

LA TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL NASCITURUS EN HONDURAS

Mauricio José C. Rosales¹

DOI:<https://doi.org/10.5377/lrd.v43i1.15262>

RESUMEN:

La invención de la fotografía en 1829 serviría como principal punto de inflexión para la construcción teórico - jurídica del derecho a la propia imagen, en virtud que este invento propició un cambio de paradigma en la forma de captar y reproducir la efigie humana, ya que previo a su invención, los rasgos físicos de una persona solamente podían ser obtenidos, registrados y reproducidos por medio de la realización de una pintura o escultura; por ello, la fotografía propició el surgimiento de nuevos desafíos normativos para resolver las problemáticas legales derivadas de la captación de la efigie humana sin el consentimiento de su titular.

Por otra parte, los avances tecnológicos imperantes en el siglo XXI, han causado el desarrollo de técnicas por medio de las cuales es posible captar mediante una ecografía tridimensional o cuatridimensional los rasgos físicos del nasciturus, haciendo posible, por tanto, su reconocibilidad como ser individual. En ese sentido, el presente artículo tiene por objetivo determinar el momento en que la persona humana comienza a ser titular del derecho a la propia imagen, es decir, si la titularidad de este derecho principia antes de nacer o, contrario sensu, inicia una vez que la persona humana tenga existencia legal.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional, dignidad humana, derecho a la propia imagen, rasgos físicos, titularidad, *nasciturus*.

Fecha de recepción: 21/0822

Fecha de aprobación: 08/11/22

¹ Máster en derecho constitucional por la Universidad de Valencia, España. Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Asesor y Director en juicio del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. mauricio.cantor@unah.edu.hn

THE RECOGNITION AND EXERCISE OF THE RIGHT TO THE ONE'S OWN IMAGE OF THE UNBORN CHILD IN HONDURAS

Mauricio José C. Rosales*

ABSTRACT:

The invention of photography in 1829 would serve as the main turning point for the theoretical -legal construction of the right to one's own image, by virtue of the fact that this invention led to a paradigm shift in the way of capturing and reproducing the human effigy, since previous At his invention, the physical features of a person could only be obtained, recorded and reproduced through the making of a painting or sculpture; For this reason, photography led to the emergence of new regulatory challenges to resolve the legal problems derived from the capture of the human effigy without the consent of its owner.

On the other hand, the prevailing technological advances in the 21st century have caused the development of techniques by means of which it is possible to capture the physical features of the unborn child through a three-dimensional or four-dimensional ultrasound, thus making possible their recognizability as an individual being. In this sense, this article aims to determine the moment in which the human person begins to be the owner of the right to one's own image, that is, if the ownership of this right begins before birth or, contrary sensu, begins once that the human person has legal existence.

KEYWORDS: Constitutional law, Human dignity, Right to one's own image, Physical features, Recognition, Unborn child.

Reception date: 21/0822

Approval date: 11/08/22

Master's degree in constitutional law from The University of Valencia, Spain. Lawyer by the National Autonomous University of Honduras (UNAH). Advisor and Director in trial of the Free Legal Clinic of the Faculty of Legal Sciences of the UNAH.

mauricio.cantor@unah.edu.hn.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que guarda una estrecha relación con la dignidad humana y que refleja una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona (Acción de tutela, 2016). En ese sentido, este derecho protege la noción de imagen personal, la cual es entendida en su acepción más general como la representación de los rasgos físicos de la figura humana que son visibles y perceptibles a los sentidos y que permiten hacer reconocible a un determinado individuo; por ello, el derecho a la propia imagen surge del hecho que el ser humano existe en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos, al ser susceptible de ser captada la figura humana como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos (Nogueira Alcalá, 2007).

La doctrina jurídica sugiere que la primera aproximación a la institución jurídica precursora del derecho a la propia imagen se encuentra reconocida en el derecho romano, concretamente a través de la figura del *ius imaginis ad memoriam posteritatem prodendam*², el cual tenía por objetivo rendir honores y conmemorar aspectos dignos de reconocimiento y remembranza de la vida de la persona, así como también expresar la posición social e identidad cultural del difunto (Morales Neira, 2020).

² Figura jurídica reconocida a los nobles romanos que consistía en la creación de una máscara de cera del familiar fallecido, la cual se pintaba y debajo de ella se colocaba la reseña de los cargos políticos que había ostentado el difunto, sus orígenes y genealogía, para luego ser exhibida en el atrio de los palacios y llevarla durante los cortejos fúnebres o victorias de la familia, siempre y cuando el difunto hubiese desempeñado una función de magistratura en la república romana.

No obstante, esta práctica humana de representar los rasgos físicos de una persona, no fue una actividad exclusiva del pueblo romano, en virtud que las civilizaciones mayas de Mesoamérica ya realizaban esta práctica mediante la formación de las denominadas estelas mayas, las cuales eran generalmente la representación escultórica de sus reyes, en donde, a su vez, estas figuras eran acompañadas con escritura glífica que recopilaba la historia de la realeza y conmemoraban sucesos importantes al final de cada ciclo del calendario maya (Biro, Gastélum, Gastélum, Mathews, & Reents-Budet, 2010).

Por su parte, en el antiguo Egipto, los faraones eran representados constantemente en la pintura o la escultura, los cuales eran utilizados como medios de propaganda política para la exaltación imperial o narrar su cosmovisión religiosa (Fazzini, 1988). Por otro lado, con la muerte de Alejandro Magno y el surgimiento de los tres principales reinos helenísticos (Egipto, Siria y Macedonia) se acuñó la práctica de representar los rasgos faciales de sus reyes en la moneda de comercio, costumbre que sería replicada por el imperio romano y que, con el transcurso de los años, se estamparía en cada moneda el nombre del magistrado responsable de su emisión; de este modo, la persona en cuestión podía ser claramente identificada en el caso de eventuales abusos cometidos durante su gestión (Arévalo, 2015).

Como puede observarse, la noción de imagen personal ha sido un elemento que ha estado presente y en pleno conocimiento de los seres humanos a lo largo de su historia; no obstante, el principal punto de inflexión que dotaría de una relevancia jurídica y especial al derecho a la propia imagen, sería la invención de la fotografía en 1829, a partir de este invento, surgirían las primeras leyes y precedentes legales que delimitarían

el contenido de este derecho y enriquecerían su sentido y alcance, todo ello con el objetivo de brindar soluciones a los problemas legales derivados de la captación sin consentimiento de la imagen que facilitaba este nuevo invento, en virtud que, en la época previa al surgimiento de la fotografía, la efigie humana solamente podría ser reproducida cuando un sujeto de forma libre y espontáneamente decidía posar frente a un pintor o escultor.

Sobre esa línea de pensamiento, los avances tecnológicos imperantes en esta nueva era, han causado que la fotografía sea un elemento preponderante para registrar o documentar acontecimientos científicos, históricos o aspectos de la vida cotidiana del ser humano, aunado a su valiosa función informativa y comunicativa. Por ello, los avances científicos han permitido desarrollar técnicas por medio de las cuales es posible captar mediante una ecografía tridimensional o cuatridimensional los rasgos físicos de un individuo antes de su nacimiento, haciendo posible, por tanto, su reconocibilidad como ser individual.

En ese sentido, el presente artículo tiene por objetivo determinar el momento en que la persona humana comienza a ser titular del derecho a la propia imagen, procurando contestar al siguiente planteamiento problemático: la titularidad del derecho a la propia imagen ¿principia antes de nacer? O, contrario sensu, ¿inicia una vez que la persona tiene existencia legal?, para ello se realizará una delimitación del contenido esencial del derecho a la propia imagen, precisando, a su vez, las características de este derecho, para luego culminar con el análisis y reflexiones jurídicas del marco jurídico constitucional y legal en Honduras que permita contestar la situación problemática planteada y, de resultar afirmativo

el planteamiento, proponer teóricamente cómo ejercerá el nasciturus el derecho a la propia imagen.

De esta manera, el presente estudio se justifica sobre la base del interés de proporcionar conocimiento al mundo de la ciencia del derecho, para así aportar en el desarrollo del contenido esencial y hermenéutica jurídica del derecho a la propia imagen dentro de nuestro contexto jurídico - normativo, todo ello con el propósito de dar respuestas a presentes y futuros problemas legales que pudiesen afrontar los abogados litigantes, jueces, magistrados y demás funcionarios encargados en la administración de justicia de nuestro país.

II. METODOLOGÍA

Tomando en consideración el objetivo planteado y con la finalidad de dar respuesta a la situación problemática formulada, la presente investigación es de tipo jurídico - propositiva, con un enfoque dogmático en lo relativo a la faceta axiológica del derecho, todo ello basado en un modelo epistemológico de racionalismo jurídico, en virtud que el estudio se fundamenta en la observación teórica relativa a la valoración jurídica sobre la titularidad del derecho a la propia imagen y su ejercicio por parte del nasciturus, en donde se propende resolver la problemática planteada a través del análisis y raciocinio del contenido esencial de este derecho, todo ello permitirá comprender la naturaleza del derecho a la propia imagen, el bien jurídico protegido y sus características, para así precisar y proponer el momento en que este derecho es protegible y, de ser el caso, cómo será ejercitado por el *nasciturus*.

Todo lo anterior se fundamenta en los parámetros y procesos del método descriptivo,

analítico y explicativo, por cuanto la investigación traza el desarrollo del contenido esencial del derecho a la propia imagen, su finalidad, el bien jurídico protegido, las características que se desprenden de dicho núcleo esencial, las técnicas de titularidad de los derechos fundamentales y su interpretación en el ordenamiento jurídico hondureño, procurando de esta manera sustentar de forma clara y precisa los argumentos que permitan determinar si el *nasciturus* es titular o no del derecho a la propia imagen y, consecuentemente, cómo será ejercitado este derecho por el no nacido.

III. 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, por parte de agentes estatales o de particulares, resulta en una conducta ilícita y violatoria al derecho fundamental en cuestión (López Sánchez, 2017).

En ese sentido, el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, el cual atribuye a su titular la facultad de determinar y disponer de la información gráfica generada por sus rasgos físicos que le hagan reconocible, es decir, que el titular de este derecho tiene la potestad de autodefinir, desde el punto de vista estético o somático, su apariencia exterior y, a su vez, decidir libremente cómo, cuándo, dónde, por quién y para qué será captada, difundida o publicada su efigie; asimismo, otorga una facultad de control, según la cual el titular tiene derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 156/2001).

De esta manera, se puede colegir que el derecho a la propia imagen entraña una naturaleza bifronte, según la cual hay un concepto o ámbito positivo y negativo de este derecho. La dimensión positiva atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública, dicho de otra manera, otorga la potestad a la persona de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no, ya sea de manera onerosa o gratuita (STC 139/2001); por otro lado, la dimensión negativa, implica la facultad del individuo de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad cualitativa perseguida (STC 72/2007).

Bajo esta premisa, es importante resaltar que el contenido esencial del derecho a la propia imagen otorga un valor preponderante a la reconocibilidad del sujeto, el cual opera como elemento de causalidad para efectos de la protección constitucional; en consecuencia, el establecimiento de la identidad de un individuo, por obvio que parezca, no se limita exclusivamente a los rasgos faciales de la persona, sino que abarca también toda la extensión del cuerpo humano y sus rasgos característicos que permita concluir la identidad singular de un sujeto determinado (Blasco Gascó, 2008).

Asimismo, otro aspecto a tomar en consideración, estriba en lo relativo al espacio en el que se protege el derecho a la propia imagen, es decir, la determinación del ámbito en el que resulta lícito o ilícito la captación de la efigie humana. Así pues, como se puede observar, la propia imagen es una prerrogativa inherente al ser humano y, como tal, naturalmente, tendrá un ámbito de exposición y manifestación en espacios privados y públicos.

En tal sentido, en el ámbito de manifestación de espacios privados, la protección del derecho a la propia imagen se relacionará coetáneamente con el derecho a la vida privada, toda vez que, la captación de los rasgos físicos de una persona en su entorno privado empleando teleobjetivos, implicará, prima facie, una vulneración a la propia imagen, en vista que tales fotografías han sido captadas sin el consentimiento de su titular y, como consecuencia directa e inmediata de este acto, se produce también una injerencia arbitraria a aquellas actividades que legítimamente un individuo decide mantener fuera del conocimiento público (Villanueva, 2014).

Por otro lado, esta facultad de control del individuo para impedir la captación ilegal de su propia imagen, aplica también en el ámbito de los espacios públicos, en virtud 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 público y la imagen de una persona determinada aparece como elemento meramente accesorio a la misma, en cuyas circunstancias será lícita tal captación (Nogueira Alcalá, 2007).

De igual manera, es necesario precisar que en determinadas circunstancias hay hechos o acontecimientos que involucran la participación de funcionarios públicos o personas de relevancia social que desarrollan actividades en lugares de acceso al público, en este tipo de casos, estas personas gozan igualmente del derecho a la propia imagen; no obstante, la captación de su efigie humana solamente será legítima cuando se

produzca durante el desarrollo de actos públicos o en lugares abiertos al público con objeto de información a la ciudadanía, en tal sentido, la captación, reproducción y publicación de dichas imágenes solo pueden emplearse para el uso informativo, siendo contrario al ejercicio del derecho, utilizarlas para efectos comerciales, publicitarios o análogos, sin el consentimiento de la persona afectada (Nogueira Alcalá, 2007).

Por tanto, el derecho a la propia imagen tiene como principal finalidad proteger el valor tangible e intangible de la figura humana, es decir los rasgos físicos de una persona que reflejan la cara externa de la personalidad y que determinan su reconocibilidad como ser único e irrepetible, cuya protección constitucional procura preservar el principio fundamental de la dignidad humana (De verda y Beamonte, 2013).

IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Para realizar una delimitación de los elementos cualitativos que definen y distinguen el derecho a la propia imagen, es preciso analizar la noción de contenido esencial que se ha construido en torno a este derecho; en ese sentido, el Tribunal Constitucional Español ha considerado que para cumplir con tal cometido resulta oportuno seguir dos procedimientos. El primero, consiste en acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho, para ello, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, jueces y, en general, los especialistas de derecho (STC 11/1981).

Bajo esa premisa, el contenido esencial de un derecho subjetivo lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, de lo contrario, el derecho en cuestión se desnaturalizaría, en tanto y en cuanto las facultades de actuación dejarían de pertenecer a un tipo específico y pasarían a estar comprendidas dentro del marco de potestades de ejercicio de otro derecho (STC 11/1981).

Por otro lado, el segundo proceso, trata de hallar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y centro de los derechos subjetivos; en consecuencia, se puede afirmar que la esencialidad del contenido de un derecho hace referencia a aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (STC 11/1981).

Atendido lo anterior, de conformidad con las atribuciones e intereses jurídicamente protegidos por el núcleo esencial del derecho a la propia imagen, se puede colegir que las características que identifican y diferencian a este derecho se circunscriben a tres elementos centrales, a saber: a) la determinación sobre la propia imagen; b) el consentimiento y; c) la facultad de control.

a) La determinación sobre la propia imagen.

Es importante destacar que la naturaleza de esta característica deberá interpretarse desde un enfoque bipartito. En ese sentido, la primera perspectiva se refiere a la determinación congénita de los rasgos físicos de un individuo, sobre la cual, en principio, el ser humano no tiene control alguno, en tanto y en cuanto su imagen personal es definida primigeniamente de forma natural por la herencia genética que recibe

de sus progenitores; por otro lado, la segunda perspectiva consiste en la autonomía de la persona para definir, determinar y modificar libremente su apariencia exterior, individualizándola frente a los demás, es decir, que este atributo se vincula íntimamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que engloba la autopercepción de cada ser humano de cómo quiere verse y el conjunto de decisiones que toma un individuo durante su vida para definir su aspecto estético o somático y proyectarlo visualmente hacia sus congéneres³ (Blasco Gascó, 2008).

Por otro lado, un elemento de especial significación dentro de esta característica, sobre el cual conviene realizar una breve reflexión jurídica, es lo relativo al ámbito temporal en el que se determina la propia imagen. Este elemento se deduce aplicando un método de interpretación lógico - sistemático sobre el contenido de ambos enfoques; por ende, la imagen personal al ser un aspecto inherente al ser humano que refleja la cara externa de la personalidad, naturalmente, por obvio que parezca, su ámbito temporal de determinación estará fijado por la propia existencia de la persona, esto abarcaría, entonces, los rasgos físicos presentes en el individuo que lo hacen reconocible como ser único e irrepetible durante el proceso biológico de formación en el vientre materno, los cambios estéticos o somáticos durante la vida, hasta culminar con la apariencia física que tiene un ser humano al momento de su fallecimiento.

Por tanto, se puede colegir que la determinación de la efigie de una persona está sujeta a diversos momentos de mutabilidad, en virtud que la

³ V. gr. El ser humano en su autonomía de voluntad decide libremente su propio estilo de corte de cabello, si utiliza tatuajes, si utiliza piercings, si se hace modificaciones corporales, el tipo de contextura física e incluso qué parte de su cuerpo puede someter a una cirugía estética.

imagen personal de un individuo durante su etapa de formación en el vientre materno en el séptimo u octavo mes de gestación, no será la misma en comparación a cuando tenga 5 años de edad, asimismo, esta apariencia durante la etapa de la niñez cambiará significativamente cuando la persona alcance su adultez o vejez; por esta razón y, tomando en consideración que el bien jurídico protegido por el derecho a la propia imagen es el valor tangible e intangible de la figura humana; en consecuencia, la protección de este derecho deberá regirse bajo un principio de perpetuidad, en tanto y en cuanto los rasgos físicos de una persona son inherentes a la existencia física de la persona.

Finalmente, esta característica engloba también la facultad del individuo de decidir qué parte de su imagen será difundida, así como también su libertad de decisión en relativo a cómo, cuando, dónde, por quién y para qué será captada, difundida o publicada su efigie.

b) El consentimiento

El consentimiento constituye la piedra angular para la protección del derecho a la propia imagen, en virtud que esta característica opera como una causa de exclusión de la ilegitimidad del acto intromisorio al ejercicio de este derecho, pues si un tercero interesado obtiene el consentimiento del titular del derecho a la propia imagen para captar, difundir, publicar o reproducir, por cualquier medio, su efigie, el acto de intromisión como tal será totalmente lícito; por el contrario, si no se otorga este consentimiento, la conducta del tercero interesado será contraria a derecho, por lo que existirá una obligación de resarcir el daño moral causado al titular de la imagen.

En ese orden de ideas, el acto de consentimiento consiste en la manifestación

de voluntad que una persona otorga a otra para aceptar conforme a una oferta, la realización de una determinada cosa o conducta (Cabanellas, 1993). Por consiguiente, el consentimiento debe ser otorgado de forma expresa, lo cual no implica necesariamente que deba ser concedido por escrito, sino, más bien, que el mismo pueda deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas (STS 1116/2002). Asimismo, este consentimiento no puede ser general; por el contrario, deberá ser específico, por lo que habrá de referirse a cada acto concreto de intromisión (STS 769/2006), es decir, que el titular de la imagen deberá otorgar un consentimiento para permitir la captación, otro para la difusión y uno adicional para la reproducción de su propia efigie.

Atendido a lo anterior, se puede colegir que la característica del consentimiento debe reunir una serie de estándares, los cuales cumplirán la funcionalidad de servir como patrones de referencia para analizar la legitimidad con la que se otorga el consentimiento; en consecuencia, el sujeto que pretenda obtener la aceptación para captar, publicar, reproducir o difundir la efigie de otra persona deberá cumplir con los siguientes estándares: 1) libre, 2) previo, 3) informado y específico y; 4) inequívoco (Arenas Ramiro, 2013).

1) 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 (Cruz López, 1984).

2) Previo.

Este estándar refiere a que el consentimiento debe darse antes que el acto de captar, difundir, publicar o reproducir la imagen del titular se ejecute, en virtud que, de realizarlo con posterioridad, se está pretendiendo legitimar intervenciones que en su origen y en principio fueron no consentidas y; por tanto, atentatorias al derecho a la propia imagen (Nogueira Alcalá, 2007).

3) 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 el objetivo de conocer la finalidad específica que pretende el interesado y el destino que se pretende dar con la imagen del titular. Todo ello, servirá para que el titular del derecho sopesa los riesgos, ventajas 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 (Arenas Ramiro, 2013).

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, que partes de sus rasgos físicos se expondrán; asimismo, saber el tipo de intromisión que se persigue, ya sea la mera captación o si se busca obtener el consentimiento también 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 análogos.

4) Inequívoco.

Este estándar refiere que el consentimiento se rige bajo un principio de antiformalismo jurídico, 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 según la cual se debe prestar el consentimiento⁴ (Timm Hidalgo, 2014).

Por tanto, la persona interesada en captar, difundir, publicar o reproducir los rasgos físicos de otra persona debe de 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; en consecuencia, la carga de la prueba de acreditar tal manifestación corresponderá al tercero interesado.

En síntesis, estos cuatro estándares son la piedra angular sobre la cual descansa la legitimidad del consentimiento para que el titular de la imagen pueda autorizar una intromisión válida al ejercicio de su derecho a la propia imagen; en consecuencia, cada acto de intromisión que pretenda el tercero interesado, deberá cumplir con estos estándares mínimos y esenciales para así dotar de verosimilitud y efectividad legal su comportamiento.

4 V. gr. 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 de contar con la presencia de un número determinado de testigos quienes den fe del acto.

c) Facultad de control

Esta característica consiste en la facultad del titular del derecho a la propia imagen de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado; en consecuencia, esta característica se circunscribe a dos elementos, a saber: 1) la facultad revocatoria y; 2) la acción judicial para tutelar el bien jurídico infringido.

En ese orden de ideas, la acción revocatoria permite que la persona que prestó inicialmente su consentimiento para la captación, reproducción o publicación de su imagen, pueda revocarlo en cualquier momento. Por ende, el acto de disposición de este derecho, siempre será conservado por su titular, por lo que la acción revocatoria del consentimiento deriva de un ejercicio unilateral de libertad del individuo, por lo que no requiere que sea un acto justificado, motivado o aceptado por la contraparte, bastará, entonces, el mero cambio de voluntad del titular para revocar el consentimiento que otorgó inicialmente (De verda y Beamonte, 2006).

Asimismo, la facultad revocatoria podrá ejercitarse en cualquier momento, esto significa que el titular de la imagen puede anular su consentimiento antes o después de que se haya consumado la conducta en la que se consiente la intromisión a su derecho, en cuyas circunstancias, de acuerdo a las particularidades de cada caso, el titular deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al tercero interesado (De verda y Beamonte, 2006).

Por otro lado, conviene acotar que la facultad revocatoria no exige ninguna forma especial según la cual el titular de la imagen deba notificar la revocación de su consentimiento al tercero

interesado; por lo que, al igual que ocurre con el estándar del consentimiento inequívoco, la manera de informar la revocación se regirá por un principio de anti-formalidad, la cual implica que el titular de la imagen deberá emplear cualesquiera de los medios necesarios que tenga a su alcance para hacer constar que el acto de revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración voluntad; en consecuencia, la carga de la prueba de acreditar la existencia de tal revocación recaerá sobre el titular de la imagen (De verda y Beamonte, 2006).

Finalmente, es menester destacar que la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originalmente resultó beneficiario de la licencia de consentimiento para captar, reproducir o publicar la efigie de una persona, sino que se extiende a todos los sujetos que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el control sobre el derecho a la imagen, el cual es irrenunciable e inalienable en su esencia; asimismo, la revocación no puede aplicarse retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas (STC 117/1994).

Al margen de lo expuesto, en lo relativo a la acción de tutela judicial, este elemento consiste en la facultad que tiene la persona para solicitar ante la justicia ordinaria la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trata y, de esta manera, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores.

Bajo esa premisa, el tipo de acción judicial dependerá en función de la naturaleza de la ofensa y/o daño causado al titular, en virtud que, al tenor de lo dispuesto en cada norma, aquellas

intromisiones que constituyan una conducta tipificada como delito, se deberá acudir a la vía penal; por otro lado, aquellas que consistan en la lesión a la dimensión moral o produzcan daños de tipo patrimonial al derecho a la propia imagen, deberá acudirse a la vía civil.

Por tanto, es fundamental resaltar que la vía de la jurisdicción constitucional también protegerá el derecho a la propia imagen a través de la institución jurídica de la acción de Amparo, la cual operará de manera subsidiaria una vez que la vía judicial ordinaria ha resultado inoperante⁵. Por tanto, la acción judicial y/o administrativa que decida emprender el titular de la propia imagen para proteger su derecho, dependerá en función de la naturaleza del daño provocado y la pretensión del actor para restituir o proteger su derecho a la propia imagen.

V. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL NASCITURUS EN HONDURAS.

La titularidad es uno de los presupuestos de la teoría general de los derechos fundamentales y uno de los elementos centrales de la relación jurídica iusfundamental. Por ello, la titularidad procura responder sobre quienes o qué sujetos poseen derechos fundamentales; en consecuencia, desde sus orígenes, la titularidad de los derechos fundamentales ha sido entendida histórica y tradicionalmente como un atributo que gozan única y exclusivamente las personas naturales, en virtud que su fundamento radica en la dignidad humana que estos poseen (Contreras Vásquez, 2017).

⁵ Ver artículo 46 numeral 7 de la Ley sobre Justicia Constitucional, contenida en el Decreto Legislativo No. 244-2003, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 30, 792 de fecha 3 de septiembre de 2005.

En ese sentido, el concepto de titularidad de los derechos fundamentales puede definirse, según Pablo Contreras (2017) como: “El estatus normativo o condición jurídica en virtud de la cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho, igualdad o libertad que un ordenamiento jurídico reputa como derecho fundamental” (p. 120). Se trata, entonces, de una posición normativa que un ordenamiento jurídico reconoce o atribuye a un sujeto.

Por tal motivo, el término “persona” ha sido utilizado para categorizar la atribución de derechos constitucionales y, por extensión, su respectivo ejercicio; sin embargo, los términos “titularidad” y “persona” no son dos conceptos implícitos, es decir, que el vocablo “personalidad” no atribuye automáticamente derechos fundamentales. Por tanto, la determinación de quienes o qué sujetos son titulares de derechos constitucionales y pueden ejercitar los mismos, es una decisión normativa que adopta cada ordenamiento jurídico, ya sea en su jerarquía constitucional o legal; dicho de otra manera, la atribución de titularidad de un derecho requiere su reconocimiento en el ordenamiento jurídico de un país (Contreras Vásquez, 2017).

En el caso del modelo hondureño, la teoría de atribución de titularidad de los derechos fundamentales ha sido aplicada a través de un pluralismo terminológico, ya que el poder constituyente empleó técnicas innominadas en donde no especifica al beneficiario del derecho fundamental, en otros casos, siguió un modelo de terminología nominativa con una interpretación omnicompreensiva, delimitándolos como “hombres” o “persona” (Cantor Rosales, 2020).

En ese orden de ideas, en el caso de aquellos derechos en donde el poder originario empleó técnicas innominadas u omnicomprensivas de titularidad, en estas situaciones, el beneficiario de tales derechos será siempre la persona humana, en tanto y en cuanto, los derechos fundamentales tienen como principal finalidad el respeto, protección y garantía de la dignidad, la cual se encuentra vinculada de forma intrínseca y natural al ser humano; por otro lado, la titularidad de los derechos fundamentales en los casos en donde el Poder Constituyente utiliza el término “persona”, se deberá entender que se refiere igualmente al ser humano, en virtud que es el único sujeto capaz de ostentar dignidad (Cantor Rosales, 2020).

Sin embargo, el problema jurídico en torno a la titularidad del derecho a la propia imagen del *nasciturus*, estriba en cuanto a la determinación del momento en el que la persona humana comienza a ser titular de este derecho, es decir, si la titularidad de este derecho principia antes de nacer o, *contrario sensu*, inicia una vez que la persona humana tenga existencia legal.

La problemática que antecede, surge a partir del apareamiento y desarrollo tecnológico de técnicas por medio de las cuales es posible captar mediante una ecografía los rasgos físicos del *nasciturus*, incluso de forma tridimensional o cuatridimensional, logrando así apreciar los rasgos faciales y corporales del menor que está por nacer, haciendo posible, por tanto, su reconocibilidad como ser individual⁶.

6 Aunado a esta situación, se añade la problemática imperante en la nueva era de las tecnologías de la información y comunicación, particularmente, en las redes sociales virtuales, en donde los usuarios, generalmente padres de ese *nasciturus*, comparten en la red las ecografías de su hijo, añadiendo consigo nuevas problemáticas jurídicas, en virtud que se genera una sobreexposición de los rasgos físicos de ese menor que ni siquiera ha nacido.

En ese sentido, el Código Civil hondureño en su artículo 51 establece que la existencia legal de toda persona principia al nacer y, la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido legalmente.

De lo anterior, puede colegirse que el ordenamiento jurídico hondureño se decanta por la doctrina de la viabilidad para la determinación de la existencia legal de la persona natural, según la cual, no basta que la criatura haya nacido viva, sino que es necesario además que sea capaz de seguir viviendo un momento si quiera después de la separación de la madre (Cruz López, 1985); en consecuencia, la normativa establece que una persona será titular de derechos y obligaciones desde el momento en el que nace y existe legalmente hasta el instante en que se produce su muerte; por ello, aquellos derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, permanecerán en suspenso hasta que el nacimiento se produzca.

Al margen de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho a la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, en cuanto y en tanto la vida intrauterina, es un presupuesto biológico indispensable para la personalidad (STC 75/1984, 1984).

Asimismo, considera que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; por ello, la gestación ha generado un *tertium genus* existencialmente distinto de la

madre, aunque alojado en el seno de ésta; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento constitucional (STC 53/1985, 1985).

Atendido lo anterior, el Tribunal Constitucional español reconoce y otorga de manera clara y precisa una protección a la vida del *nasciturus*, reconociéndole como bien jurídico protegible, aunque sin la calidad de derecho subjetivo. *Contrario sensu*, el legislador hondureño si reconoce y otorga esta condición de derecho subjetivo, en virtud que el artículo 12 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establece que todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción, por ello el Estado emprenderá la adopción de las medidas que sean necesarias para que la gestación, el nacimiento y el desarrollo ulterior de la persona se realicen en condiciones compatibles con la dignidad humana.

Por ello, empleando una interpretación lógico - sistemática de la normativa y jurisprudencia indicada, ha de entenderse, en el contexto jurídico hondureño, que el *nasciturus* tiene derecho a la vida; por ende, también debería tener derecho sobre aquellos elementos inherentes que se asocian a su ser desde el momento de la concepción y que da inicio a su existencia natural, como es el caso de la propia imagen.

Tomando en consideración lo anterior, puede afirmarse que el *nasciturus* tiene personalidad jurídica formal, en el que atina a la configuración de ciertos derechos personalísimos, como la propia imagen, pasando a tener personalidad jurídica material y alcanzando los derechos patrimoniales que permanecían en estado potencial de suspenso solamente con el nacimiento con vida (Cruz López, 1985).

En ese orden de ideas, las prerrogativas relacionadas al reconocimiento del derecho a la propia imagen para el *nasciturus*, particularmente en lo relativo al control de la utilización, difusión y reproducción de los rasgos físicos del menor que está por nacer, serán únicamente aplicables a partir del quinto mes de gestación, periodo en el cual ya existe una formación de la fisionomía característica del ser humano que le permitiría ser reconocible por medio de una ecografía (Papalia, Wendkos Olds, & Duskin Feldman, 2010).

Por tanto, el derecho a la propia imagen no depende del nacimiento con vida del menor, por lo que indistintamente si el menor sobrevive o no un momento si quiera fuera del vientre materno, su imagen no puede ser utilizada, verbigracia, por otra persona, haciendo creer que ese menor que está por nacer se trata de su propio hijo o, también, casos en los cuales se reproduce, difunde o comercializa sin la autorización de la madre o padre los rasgos físicos de su *nasciturus*.

Por consiguiente, resulta oportuno resaltar que bajo esta consideración, la imagen del *nasciturus* no pertenece a la progenitora, ya que pese a estar unidos por un vínculo biológico, el ser que se encuentra en el vientre materno es un ser humano distinto, con un código genético y rasgos fisionómicos diferentes a los de su progenitora; por lo que la capacidad de ejercicio del derecho a la propia imagen del *nasciturus* será completada por su madre o padre, quienes podrán emprender las acciones legales correspondientes en caso de actos ilegítimos que afecten el derecho a la propia imagen del menor que está por nacer.

Así pues, la existencia de la condición humana antecede al nacimiento, y, al igual que ocurrió con la invención de la fotografía, en la que este aparato tecnológico facilitó la captación de los

rasgos físicos de una persona, lo cual amerita la promulgación de leyes orientadas a proteger el derecho a la propia imagen, lo mismo ocurre con las nuevas tecnologías que permiten la captación de la efigie humana incluso antes del nacimiento, lo que implica que el ordenamiento jurídico del Estado debe buscar formas de proteger la imagen del *nasciturus*, en virtud que la dignidad y la personalidad son valores superiores del ordenamiento jurídico que fundamentan el orden político y social (Lama Aymá, 2006).

VI. CONCLUSIONES

Habiendo realizado un análisis, descripción y explicación respecto a la naturaleza del derecho a la propia imagen, su bien jurídico protegido y las características necesarias para su ejercicio y, tras haber examinado las fuentes normativas, jurisprudenciales análogas que pueden ser aplicables al contexto jurídico hondureño y la hermenéutica constitucional y legal en torno a la existencia legal de una persona, para finalizar el presente artículo científico y dar cumplimiento al objetivo fijado, se puede concluir lo siguiente:

Primero: El *Nasciturus* es titular del derecho a la propia imagen, por cuanto los rasgos físicos que le hacen reconocible a partir del quinto mes de gestación, configuran uno de los elementos y atributos de la personalidad; por ende, al igual que ocurre con el derecho a la vida, la propia imagen se asocia a su ser y a su existencia físico - natural, por lo que su titularidad de un derecho no puede estar supeditada a su supervivencia después de separado del vientre materno, pues desde el momento de su concepción ese ser en proceso de formación se trata de un humano, razón por la cual está dotado de dignidad y; consecuentemente, deberá ser titular de derechos fundamentales.

Segundo: En cuanto a las características del derecho a la propia imagen para su ejercicio por parte del *nasciturus*, por obvio que parezca, muchas de ellas estarán limitadas en función de su propia naturaleza; por ende, la facultad de determinar la propia imagen solamente estará ejercitada en cuanto a su primera dimensión, es decir, a la determinación de la imagen personal definida por la herencia genética que recibe de sus progenitores, ya que después de nacer y a medida avanza en su crecimiento podrá decidir libremente el aspecto estético o somático que desee; por otro lado, en cuanto a la característica de conocimiento, naturalmente éste tendrá que ser ejercitado por las personas que se reputan como padres del *nasciturus*, es decir, que cualquier captación, reproducción o publicación a título oneroso o gratuito, sea cual sea la finalidad perseguida por el tercero interesado, deberá obtener el consentimiento de alguno de los padres y; en cuanto a la facultad de control, también corresponderá a los padres ejercitar las acciones judiciales derivadas de captaciones, reproducciones o publicaciones no consentidas de su *nasciturus*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Acción de tutela, T-546-2016 (Corte Constitucional de Colombia 11 de octubre de 2016).
- Arenas Ramiro, M. (2013). La validez del consentimiento en las redes sociales on line. En A. y. Rallo Lombarte, *Derecho y Redes sociales* (págs. 177-144). Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Arévalo, M. B. (2015). La iconografía en la *moneda greco-romana*. Buenos Aires: Banco Central de la República de Argentina.

- Biro, P., Gastélum, A. L., Gastélum, C. R., Mathews, P., & Reents-Budet, D. (2010). *Manual de los monumentos de Copán, Honduras*. Tegucigalpa: Asociación Copán.
- Blasco Gascó, F. d. (2008). Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen. En A. d. Civil, *Bienes de la Personalidad* (págs. 13-92). Salamanca: Universidad de Murcia.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cantor Rosales, M. J. (2020). La persona jurídica como beneficiario de derechos fundamentales y protección constitucional en la justicia hondureña. *La Revista de Derecho*, 135-151.
- Contreras Vásquez, P. (2017). Titularidad de los derechos fundamentales. En P. y. Contreras, *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general* (págs. 119-160). Santiago: LOM Ediciones.
- Cruz López, R. (1984). *Obligaciones y Contratos en General*. San Pedro Sula: Librería Cultura.
- Cruz López, R. (1985). *Manual de las personas y derecho de la familia*. San Pedro Sula: Librería Cultura.
- De verda y Beamonte, J. R. (2006). El derecho a la propia imagen. *Revista Boliviana de Derecho*, 179-206.
- De verda y Beamonte, J. R. (2013). Derecho a la propia imagen y libertades de información y expresión. *Revista Boliviana de Derecho*, 10-29.
- Fazzini, R. (1988). El arte faraónico y la imaginación moderna. En UNESCO, *El Egipto de los faraones* (págs. 33-35). París: El Correo.
- Lama Aymá, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López Sánchez, R. (2017). Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana. *Cuestiones Constitucionales*, 229-263.
- Morales Neira, M. L. (2020). Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, colombiano y su actual interacción con la inteligencia artificial. *Revista la propiedad inmaterial*, 169-197.
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Ius et Praxis*, 245-285.
- Papalia, D., Wendkos Olds, S. y., & Duskin Feldman, R. (2010). *Desarrollo humano*. Ciudad de México: McGraw Hill Educación.
- STC 11/1981 (Tribunal Constitucional Español 8 de abril de 1981).
- STC 117/1994 (Tribunal Constitucional Español 25 de abril de 1994).
- STC 139/2001 (Tribunal Constitucional Español 18 de junio de 2001).
- STC 156/2001 (Tribunal Constitucional Español 2 de julio de 2001).

STC 53/1985 (Tribunal Constitucional Español
11 de Abril de 1985).

STC 72/2007 (Tribunal Constitucional Español
16 de abril de 2007).

STC 75/1984 (Tribunal Constitucional Español
27 de Junio de 1984).

STS 1116/2002 (Tribunal Supremo Español. Sala
de lo Civil 25 de noviembre de 2002).

STS 769/2006 (Tribunal Supremo Español. Sala
de lo Civil 22 de Febrero de 2006).

Timm Hidalgo, A. K. (2014). Antiformalismo
jurídico, aproximaciones básicas. *Revista de
Derechos Fundamentales*, 195-226.

Villanueva, E. (2014). Derecho a la vida privada.
En E. Ferrer Mac-Gregor, & F. y. Martínez
Ramírez, *Diccionario de Derecho Procesal
Constitucional y Convencional* (págs. 381-
383). Ciudad de México: Poder Judicial de la
Federación, Consejo de la Judicatura Federal,
Universidad Nacional Autónoma de México e
Instituto de Investigaciones Jurídicas.