

Mauricio José C. Rosales* (Honduras)

La protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales virtuales: principal desafío del derecho constitucional contemporáneo

RESUMEN

El apogeo de las redes sociales ha sido un factor preponderante para el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones sociales, donde los seres humanos interactúan a través de espacios virtuales con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales de las últimas décadas. Por ello, estos espacios digitales forman parte central de las actividades del ser humano en el siglo XXI, dado que las personas han sido capaces de crear contenido de información o entretenimiento, realizar actos de comercio y mantener la comunicación con familiares y amistades. No obstante, el uso de las redes sociales ha ocasionado también una pérdida del control sobre la captación, difusión y publicación de la propia imagen de un individuo, produciendo así desafíos normativos para el derecho constitucional contemporáneo en lo relativo a la protección de este derecho.

Palabras clave: derecho constitucional; propia imagen; redes sociales.

The protection of the right to one's own image on virtual social networks: an analysis of the main challenge facing contemporary constitutional law

ABSTRACT

The heyday of social networks has been a preponderant factor for the establishment of a new model of social relations, in which human beings interact and relate to each other by means of virtual spaces with particular social dynamic characteristics that are

* Abogado, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); máster en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia (España). Asesor y director en juicio del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. mauricio.cantor@unah.edu.hn / código orcid: [0000-0002-E8177-4504](https://orcid.org/0000-0002-E8177-4504).

Mauricio José C. Rosales* (Honduras)

La protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales virtuales: principal desafío del derecho constitucional contemporáneo

RESUMEN

El apogeo de las redes sociales ha sido un factor preponderante para el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones sociales, donde los seres humanos interactúan a través de espacios virtuales con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales de las últimas décadas. Por ello, estos espacios digitales forman parte central de las actividades del ser humano en el siglo XXI, dado que las personas han sido capaces de crear contenido de información o entretenimiento, realizar actos de comercio y mantener la comunicación con familiares y amistades. No obstante, el uso de las redes sociales ha ocasionado también una pérdida del control sobre la captación, difusión y publicación de la propia imagen de un individuo, produciendo así desafíos normativos para el derecho constitucional contemporáneo en lo relativo a la protección de este derecho.

Palabras clave: derecho constitucional; propia imagen; redes sociales.

The protection of the right to one's own image on virtual social networks: an analysis of the main challenge facing contemporary constitutional law

ABSTRACT

The heyday of social networks has been a preponderant factor for the establishment of a new model of social relations, in which human beings interact and relate to each other by means of virtual spaces with particular social dynamic characteristics that are

* Abogado, Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); máster en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia (España). Asesor y director en juicio del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. mauricio.cantor@unah.edu.hn / código orcid: [0000-0002-E8177-4504](https://orcid.org/0000-0002-E8177-4504).

different from the conventional forms of recent decades. These digital spaces form a central part of human activities in the 21st century, given that they have enabled people to create information or entertainment content, engage in commerce, and communicate with family and friends. However, the use of social networks has also resulted in a loss of control over the capture, dissemination, and publication of an individual's own image, thereby producing normative challenges for contemporary constitutional law in relation to the protection of this right.

Keywords: Constitutional law; one's own image; social networks.

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild gegenüber den virtuellen sozialen Netzwerken: eine Analyse der wichtigsten Herausforderung an das heutige Verfassungsrecht

ZUSAMMENFASSUNG:

Das Aufblühen der sozialen Netzwerke ist ein dominierender Faktor bei der Etablierung eines neuen Modells der sozialen Beziehungen, in dem die Menschen mithilfe von virtuellen Räumen mit eigenen Charakteristiken sozialer Dynamik interagieren und miteinander kommunizieren, die sich von den überkommenen Formen der letzten Jahrzehnte unterscheiden. Diese digitalen Räume sind insofern ein zentraler Bestandteil der menschlichen Aktivitäten im 21. Jahrhundert, als die Personen durch sie in die Lage versetzt werden, Informations- oder Unterhaltungsinhalte zu schaffen, Handel zu treiben und die Kommunikation mit Angehörigen und Freunden aufrechtzuerhalten. Die Nutzung sozialer Netzwerke hat jedoch auch zu einem Kontrollverlust der Individuen bei der Aufnahme, Verbreitung und Veröffentlichung des eigenen Bildes geführt und stellt damit normative Herausforderungen an das heutige Verfassungsrecht, die den Schutz dieses Rechts betreffen.

Schlagwörter: Verfassungsrecht; eigenes Bild; soziale Netzwerke.

Introducción

La construcción y el lanzamiento del primer cliente web en la década de los noventa permitió que las personas establecieran una forma moderna de interacción, teniendo la posibilidad de compartir a través de internet todo tipo de contenidos, datos, documentos, grabaciones, imágenes, etc. Sin embargo, con la evolución a la denominada web 2.0 (web social), las tecnologías de la información y comunicación han permitido que los usuarios interactúen y colaboren entre sí, pasando de ser sujetos pasivos, que simplemente recibían o publicaban información en la red sin ninguna posibilidad de interacción, a convertirse realmente en sujetos activos, creadores de contenido.

different from the conventional forms of recent decades. These digital spaces form a central part of human activities in the 21st century, given that they have enabled people to create information or entertainment content, engage in commerce, and communicate with family and friends. However, the use of social networks has also resulted in a loss of control over the capture, dissemination, and publication of an individual's own image, thereby producing normative challenges for contemporary constitutional law in relation to the protection of this right.

Keywords: Constitutional law; one's own image; social networks.

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild gegenüber den virtuellen sozialen Netzwerken: eine Analyse der wichtigsten Herausforderung an das heutige Verfassungsrecht

ZUSAMMENFASSUNG:

Das Aufblühen der sozialen Netzwerke ist ein dominierender Faktor bei der Etablierung eines neuen Modells der sozialen Beziehungen, in dem die Menschen mithilfe von virtuellen Räumen mit eigenen Charakteristiken sozialer Dynamik interagieren und miteinander kommunizieren, die sich von den überkommenen Formen der letzten Jahrzehnte unterscheiden. Diese digitalen Räume sind insofern ein zentraler Bestandteil der menschlichen Aktivitäten im 21. Jahrhundert, als die Personen durch sie in die Lage versetzt werden, Informations- oder Unterhaltungsinhalte zu schaffen, Handel zu treiben und die Kommunikation mit Angehörigen und Freunden aufrechtzuerhalten. Die Nutzung sozialer Netzwerke hat jedoch auch zu einem Kontrollverlust der Individuen bei der Aufnahme, Verbreitung und Veröffentlichung des eigenen Bildes geführt und stellt damit normative Herausforderungen an das heutige Verfassungsrecht, die den Schutz dieses Rechts betreffen.

Schlagwörter: Verfassungsrecht; eigenes Bild; soziale Netzwerke.

Introducción

La construcción y el lanzamiento del primer cliente web en la década de los noventa permitió que las personas establecieran una forma moderna de interacción, teniendo la posibilidad de compartir a través de internet todo tipo de contenidos, datos, documentos, grabaciones, imágenes, etc. Sin embargo, con la evolución a la denominada web 2.0 (web social), las tecnologías de la información y comunicación han permitido que los usuarios interactúen y colaboren entre sí, pasando de ser sujetos pasivos, que simplemente recibían o publicaban información en la red sin ninguna posibilidad de interacción, a convertirse realmente en sujetos activos, creadores de contenido.

Lo anterior ha ocasionado que la distribución de la información y la comunicación entre personas adquiera un nuevo modelo de relaciones sociales,¹ en la cual los seres humanos interactúan y se relacionan entre sí por medio de nuevos espacios con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales de las últimas dos décadas. En gran medida, esto se explica por el uso generalizado de internet, la posesión de teléfonos inteligentes, el surgimiento y manejo de las redes sociales virtuales, tales como Facebook, YouTube, Instagram, Tik Tok, LinkedIn, Twitter, entre otros, y la brecha generacional existente entre las personas que nacieron y vivieron su niñez y adolescencia con estas tecnologías, en comparación con las que tuvieron que adaptarse y aprender a utilizarlas.

El avance a la era digital y el acoplamiento del ser humano a estos nuevos modos de interacción en las redes sociales han contribuido a que la fluidez informativa en la actualidad desdibuje ciertos elementos centrales de los derechos fundamentales, como la propia imagen, en virtud de que captar, reproducir, difundir o publicar la efigie de una persona sin su consentimiento a partir de fotografías que se encuentran cargadas en la red es una labor relativamente sencilla y cada vez más normalizada por los usuarios.

Así pues, la actividad de los usuarios en las redes sociales está marcada por aspectos particulares, tales como el anonimato total o parcial y el contacto sincrónico o asincrónico, lo cual propicia situaciones en donde un sujeto denominado “A” accede desde cualquier dispositivo al perfil de red social de un sujeto denominado “B”; acto seguido, “A” se dirige al conjunto de fotografías almacenadas por “B” y, valiéndose de las facilidades que ofrece la configuración de la red social o del dispositivo utilizado, el sujeto “A” selecciona y descarga una fotografía del sujeto “B”, archivándola de esta manera en la memoria de su dispositivo y teniendo la posibilidad de utilizarla para diversos fines, todo ello sin contar con la autorización del titular de la imagen.

En ese sentido, el problema concreto que afronta el derecho constitucional contemporáneo en relación con la propia imagen en el contexto de las redes sociales estriba, principalmente, en la fluidez informativa en forma de fotografías y videos que circulan diaria y masivamente en la red, lo cual propicia, a su vez, que los usuarios presupongan que este contenido es de naturaleza pública, de libre acceso y que puede ser captado y difundido sin la necesidad de contar con el consentimiento del titular, ocasionando de esta manera una pérdida del control del individuo sobre el derecho a su propia imagen, en tanto y en cuanto se ve anulada su facultad de libertad de decisión en lo relativo a dónde, cuándo, por quién y cómo se capta o reproduce su propia efigie.

Por tanto, el objeto de estudio del presente artículo se focaliza exclusivamente en el derecho a la propia imagen de los usuarios en general que utilizan las redes

¹ Elizabeth M. Ryan, “Sexting: How the state prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults”, *Iowa Law Review* 96, n.º 1 (2010): 357-383, 358.

sociales, por lo que se excluye de este grupo a las personas que ejercen un cargo público, una profesión de notoriedad o proyección pública. En consecuencia, el propósito de este trabajo consiste en identificar el principal desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo en lo relativo a la protección del derecho a la propia imagen en las redes sociales y, a su vez, reflexionar sobre el rol del Estado, de las compañías propietarias de estos espacios digitales y de los usuarios en la red, para así delimitar buenas prácticas que pueden adoptarse para superar el principal reto que impone esta era tecnológica.

Por ello, tomando en consideración el objetivo planteado, esta investigación es de tipo dogmático, basada en un modelo epistemológico de racionalismo jurídico, toda vez que descansa en la observación teórica sobre la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance del derecho a la propia imagen, para realizar una labor de análisis y raciocinio con el propósito de trasladar y acoplar estas nociones de la era analógica al ámbito tecnológico actual.

Todo lo anterior se fundamenta en los parámetros y procesos del método descriptivo, analítico y explicativo. Descriptivo, por cuanto se traza y detalla el contenido, el alcance, los bienes jurídicos y los límites del derecho a la propia imagen, precisando, a su vez, los desafíos que afronta el derecho constitucional contemporáneo y el rol que deben asumir los Estados, las compañías propietarias de redes sociales y los usuarios de la red. Finalmente, es analítico y explicativo, en virtud de que se examinan estos componentes desarrollados del derecho a la propia imagen y se trasladan al ámbito de las redes sociales, procurando de esta manera sustentar de forma clara y precisa las razones que determinan su protección en estos espacios digitales.

1. El contenido esencial del derecho a la propia imagen

La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establece que cada derecho contiene un núcleo fijo e inmutable, de manera que cualquier disminución, tergiversación, regresividad o contravención a este núcleo resulta en una conducta ilícita y violatoria del derecho fundamental en cuestión.² Dicho esto, el contenido mínimo y esencial del derecho a la propia imagen consiste en la atribución que tiene una persona de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos, que no se limita exclusivamente a las facciones del rostro de un individuo, sino que también abarca toda la extensión del cuerpo humano y los rasgos característicos que hacen reconocible a un sujeto.³ Asimismo, este derecho otorga la facultad de

² Rogelio López, “Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 37 (2017): 251, doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11458>.

³ Francisco de Paula Blasco, “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”, en *Bienes de la personalidad*, edit. por Asociación de Profesores de Derecho Civil (Salamanca: Universidad de Murcia, 2008), 22.

impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad.⁴

Sobre esa línea de pensamiento, es menester resaltar que esta concepción constitucional entraña una naturaleza bifronte, es decir que hay un concepto o ámbito positivo y un concepto o ámbito negativo del derecho a la propia imagen.⁵ Así pues, la primera dimensión atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública;⁶ dicho de otra manera, otorga la capacidad a la persona de autodefinir y determinar desde el punto de vista estético o somático su apariencia exterior y, a su vez, concede la potestad de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no, ya sea de manera onerosa o gratuita.⁷

Por otro lado, la dimensión negativa implica la facultad de control que tiene un individuo para impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida⁸ y el espacio en el que haya sido obtenida, esto es, en ámbito público o privado.⁹

Por tanto, a partir de estas premisas se puede colegir que el bien jurídico protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, es decir, los rasgos físicos de una persona que reflejan la cara externa de la personalidad, cuya protección constitucional procura preservar el valor fundamental de la dignidad humana.¹⁰

1.1. El consentimiento como piedra angular del derecho a la propia imagen

Tomando en consideración la construcción jurídica del núcleo inherente al derecho a la propia imagen, se puede inferir que una de las cualidades propias que definen y distinguen este derecho se focaliza en el rol y valor jurídico preponderante del consentimiento.

En ese sentido, el acto de consentimiento consiste en la manifestación de voluntad que una persona otorga a otra para aceptar la realización de una determinada cosa o conducta, conforme a una oferta.¹¹ Por consiguiente, el consentimiento funge como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión en la captación,

⁴ Tribunal Constitucional Español, STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001, 2.

⁵ Tribunal Constitucional Español, STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001, 20.

⁶ Tribunal Constitucional Español, STC 139/2001 de 18 de junio de 2001, 10.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-546-2016 de 11 de octubre de 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, 29.

⁸ Tribunal Constitucional Español, STC 72/2007 de 16 de abril de 2007, 9.

⁹ Humberto Nogueira, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1 (2007): 263.

¹⁰ José Ramón de Verda, "El derecho a la propia imagen", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 2 (2006): 187.

¹¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 70.

difusión, publicación o reproducción de los rasgos físicos del titular de la imagen, en la cual, de no haberse otorgado dicho consentimiento, la conducta llevada a cabo será contraria a derecho, por lo que se generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

En ese orden de ideas, el consentimiento debe reunir la condición de ser otorgado de forma expresa, lo cual no implica necesariamente que se otorgue por escrito, sino que pueda deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas.¹² Asimismo, este consentimiento no puede ser general; por el contrario, deberá de ser específico, por lo que habrá de referirse a cada acto concreto de intromisión,¹³ es decir, que el titular deberá otorgar un consentimiento para permitir la captación, otro para la difusión y uno adicional para la reproducción de su propia efigie.

Bajo estas premisas, se infiere, entonces, que la característica esencial del consentimiento debe reunir cuatro estándares para que pueda ser considerado legítimo. En otras palabras, el consentimiento en cada acto de intromisión que pretenda el tercero interesado debe ser a) libre, b) previo, c) informado y específico, y d) inequívoco.

a) Libre

Por libertad en el consentimiento debe entenderse cuando este es otorgado sin ningún tipo de error, violencia, intimidación o cualquier tipo de coacción, presión física o psíquica que influya de manera directa o indirecta en la conducta del titular de la imagen para asentir la intromisión a su derecho.¹⁴

b) Previo

Este estándar refiere a que el consentimiento debe darse antes de que el acto de captar, difundir, publicar o reproducir la imagen del titular se ejecute, en virtud de que, de realizarlo con posterioridad, se está pretendiendo legitimar intervenciones que en su origen y en principio fueron no consentidas y, por tanto, atentatorias del derecho a la propia imagen.¹⁵

c) Informado y específico

Este estándar debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, en donde el titular de la imagen y la persona interesada entablan un verdadero diálogo basado en principios de buena fe, con miras a conocer la finalidad específica que pretende el interesado y el destino que se intenta

¹² Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 1116/2002 de 25 de noviembre de 2002, 4.

¹³ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 769/2006 de 22 de febrero de 2006, 3.

¹⁴ Reinaldo Cruz, *Obligaciones y contratos en general*, 2.^a ed. (San Pedro Sula: Librería Cultura, 1984), 151.

¹⁵ Nogueira, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", 274.

dar con la imagen del titular.¹⁶ Todo ello servirá para que el titular sopesa los riesgos, ventajas y/o consecuencias que persigue el interesado con el tratamiento de la imagen, para así tomar una decisión sobre el otorgamiento de su consentimiento y, de ser el caso, ejercer los derechos que le asistan.¹⁷ Lo anterior significa, *prima facie*, que el titular de la imagen debe estar en pleno conocimiento sobre el tipo de fotografía que se pretende captar, es decir, qué partes de sus rasgos físicos se expondrán; asimismo, saber el tipo de intromisión que se persigue, ya sea la mera captación o si también se busca obtener el consentimiento para que la imagen sea publicada, difundida y reproducida. De igual manera, el titular debe conocer el tipo de medio en el que se pretende exhibir su imagen, ya sea un medio impreso, televisivo, redes sociales o análogos, y, finalmente, el titular debe saber la finalidad o actividad perseguida por el tercero interesado, es decir, si existe una finalidad informativa, comercial, científica, cultural o análoga.

d) Inequivoco

Este estándar refiere que el consentimiento se rige bajo un principio de antiformalidad jurídica, según el cual la aceptación y autorización del titular del derecho a la propia imagen no exige que debe otorgarse siguiendo una serie de pautas o requisitos legales que delimiten y validen la forma en que se debe prestar el consentimiento,¹⁸ verbigracia, que deba constar por escrito, en documento público o privado, otorgado frente a un ministro de fe pública, o, por el contrario, que si se otorga verbalmente, debe contar con la presencia de un número determinado de testigos que den fe del acto.

Por tanto, la persona interesada en captar, difundir, publicar o reproducir los rasgos físicos de otra persona debe emplear cualesquiera de los medios necesarios que tenga a su alcance para hacer constar y que no queden dudas de que el titular de la imagen efectivamente ha brindado su consentimiento.¹⁹ En consecuencia, la carga de la prueba de acreditar tal manifestación corresponderá al tercero interesado.

Por ello, resulta desacertado creer que es lícita toda captación de la efigie de una persona que se propicia en espacios públicos, en virtud de que la determinación de un sujeto de concurrir a un lugar abarrotado de personas y beneficiarse de este espacio para su recreación personal, no implica, *per se*, una presunción, suposición o incluso conclusión inequívoca de otorgamiento de consentimiento del titular para la captación de su efigie, salvo en circunstancias en las cuales se esté frente a un acontecimiento

¹⁶ Cfr. Mónica Arenas, “La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*”, en *Derecho y redes sociales*, ed. por Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013): 123 y ss.

¹⁷ Arenas, “La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*”, 123 y ss.

¹⁸ Cfr. Ana Karina Timm, “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2014): 215.

¹⁹ Cfr. Arenas, “La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*”, 125 a 127.

público y la imagen de una persona determinada aparece como elemento meramente accesorio a la misma, en cuyas circunstancias será lícita tal captación.²⁰

1.2. Límites al ejercicio del derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen, como muchos otros derechos constitucionales, no es de carácter absoluto, por lo que puede estar sujeto a determinadas limitaciones derivadas de otros valores y derechos fundamentales,²¹ como en el caso más paradigmático, su colisión con el derecho a la libertad de información o expresión. Por ello, en determinadas circunstancias será lícito captar, reproducir o publicar la efigie de una persona sin su consentimiento, siempre y cuando las razones que justifican la injerencia se basen en los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.²²

Sobre este particular, es importante destacar que las intromisiones consideradas como legítimas al ejercicio del derecho a la propia imagen pueden clasificarse en atención a las causas que justifican tal injerencia, como a) aquellas basadas en un interés histórico, cultural o científico, y b) aquellas basadas en un interés público que produce una colisión con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, en cuyo caso ameritará el ejercicio de la ponderación.

a. *Interés histórico, cultural y científico*

En relación con el interés histórico, debe entenderse no solo como aquel que se da en los sucesos del pasado que han marcado la evolución histórica de una sociedad, sino también aquellos sucesos que forman parte de la memoria actual y diaria de la colectividad humana; pero este ámbito de injerencia legítima al derecho a la propia imagen se justificará solo cuando concurre un criterio de relevancia, es decir que la utilidad o valor informativo de un acontecimiento desplaza el requisito *sine qua non* de contar con el consentimiento del titular para captar o utilizar su efigie, lo que implica una legitimación lícita de la intromisión.²³

Atendido lo anterior, para determinar la existencia de un interés histórico, deberá analizarse la naturaleza misma del hecho; con ello, se permitirá determinar un espectro diferenciador entre lo que constituiría un hecho histórico y un mero acontecimiento o suceso aislado sin relevancia histórica. En consecuencia, sin ánimo de establecer una estandarización *numerus clausus*, para determinar la existencia de un hecho histórico, deberá tomarse en cuenta: a) la relevancia, es decir que el hecho cause un impacto

²⁰ Nogueira, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, 277.

²¹ Tribunal Constitucional Español, STC 254/1988 de 21 de diciembre de 1988, 5.

²² Tribunal Constitucional Español, STC 14/2003 de 28 de enero de 2003, 29.

²³ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996, 3.

social, político, cultural o económico en una comunidad determinada, ya sea a nivel mundial, nacional o local; b) que esté relacionado con otros sucesos, esto es, que forme parte de un proceso de causa y efecto; c) que haya propiciado un cambio o una ruptura respecto al pasado; y d) que el hecho sea protagonizado por seres humanos.

Por otro lado, en relación con el interés científico, se reputará su existencia en tanto y en cuanto la utilidad o valor informativo de dicha imagen aporte un avance del conocimiento de cada una de las ciencias, por lo que es legítimo introducirlas en libros, proyectarlas en conferencias, aulas, folletos, publicaciones, etc., siempre y cuando no se revele la identidad de la persona, ya que de no hacerlo se podría considerar intromisión en la vida privada del individuo,²⁴ toda vez que la identificabilidad del sujeto carece de interés científico. Por ello, en este tipo de imágenes se debe procurar censurar el rostro o aquellos rasgos característicos del cuerpo que hagan identificable al individuo, en virtud de que el bien jurídico protegido en estas circunstancias es la intimidad de la persona, toda vez que la condición de salud forma parte de la información particular que un sujeto puede decidir legítimamente mantener fuera del conocimiento de terceros.

Con respecto al interés cultural, debe entenderse que este hace referencia a las necesidades de índole espiritual o evoca el conjunto de manifestaciones de modos de vida, costumbres o conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona o sociedad que conforman una época.²⁵ Por tanto, en este contexto, la intromisión legítima en el ejercicio del derecho a la propia imagen deberá fundamentarse en el análisis de la finalidad informativa de naturaleza cultural, en virtud de que no puede encubrirse el uso de la imagen para fines publicitarios, bajo el argumento del interés cultural.

Lo anterior, entonces, deja claro que la invocación del interés cultural debe ser relevante y no debe ofrecer duda alguna, por lo que el valor informativo de las costumbres, modos de vida o conocimientos artísticos, literarios o científicos debe resultar digno de distinción para la sociedad y no debe entrañar un valor meramente informativo con la finalidad de difundir o promover, con o sin fines de lucro, la campaña de un producto, servicio o valores morales.²⁶

b. *Interés público y su ponderación con la libertad de información y expresión*

En estas circunstancias, se autoriza la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona, prescindiendo de su conocimiento, por entender que existe

²⁴ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 17636/1992 de 29 de septiembre de 1992, 4.

²⁵ Cfr. María Rovira, *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)* (Granada: Comares, 2000), 101 y ss.

²⁶ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996, 3 y ss.

un interés público prevalente en razón del derecho de libertad de información y expresión, con lo cual se fundamenta y justifica tal intromisión.

Dicho esto, el caso paradigmático en estos supuestos es cuando los rasgos físicos de una determinada persona aparecen como un elemento accesorio a un suceso o acontecimiento público. De esta manera, se entiende que, en estos casos, el individuo no debe reunir una condición especial, como tratarse de un personaje público, notorio o con proyección pública; *contrario sensu*, estos supuestos son aplicables a cualquier tipo de persona, indistintamente de su etiqueta social o cargo que se le atribuya.

En ese sentido, se debe entender que el concepto de accesoriedad opera en función de una relación de subordinación con el suceso o acontecimiento que se ilustra, el cual debe ser objeto principal de la noticia o reportaje.²⁷ Por lo tanto, la representación gráfica de la persona debe ser realizada de tal modo que no acabe convirtiendo el titular de la imagen en el objeto principal de la información.²⁸

En síntesis, al efecto de determinar el carácter accesorio de la imagen, habrá que ponderar el tamaño y plano desde donde se capta, en relación con el de la página en la que aparece publicada, tratándose de medios de comunicación impresos, o en relación con el de la pantalla, si aparece reproducido en televisión. Asimismo, habrá de tener en cuenta el carácter fugaz o repetitivo de la representación gráfica del individuo.²⁹

2. La funcionalidad de las redes sociales virtuales y su relación intrínseca con la propia imagen

Las redes sociales virtuales pueden definirse como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet, para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes con base en criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios.³⁰

Así pues, en esta sociedad en red existe una gran diversificación de tipologías de redes sociales virtuales que ofrecen distintos servicios y modos de transmisión de la información, y, a su vez, son utilizadas por las diversas generaciones de usuarios con finalidades diferentes. Por ello, las redes sociales virtuales pueden clasificarse en tres grandes grupos, a saber: a) redes sociales de comunicación, por las que los usuarios pueden interactuar con sus congéneres por medio de la publicación de fotografías,

²⁷ Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 4674/2004 de 1 de julio de 2004, 3.

²⁸ De Verda, “El derecho a la propia imagen”, 205.

²⁹ De Verda, “El derecho a la propia imagen”, 206.

³⁰ Paula Ortiz, “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en *Derecho y redes sociales*, ed. por Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez (Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013): 5.

videos, comentarios, reflexiones, aficiones y preferencias de todo tipo; b) redes sociales especializadas, centradas en un eje temático con la finalidad de unir a colectivos con los mismos intereses, y c) redes sociales profesionales, que permiten a los individuos buscar nuevas oportunidades de empleo.³¹

En ese orden de ideas, en términos generales, y sin atender a un modelo concreto de red social virtual, el funcionamiento de estas plataformas digitales se estructura en tres fases, a saber: a) momento de registro, que puede ser *motu proprio* o por invitación, en el que se suele solicitar los datos básicos, como nombre, apellidos, dirección de correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento, y exhortar al usuario a que exporte una fotografía de perfil para que sus contactos o familiares lo identifiquen; b) utilización de la red social, que es la fase en la que el usuario desarrolla su actividad en la red, actualizando su estado e interactuando con los otros usuarios; y c) baja de la red social, la cual consiste en la suspensión o cancelación de la cuenta.³²

Por ello, la interrelación de las personas en las redes sociales se rige bajo una serie de modalidades con características de expresión propias. El soporte visual es uno de estos rasgos cualitativos peculiares y constituye uno de los principales componentes de fluidez informativa en línea, y una de las razones primordiales por las cuales una persona utiliza redes sociales. De hecho, para el año 2021, el 27,9% de los 4,20 billones de habitantes en el mundo que poseían y utilizaban una red social, empleaban estos espacios para compartir fotografías o videos con otros usuarios.³³

Dicho lo anterior, las políticas de términos y condiciones son uno de los puntos focales en los que se centra toda actividad y funcionamiento de una red social, en virtud de que por medio de estas políticas se procura regular toda la actividad y el comportamiento que debe existir entre un individuo, la empresa propietaria de la red social y la comunidad de usuarios en línea con quienes se interactúa constantemente. Por tal razón, estas disposiciones son concebidas como contratos electrónicos por adhesión,³⁴ lo que produce un efecto vinculante entre los sujetos intervinientes.

En ese sentido, las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas coinciden en establecer una serie de compromisos para sus usuarios, los cuales, para efectos prácticos y metodológicos, pueden dividirse en dos vertientes: los compromisos positivos y los compromisos negativos. Los primeros son entendidos como aquellos por medio de los cuales el usuario otorga un permiso a la red social en cuestión para proporcionar sus servicios y autorizar la utilización de sus datos, información, fotografías y videos; los segundos hacen referencia a todas aquellas disposiciones por medio de las cuales el usuario debe

³¹ Ortiz, “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, 6 y ss.

³² Ortiz, “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, 7.

³³ Simon Kemp, “Global overview report”, acceso el 20 de enero de 2022, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>.

³⁴ Iñigo Maza y Rodrigo Uribe, “Términos y condiciones: acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6, n.º 2 (2017): 39 y 40, doi: [10.5354/0719-2584.2017.46226](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2017.46226).

abstenerse de realizar una determinada conducta que implique un quebrantamiento de las políticas de términos y condiciones de la red social.³⁵

En cuanto a los compromisos positivos que se relacionan con el derecho a la propia imagen, destaca que el titular de la cuenta otorga un permiso a la red social para usar el contenido que el usuario crea y comparte, es decir que las fotografías o los videos, que pueden estar protegidos por leyes en materia de propiedad intelectual o industrial, pueden ser utilizados por la compañía a través de una denominada licencia de carácter universal, misma que puede ser empleada en cualquier parte del mundo y que es de carácter no exclusivo, transferible, sublicenciable y exento de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir el contenido del usuario, así como para crear contenido derivado.

En otras palabras, esta licencia otorga a las redes sociales la potestad de que, si una persona comparte una fotografía, les autoriza a almacenarla, copiarla y compartirla con otros, como, por ejemplo, los proveedores de servicios que ayudan a proporcionar los productos que las redes sociales ofrecen. Todo esto se realizará de conformidad con el tipo de configuración de cuenta que tenga el usuario, es decir, si se trata de un perfil público o privado.

Asimismo, las normas comunitarias concretan una sección relativa a la seguridad, en donde estipula que no se permite contenido, como fotografías o videos, en donde se exponga la desnudez de los niños, fotografías íntimas compartidas sin el consentimiento de la persona retratada, realizar o publicar videos empleando *deepfake*, compartir información privada ni ningún comportamiento que pueda constituir *ciberbullying*.

Atendido lo anterior, puede colegirse que las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas, relacionadas con el derecho a la propia imagen, coinciden en distinguir tres tipos de fotografías que pueden ser exportadas a sus servidores, a saber: a) fotografías protegidas por propiedad intelectual, b) fotografías íntimas y c) fotografías neutrales, en cuyo caso, la publicación sin consentimiento de las dos primeras tipologías implicará una infracción a las reglas comunitarias, por lo que dicho comportamiento podrá ser reportado a través de las herramientas de denuncia que las redes sociales proveen.

³⁵ “Condiciones del servicio de Facebook”, Meta, acceso el 22 de marzo 2022, <https://www.facebook.com/legal/terms>; “Normas comunitarias de Facebook”, Meta, acceso el 26 de marzo 2022, <https://www.facebook.com/communitystandards/safety>; “Condiciones de uso de Instagram”, Meta, acceso el 29 de marzo 2022, <https://help.instagram.com/581066165581870>; “Normas comunitarias de Instagram”, Meta, acceso el 2 de abril 2022, https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=page_content; “Política relativa al contenido multimedia de carácter delicado”, Twitter, acceso el 4 de abril 2022, <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/media-policy>; “Términos de servicio”, Twitter, acceso el 5 de abril 2022, <https://twitter.com/es/tos>.

En ese sentido, para efectos de precisar terminológicamente estas categorías de fotografías y determinar su marco de protección, a la luz de las políticas de términos y condiciones y normas comunitarias de las redes sociales virtuales, ha de entenderse que las fotografías protegidas por propiedad intelectual son únicamente aquellas que tengan un valor artístico, es decir, que se caractericen por la existencia de un elemento de originalidad, esto es, que sea producto de una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio como el mérito o la finalidad; por tanto, el fotógrafo incorpora el producto de su inteligencia a la obra (fotografía), un hacer de carácter personalísimo que trasciende la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de esta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo.³⁶

Sobre este particular, conviene resaltar que las autofotos (*selfies*) o fotografías neutrales que exponen los rasgos físicos de una persona y son editadas mediante un proceso de incorporación de filtros fotográficos automatizados provistos por las herramientas de las aplicaciones móviles de estas redes sociales o mediante aplicaciones externas, no pueden ser consideradas como una producción de propiedad intelectual y, por tanto, estar sujetas al régimen de denuncia por infracción de derechos de autor; ello, en virtud de que estas fotografías carecen totalmente de valor artístico, porque aunque pueda existir una modificación de contraste, saturación, brillo, sombras, enfoque, nitidez o degradado en la fotografía, estas circunstancias de configuración no son determinantes para apreciar la originalidad o impronta de la personalidad de su realizador, por lo que deberán ser consideradas como meras fotografías.

Por otro lado, fotografías neutrales son aquellas que, en sentido negativo, carecen de los requisitos que conforma una obra artística, es decir que no media la existencia de originalidad, producto de la creación intelectual de la persona que capta o ejecuta la fotografía, como tampoco contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, sino que se limitan a mostrar el aspecto físico de una persona, de modo que lo haga reconocible, en cuyo caso el titular no tiene derechos morales como el reconocimiento de la paternidad e inmutabilidad de su obra.³⁷ Mientras tanto, las fotografías íntimas son aquellas que exponen aspectos esenciales de la vida privada de un individuo, como, por ejemplo, su desnudez total o parcial.³⁸

En síntesis, la exposición de los rasgos físicos de una persona a través de fotografías o videos constituye un elemento fundamental de toda interacción de los usuarios en la red, en virtud de que la fotografía es inherente a la existencia de la propia cuenta de la red social, ya que las instrucciones iniciales predeterminadas

³⁶ María José Reyes, "Imagen y propiedad intelectual", *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 15 (2012): 62 y 63.

³⁷ Reyes, "Imagen y propiedad intelectual", 63 y ss.

³⁸ María del Mar Carrasco, "Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá", *Revista de Derecho Penal*, n.º 24 (2016): 152.

por la red sugieren y exhortan al usuario a configurar su cuenta y exportar una fotografía de perfil. En consecuencia, cada fotografía o video que sube un usuario a su red social, ya sea de perfil o a su álbum de fotos, persigue una finalidad cualitativa definida por el propio titular.

Asimismo, pese a esta circunstancia, dentro de sus políticas de términos y condiciones, las redes sociales virtuales no estipulan cláusulas restrictivas orientadas a catalogar que toda actividad en donde un usuario capte, reproduzca o publique fotografías o videos que expongan los rasgos físicos de una persona sin su consentimiento, indistintamente de su naturaleza artística o íntima, pueda ser considerada un comportamiento contrario a las normas comunitarias, sujetas a sanciones por parte de la red en cuestión.

2.1. La anulación del consentimiento o pérdida de la facultad de control sobre la propia imagen como principal desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo

El uso de las redes sociales virtuales ha implicado, en cierta medida, una pérdida de control sobre los aspectos e información más íntima de una persona, como la exposición más frecuente y fluida de los rasgos físicos de un individuo, lo cual ha propiciado que la captación, reproducción y publicación de la efigie de una persona sin su consentimiento sea una práctica normalizada y cotidiana de los usuarios de la red, circunstancia que por sí sola origina una lesión al ejercicio de este derecho fundamental.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoce que este progreso no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares; al contrario, de esta misma situación se deriva que el Estado tiene un deber de asumir un compromiso aún mayor con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección de derechos.³⁹

En consecuencia, como se ha podido observar, el derecho a la propia imagen implica necesariamente el otorgamiento del consentimiento del titular. Esto significa que si un tercero interesado desea captar, reproducir o publicar la efigie de una persona, necesita su autorización para poder llevar a cabo cada uno de estos actos, aunado a que el consentimiento deberá reunir los estándares de ser libre, previo, informado, específico e inequívoco.

Bajo esa premisa, la ausencia del consentimiento del titular implicará, *per se*, la configuración de la vulneración del derecho a la propia imagen. Sin embargo, las lagunas o ambigüedades terminológicas en las políticas de términos y condiciones de las redes sociales virtuales para regular y detallar la prestación del consentimiento para cada acto de intromisión en cualquier fotografía o video, ha llevado a

³⁹ Corte IDH, Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentencia de 6 de julio de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 200, párrafo 115.

la construcción de una concepción distorsionada del consentimiento, en donde se presupone que todo el contenido que se comparte en la red social es de libre uso y, por tanto, se puede prescindir de la autorización del titular para captar, reproducir, publicar o utilizar las fotografías de una persona.

Pese a ello, las políticas de términos y condiciones de las redes sociales mayoritariamente utilizadas, coinciden en que el usuario declara ser propietario de todo el contenido e información que publica en su red social y puede controlar cómo se difunde o comparte su contenido a través de la configuración de privacidad de su perfil. Esto significa que, según la lógica de las políticas de la red social, si una persona configura su perfil como público, cualquier persona está autorizada para utilizar el contenido del titular, como fotografías, videos, publicaciones, etc.

Por otro lado, si la configuración es privada, la visualización y utilización del contenido se limitará al número de personas que figuran en la lista de amigos o seguidores del titular de la cuenta, en cuya circunstancia esta configuración tampoco funciona como una garantía que impida la captación, reproducción, publicación o difusión de los rasgos físicos de una persona sin su consentimiento; al contrario, sirve únicamente para limitar el número de personas que tienen acceso a visualizar e interactuar con ese contenido, por lo que quienes pertenezcan a esta lista determinada de contactos podrán igualmente realizar actos de intromisión al derecho a la propia imagen sin el consentimiento del titular.

Por consiguiente, indistintamente de la configuración de perfil que un usuario determine en su red social, las lagunas terminológicas sobre el uso o autorización de fotografías que se comparten en la red, aunadas a la existencia de herramientas provistas por las mismas redes sociales que propician la descarga de fotografías de personas y la utilización de *smartphones* por medio de los cuales se puede hacer capturas de pantalla sin mediar ninguna clase de notificación al titular de la cuenta, han llevado a una situación de anulación del control que tiene una persona sobre su propia efigie, en virtud de que en este contexto de espacios digitales se sustrae e incapacita al individuo para que pueda brindar su autorización de forma previa, libre, informada, específica e inequívoca para que su propia imagen sea captada, reproducida o publicada.

Contemplando de esta manera el panorama tecnológico que presupone todo uso de las redes sociales virtuales, es innegable, por obvio que parezca, que las personas continúan siendo titulares de sus derechos fundamentales y el contenido esencial de estos sigue siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, que un usuario suba, cuelgue o, en suma, exhiba una imagen para que puedan observarla otros usuarios, tan solo constituye el acto de ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.), por lo que no debe reputarse como un consentimiento indefinido y vinculante, extensible para que cualquier persona descargue y utilice las fotografías del titular de la cuenta.⁴⁰

⁴⁰ Tribunal Constitucional Español, STC 27/2020 de 24 de febrero de 2020, 21.

En síntesis, el hecho de que los usuarios en la red normalicen un comportamiento de captación, reproducción y publicación no consentida de la propia imagen de otros usuarios en la red, no significa que el derecho a la propia imagen tenga que modificarse en función de disminuir determinadas prerrogativas o estándares de su contenido esencial, en virtud de que una vez que un elemento que constituya un *plus* de fortalecimiento de tal derecho, con independencia de la fuente de que provenga, dicho reconocimiento constituye un límite o un mínimo que no puede sobrepasarse, en el sentido de que si se retrocede, se afecta el contenido esencial del derecho.⁴¹

Por tanto, el derecho a la propia imagen determina que para todo acto de captación, reproducción o publicación de los rasgos físicos de una persona, cualquiera que sea el medio utilizado, será requisito *sine qua non* contar con el consentimiento de su titular, el cual deberá reunir los estándares de previo, libre, informado, específico e inequívoco. Por esta razón, la configuración pública o privada que defina un usuario al crear una cuenta de red social, no puede interpretarse como una presunción, suposición o conclusión inequívoca de otorgamiento de consentimiento del titular para que se utilice su efigie con una finalidad cualitativa distinta a la definida por el propio titular.

Por tal motivo, las empresas propietarias de las redes sociales se encuentran en el deber axiológico, deontológico y jurídico de adecuar sus plataformas para salvaguardar la dignidad de todo usuario en la red, en tanto y en cuanto los usuarios son consumidores de los productos y servicios que prestan. Entonces, estas empresas se benefician económicamente de la actividad realizada por cada usuario; en consecuencia, el espacio en el que se desenvuelve toda persona en el escenario digital debe estar libre de cualquier amenaza proveniente del Estado, la empresa prestadora del servicio o de los mismos usuarios de la red, que puedan afectar la esfera de derechos fundamentales de la persona humana.⁴²

3. Precisiones sobre las obligaciones del Estado, las compañías propietarias de redes sociales y los usuarios en la red

Como se ha venido recalcando, el aporte que han brindado las redes sociales virtuales a la vida del ser humano es innegable; no obstante, en este contexto de avances acelerados de la tecnología, tampoco puede pasar desapercibido que la situación de algunos contornos de los derechos fundamentales, como la propia imagen, puede

⁴¹ Florentín Meléndez y Red Iberoamericana de Jueces, *Manual de derechos humanos civiles y políticos para jueces y juezas de Latinoamérica* (Tegucigalpa: Fundación Konrad Adenauer, 2017), 70.

⁴² Juan María Martínez, “Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 106 (2016): 141.

quedar desdibujada ante la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación. No obstante, a pesar de la fluidez informativa imperante en esta época, este progreso no significa que las personas dejan de gozar de derechos fundamentales, ni mucho menos que el contenido esencial de estas prerrogativas se disminuya, a tal punto de desnaturalizarlos.

Por consiguiente, la Constitución es un instrumento jurídico vivo que propende, *inter alia*, a la protección, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual su interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.⁴³ Es decir, que a través de la actividad hermenéutica, sus disposiciones deben ser magnificadas para propiciar una reinterpretación del concepto, alcance y pensamiento normativo del derecho en cuestión, procurando hacer extensiva su adecuación y aplicabilidad a otros supuestos de hecho y de derecho, que no existían en el momento de promulgarse y ratificarse la Constitución.

En ese sentido, en materia de derechos fundamentales, la constitución consagra dos obligaciones torales, a saber: el respeto y la garantía. La obligación de respeto implica una noción axiológica y deontológica de carácter negativo, que se traduce en la abstención de los agentes estatales de coartar arbitrariamente el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Por otro lado, la obligación de garantía se refiere a que el Estado, en su objetivo de salvaguardar los derechos esenciales de la persona humana, debe adoptar todas aquellas medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole que permitan hacer efectiva la plena realización de esta gama de derechos.⁴⁴

De esta manera, los derechos fundamentales se erigen como una garantía para la democracia de una nación; por tal razón, las obligaciones del Estado se articulan a través de un sistema de garantías de protección para los derechos fundamentales, los cuales se dividen en garantías primarias y garantías secundarias.⁴⁵ Las garantías primarias constituyen las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar a las personas contra cualquier acto del Estado o terceros públicos o privados. Por otro lado, las garantías secundarias constituyen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las vulneraciones de las garantías primarias.⁴⁶

⁴³ Cfr. Martín Ferrand Riso, “Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos”, *Estudios Constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 232 y ss., doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100008>.

⁴⁴ Mauricio José Cantor, “La acción de amparo en Honduras: visión hacia una protección judicial efectiva”, *Revista de Derecho*, n.º 39 (2018): 67, doi: <https://doi.org/10.5377/lrd.v39i9.6795>.

⁴⁵ Humberto Nogueira, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2018), 101 y ss.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 25, 26 y 28, doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>.

Por tal motivo, para los operadores jurídicos y políticos, surge la responsabilidad de hacer efectivos los derechos fundamentales, superando antinomias y lagunas, y concretando garantías primarias y secundarias de estos derechos, además de generar una cultura jurídica en torno a estas prerrogativas mínimas y esenciales a la persona humana, en virtud de que su naturaleza es de carácter normativo. Por ende, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna, que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar.⁴⁷

En síntesis, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, a fin de establecer marcos jurídicos orientados a regular la conducta de las personas y establecer consecuencias jurídicas por captaciones, reproducciones o difusiones no consentidas del derecho a la propia imagen, indistintamente de si estas ocurren en un espacio material o digital. Asimismo, deben proveer mecanismos, procedimientos y recursos judiciales adecuados y efectivos para que el titular del derecho vulnerado pueda utilizarlos y así obtener una reparación al bien jurídico conculcado.

Al margen de lo expuesto, conviene plantearse cuál es el rol que deben tener las empresas propietarias de las redes sociales mayoritariamente utilizadas y de sus usuarios, al tenor del derecho constitucional, en virtud de que a través de la plataforma digital que ellos administran y que los usuarios utilizan, proveen sus servicios a distintos ciudadanos, quienes consumen los productos y servicios que estas redes proporcionan.

En ese sentido, es menester evocar que los derechos fundamentales, como la propia imagen, son prerrogativas mínimas y esenciales al ser humano, que se conciben, a su vez, como un sistema de valores objetivos que irradian al resto del ordenamiento jurídico. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana, se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y la dignidad individual, por lo que debe regir en todos los ámbitos del derecho, ya que la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso.⁴⁸

De acuerdo con lo anterior, estas directrices o impulsos que emanan de los derechos fundamentales generan un efecto expansivo que influye en el resto de las áreas del ordenamiento jurídico de un país, es decir, que al ser un conjunto de valores objetivos, los derechos fundamentales producen un efecto irradiador sobre todas las esferas del derecho, alcanzando incluso a las relaciones interindividuales. Ello implica que la obligación de respeto y garantía, que en principio está reconocida para el Estado, también es aplicable y extensible a los particulares en sus relaciones con otros particulares, lo que se traduce en la denominada doctrina alemana de

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis* (Madrid: Editorial Trotta, 2016): 63 y ss.

⁴⁸ Mauricio José Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", *Revista de la Facultad de Derecho de México* 69, n.º 275-2 (2019): 706, doi: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71487>.

la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*drittwirkung der grundrechte*).⁴⁹

Así pues, se infiere que los sujetos que intervienen en el cumplimiento de este objetivo son, en primer lugar, el Estado, por medio de sus autoridades, que ostentan una investidura de poder público y que se encuentran vinculadas con la persona humana a través de su relación de mandatarias-subordinados. En segundo lugar, los particulares, que comprenden tanto a personas naturales como jurídicas, quienes no ostentan una investidura de poder público, pero que se relacionan entre sí por medio de actos o acuerdos de voluntades recíprocos, como los contratos.⁵⁰

En ese orden de ideas, se puede colegir que las compañías proveedoras de las redes sociales, en el ámbito de sus actividades comerciales y en su relación con sus consumidores, se encuentran obligadas a respetar los derechos fundamentales de sus usuarios, absteniéndose de interferir arbitrariamente en el ejercicio o manifestación de un derecho en el espacio digital.

Asimismo, deben garantizar que otros usuarios no vulneren los derechos de sus congéneres en la red; sin embargo, esta obligación no puede operar de forma ilimitada, en la que se le atribuya responsabilidad a la red social por cualquier contenido subido por sus usuarios, que pueda afectar derechos fundamentales, en virtud de que, tal y como lo establece la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo, el prestador de este servicio en internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite ni es responsable de los mismos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando las autoridades le comunican la ilicitud.

Por tanto, en relación particular con el derecho a la propia imagen, las compañías de redes sociales, en cumplimiento de la obligación de respeto a los derechos fundamentales, deben abstenerse de revelar fotografías de sus usuarios a un tercero distinto de la propia empresa, difundir de cualquier forma dicha información o conservar dichas fotografías después de que el titular ha dado de baja su perfil, etc., todo ello ejecutado sin el consentimiento del titular.

Por otro lado, en cumplimiento de su obligación de garantía, las redes sociales, en sus términos y condiciones de uso y normas comunitarias, deben establecer la tipificación de infracciones que impliquen un comportamiento de captación no consentida de fotografías o videos neutrales, en donde se reproducen simplemente los rasgos físicos de una persona determinada e identificable. Asimismo, deben establecer canales efectivos de denuncia para eliminar el contenido lesivo e imponer las sanciones que conforme a las políticas internas de las redes sociales sean aplicables al usuario infractor. De igual manera, deben eliminar aquellas herramientas que facilitan o propician la captación de fotografías de manera no consentida, en tanto

⁴⁹ Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", 706.

⁵⁰ Cantor, "La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares", 713.

y en cuanto los usuarios, valiéndose de la propia configuración que provee la red social, están instrumentalizándola para ejecutar actos que atentan contra la propia imagen de una persona.

Finalmente, las redes sociales deben actuar de forma colaborativa con las instituciones judiciales o entes encargados de la investigación, para proveer la información pertinente que pueda contribuir a esclarecer y determinar la responsabilidad penal o civil de aquellos usuarios que han afectado bienes jurídicos protegidos y cuyo comportamiento ha generado la existencia de un daño moral y/o patrimonial contrario al ordenamiento jurídico.

Al margen de lo expuesto en relación con los usuarios de la red, dentro de una noción axiológica, el usuario debe abstenerse de ejecutar este tipo de actos de captación, reproducción o publicación de la efigie de una persona sin haber contado previamente con el consentimiento del titular, so pena de incurrir en responsabilidad penal o civil y tener que indemnizar pecuniariamente al interesado por el acto lesivo ejecutado.

Conclusiones

Primera: El gran desafío que afronta el derecho constitucional contemporáneo en relación con el derecho a la propia imagen en el ámbito de las redes sociales virtuales, estriba en el establecimiento de garantías, mecanismos y procedimientos adecuados y efectivos que prevengan y subsanen la pérdida o anulación del individuo en su facultad de libertad de decisión, en lo relativo a dónde, cuándo, por quién y cómo se captará, reproducirá, publicará o difundirá su propia efigie en el ámbito de las redes sociales.

Segunda: Las empresas propietarias de redes sociales virtuales están en la obligación de respetar y garantizar también los derechos fundamentales de los usuarios de la red, en virtud de que, a pesar de que el domicilio de su empresa matriz está en el extranjero, sus servicios y productos son consumidos por otras personas en distintas partes del mundo, por lo que las redes sociales no pueden prestar sus servicios al margen de sacrificar e irrespetar el ordenamiento jurídico constitucional de un Estado.

Por ello, las redes sociales virtuales deben eliminar las herramientas que faciliten la descarga de fotografías o videos, pues los usuarios instrumentalizan este mecanismo para captar fotografías de otros usuarios sin que para ello se haya contado con el consentimiento libre, informado, específico e inequívoco del titular. Asimismo, tienen la obligación de establecer mecanismos de respuesta a la denuncia de contenido de forma rápida, incluso incorporando suspensiones breves del contenido, cuando el algoritmo de identificación de imagen detecte que existe algún elemento que comprometa la intimidad de otro usuario, y dejando en suspenso la publicación de dicha fotografía hasta que posteriormente sea verificada la infracción.

Tercera: los usuarios de las redes sociales tienen la obligación de abstenerse de descargar, compartir, publicar o difundir fotografías o videos de usuarios sin el consentimiento previo, libre, informado, específico e inequívoco del titular para realizar determinados actos de intromisión al derecho a la propia imagen. Igualmente, deben inhibirse de instrumentalizar o utilizar las imágenes para generar afectación a otros derechos de la persona, como el honor, la intimidad y la dignidad, so pena de incurrir en responsabilidad y en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, el Estado tiene la fuerte obligación de concientizar a la población sobre los derechos fundamentales en la era digital y sus respectivos límites.

Bibliografía

- ARENAS, Mónica. “La validez del consentimiento en las redes sociales *on line*”, en *Derecho y redes sociales*, editado por Artemi RALLO LOMBARTE y Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 177-144. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013.
- BLASCO, Francisco de Paula. “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”. En *Bienes de la personalidad*, editado por Asociación de Profesores de Derecho Civil. Salamanca: Universidad de Murcia, 2008.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- CANTOR, Mauricio José. “La acción de amparo en Honduras: visión hacia una protección judicial efectiva”. *Revista de Derecho*, n.º 39 (2018): 61-74. doi: <https://doi.org/10.5377/lrd.v39i9.6795>.
- CANTOR, Mauricio José. “La acción de amparo en Honduras: paradigma de la protección constitucional contra actos de particulares”. *Revista de la Facultad de Derecho de México* 69, n.º 275-2 (2019): 699-726. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71487>.
- CARRASCO, María del Pilar. “Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá”. *Revista de Derecho Penal*, n.º 24 (2016): 149-174.
- CRUZ, Reinaldo. *Obligaciones y contratos en general*, 2.ª ed. San Pedro Sula: Librería Cultura, 1984.
- DE VERDA, José Ramón. “El derecho a la propia imagen”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 2 (2006): 179-206.
- FERRAJOLI, Luigi. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2006): 15-31. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

- KEMP, Simon. "Global overview report". Acceso el 20 de enero de 2022. <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>.
- LÓPEZ, Rogelio. "Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 37 (2017). doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11458>.
- MARTÍNEZ, Juan María. "Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 106 (2016): 119-148.
- MAZA, Iñigo y Rodrigo URIBEURIBE. "Términos y condiciones: acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 6, n.º 2 (2017): 25-55. doi: [10.5354/0719-2584.2017.46226](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2017.46226).
- MELÉNDEZ, Florentín y Red Iberoamericana de Jueces. *Manual de derechos humanos civiles y políticos para jueces y juezas de Latinoamérica*. Tegucigalpa: Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- META. "Condiciones del servicio de Facebook". Acceso el 22 de marzo 2022. <https://www.facebook.com/legal/terms>.
- META. "Normas comunitarias de Facebook". Acceso el 26 de marzo 2022. <https://www.facebook.com/communitystandards/safety>.
- META. "Condiciones de uso de Instagram". Acceso el 29 de marzo 2022. <https://help.instagram.com/581066165581870>.
- META. "Normas comunitarias de Instagram". Acceso el 2 de abril 2022. https://help.instagram.com/477434105621119?helpref=page_content.
- NOGUEIRA, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización". *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1 (2007): 245-285.
- NOGUEIRA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2018.
- ORTIZ, Paula. "Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal". En *Derecho y redes sociales*, editado por Artemi RALLO y Ricard MARTÍNEZ, 117-144. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2013.
- REYES, María José. "Imagen y propiedad intelectual". *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 15 (2012): 50-75.
- RISSE, Martín. "Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. Dos casos uruguayos". *Estudios Constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 217-254. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/So718-52002017000100008>.
- ROVIRA, María. *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)*. Granada: Comares, 2000.
- RYAN, Elizabeth M. "Sexting: How the state prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults". *Iowa Law Review* 96, n.º 1 (2010): 357-383.

TIMM, Ana Karina. "Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas". *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2014): 195-226.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-546-2016 de 11 de octubre de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 200.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 254/1988 de 21 de diciembre de 1988.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 139/2001 de 18 de junio de 2001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 14/2003 de 28 de enero de 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 72/2007 de 16 de abril de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 27/2020 de 24 de febrero de 2020.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Civil. STS 17636/1992 de 29 de septiembre de 1992.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Civil. STS 5357/1996 de 7 de octubre de 1996.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Civil. STS 1116/2002 de 25 de noviembre de 2002.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Civil. STS 4674/2004 de 1 de julio de 2004.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Civil. STS 769/2006 de 22 de febrero de 2006.