entendido como aquel que se aplica de forma reforzada tratándose de menores de edad, en razón de que lo que se busca es proteger y salvaguardar su derecho a la imagen e intimidad frente a cualquier otro derecho con el que pudiera generarse el conflicto. Por tanto, no se podría actualizar supuesto de excepción alguno si no se acredita que existe el consentimiento de los padres o de quienes ejercen la patria potestad sobre aquéllos, en atención al interés superior del menor.²⁹

Este criterio es relevante debido a que se trata de menores de edad, por lo cual el derecho a la imagen debe reforzarse; así, se favorece la protección que deben llevar a cabo quienes ejercen la patria potestad. Al fijar la postura del reforzamiento del derecho a la imagen, pese a la excepción que marca la Ley Federal de Derechos de Autor, se actualiza una ponderación que atiende el interés superior del menor.

Así, una de las acciones que se deben emprender es el lanzamiento de campañas de concientización para alertar sobre los aspectos por tomar en cuenta cuando quienes ejercen la patria potestad captan y difunden la imagen de los menores de edad. Las autoridades competentes, acorde a las leyes de protección del interés superior de la niñez, pueden establecer restricciones al ejercicio de la patria potestad en cuanto a la difusión de la imagen, a través de regulaciones en los códigos civiles y familiares.

Es interesante el artículo de divulgación “Las cinco fotos de tus hijos que no debes compartir en redes sociales”,³⁰ el cual menciona los siguientes puntos por evitar: instantáneas con otros niños; el lugar donde estudian; desnudos o en la bañera; imágenes donde se muestre su nombre completo, y el respeto a lo que los hijos no quieran hacer público. Estas alertas fomentan el conocimiento de los riesgos a los que son expuestos los descendientes cuando hay falta de prudencia o se carece de información sobre las exposiciones innecesarias que surgen de captar las imágenes y difundirlas a través de las TIC.

A la par de la difusión, se deben establecer medidas correctivas, con consecuencias graduales en función de la gravedad de la conducta, y con la posibilidad de

²⁹ “Imagen de un menor de edad. la excepción prevista en el artículo 87 de la ley federal del derecho de autor no le es aplicable”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 31, junio de 2016, tomo 2, materias constitucional, administrativa, tesis: 2a. XXVI/2016 (10a.), p. 1209.

³⁰ UnoTV, “Las cinco fotos de tus hijos que no debes compartir en redes sociales”. Disponible en: <https://www.unotv.com/noticias/portal/tecnologia/detalle/5-fotos-hijos-debes-compartir-redes-sociales-302813/>

generar acciones de oficio ante la omisión en su cumplimiento. La denuncia de persona que alerte sobre la difusión de imágenes que puedan afectar a menores de edad puede ser el detonante para la revisión de la autoridad. Es necesario seguir viendo los alcances y escenarios no deseados a los cuales puede llevar esta práctica, sin que se convierta en una intromisión indebida del Estado hacia el espacio de las familias que conforman la sociedad.

6. Conclusiones

En la actualidad el derecho es omiso en la regulación de consecuencias por el ejercicio negligente de la patria potestad en aspectos de protección del derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes.

Así, se puede ver que el ejercicio de la patria potestad debe conllevar límites frente al derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes para garantizar sus derechos de personalidad, en especial el de intimidad y vida privada.

Para ello, la revisión de la patria potestad, frente al patrimonio moral, los derechos de la personalidad, dignidad y derecho a la imagen, permite contextualizar los alcances y límites que se deben plantear sobre su ejercicio, tratándose de niñas, niños y adolescentes.

Los argumentos éticos de la responsabilidad abonan a la carga que tienen los ascendientes respecto a sus descendientes. El ejercicio de la patria potestad más que un derecho es un deber que debe reforzarse con obligaciones adicionales en materia de protección de los derechos de personalidad. En particular, se debe proteger el derecho de la imagen, por ser susceptible a la masificación a través de las TIC.

Por otra parte, se deben generar campañas de concientización sobre los riesgos de captar y difundir imágenes de niñas, niños y adolescentes; más cuando son sus propios ascendientes los que pueden poner en riesgo a las personas sobre las que ejercen la patria potestad.

Cabe señalar que es un reto establecer mecanismos graduales de consecuencias, formas de denuncia y procedimientos expeditos que permitan garantizar la protección del derecho a la imagen de niñas, niños y adolescentes sin que se convierta en una intromisión indebida del Estado en las familias que componen la sociedad.

Sin embargo, detectamos criterios jurisprudenciales que, de manera incipiente, ponderan la protección del derecho a la imagen sobre excepciones establecidas en leyes vigentes. Por tanto, estos criterios son una hoja de ruta para generar en los códigos civiles y familiares la necesaria actualización.

Bibliografía

- BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- CALATAYUD CHÁVEZ, DAVID, “La intimidad en los menores o la menor intimidad”, en Antonio Vallés Copeiro del Villar y Hugo Aznar Gómez (coords.), *Sobre la intimidad*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo ceu, 1996.
- CARRILLO, MARC, *El derecho a no ser molestado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003
- ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS, *Derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2004.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, *El patrimonio*, México, Porrúa, 2002.
- OEHLLING DE LOS REYES, ALBERTO, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson-Constitucional, 2010.
- RIEMEN, ROB, *Para combatir esta era. Consideraciones urgentes sobre el fascismo y el humanismo*, México, Taurus, 2017.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, GUILLERMO, “La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 36. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100005
- UnoTV, “Las cinco fotos de tus hijos que no debes compartir en redes sociales”. Disponible en: <https://www.unotv.com/noticias/portal/tecnologia/detalle/5-fotos-hijos-debes-compartir-redes-sociales-302813/>
- VENEGAS GRAU, MARÍA, *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.