

## PONDERACIÓN, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A LA IMAGEN: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL LLEGAN AL IMPI

Eduardo de la PARRA TRUJILLO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Preámbulo: los litigios de derecho a la propia imagen en el IMPI*. III. *La interpretación constitucional por órgano administrativo*. IV. *Hechos del caso*. V. *Comentarios a la resolución*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han producido importantes cambios en nuestro régimen de derechos humanos; uno de ellos es la reiteración de la noción de Constitución normativa<sup>1</sup> (en especial en sede de derechos humanos) que encontramos en el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, vigente desde 2011.

\* Doctor en derecho, con mención honorífica, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (donde recibió el premio “Marcos Kaplan”); profesor de derecho a la propia imagen en el Instituto de Propiedad Intelectual, y de derecho de la competencia (IPIDEC) en la Universidad Panamericana; profesor de propiedad intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> Nos refiere Cossío Díaz que hay dos posibilidades iniciales en cuanto a la manera de representar la Constitución: un enfoque normativo y un enfoque político; advierte el autor que los juristas mexicanos del siglo XX siguieron mayoritariamente el enfoque político, habiendo poco interés por el estudio normativo de la Constitución. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 43-45 y 69.

Sobre el tema, también véase Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y resultados”, en Corzo Sosa, Edgar y Vega Gómez, Juan (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 424 y 426; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 55 y ss.

De hecho, tradicionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) había entendido que solo el Poder Judicial de la Federación podía interpretar la Constitución, al grado de que, desnaturalizando el artículo 133 constitucional, prohibió el control difuso de la constitucionalidad. Pero ahora las cosas han cambiado, pues a raíz del caso *Radilla* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),<sup>2</sup> el Pleno de la SCJN sentó jurisprudencia respecto a la procedencia oficiosa del control difuso tanto de la constitucionalidad como de la convencionalidad de los actos de autoridad,<sup>3</sup> lo que implica un nuevo paradigma.

El artículo 1o. vigente impone a toda autoridad el deber de cuidar los derechos humanos; lo que implica, a su vez, la facultad para que las autoridades interpreten y apliquen directamente, no solo la Constitución, sino también los tratados<sup>4</sup> en materia de derechos humanos.

Una de las primeras muestras de este nuevo paradigma jurídico la representa la resolución del 31 de julio de 2012, dictada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)<sup>5</sup> en el expediente IMC 1158/2011, caso *Roberta Ayala López vs. Notmusa, S. A. de C. V.*

En dicho asunto, el IMPI tuvo que pronunciarse sobre la violación o no al derecho a la propia imagen de una bebé recién nacida (e incluso, dicha autoridad fue más allá, para proteger también su derecho a la intimidad). Lo interesante del asunto es que el IMPI asumió plenamente el mandato del artículo 1o. constitucional, y, con el fin de proteger derechos humanos, realizó una interpretación constitucional de los artículos 6o. y 7o. de la ley suprema, así como de diversos tratados iusfundamentales.

A continuación comentaremos la resolución del IMPI, poniendo énfasis en el empleo que dicho órgano administrativo hace de las técnicas de interpretación constitucional.

<sup>2</sup> *Radilla Pacheco vs. México*, de 2009.

<sup>3</sup> “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

<sup>4</sup> Recuérdese que las expresiones “tratados”, “convenios”, “acuerdos”, “convenciones”, “protocolos”, “cartas”, etcétera, son *sinónimos*. Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 608 y 609; Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 36; Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 124 y 125.

Cfr. también los artículos 2o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 2o., fracción I, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, y 2o. de la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.

<sup>5</sup> Organismo descentralizado de la administración pública federal.

## II. PREÁMBULO: LOS LITIGIOS DE DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL IMPI

El derecho a la propia imagen es aquel por virtud del cual una persona puede autorizar o prohibir la captación y/o la difusión de su imagen.<sup>6</sup> Se trata, como bien ha dicho Jorge Carpizo (a quien merecidamente le rendimos homenaje), de un derecho esencial para la protección de la dignidad humana,<sup>7</sup> lo que implica que tiene una doble dimensión: es un derecho de la personalidad (tutelado por la legislación civil) como también un derecho fundamental (tutelado por la Constitución y los tratados de derechos humanos).<sup>8</sup>

Es pacífico que la naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen no es la de un derecho de autor, ni cualquier otro derecho de propiedad intelectual (como lo demuestra la jurisprudencia comparada,<sup>9</sup> así como la doctrina nacional<sup>10</sup> y extranjera);<sup>11</sup> sin embargo, por cuestiones de carácter histórico (más que relacionadas con la propia naturaleza jurídica del derecho) el derecho a la propia imagen se insertó, en sus primeros desarrollos legislativos,

<sup>6</sup> Parra Trujillo, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch-IPIDEC (en proceso de edición); artículo 17 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

<sup>7</sup> Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 6 y 7.

<sup>8</sup> Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 28.

<sup>9</sup> Véase la sentencia del 5 de mayo de 2004 dictada por el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará, Brasil, así como la sentencia del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en el caso *Toney vs. L'Oreal USA* de 2005, como ejemplos.

<sup>10</sup> Por ejemplo: Sánchez Gil, Rubén, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 13, enero-junio de 2010, p. 401; Rangel Ortiz, Horacio, “La indemnización por la violación del derecho a la propia imagen en el fallo de 21 de mayo de 2008 de la Suprema Corte de Justicia de México”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Madrid, Universidad de Santiago de Compostela, vol. 30, 2009-2010, pp. 759 y 776; Arteaga Alvarado, María del Carmen, “Papel de las sociedades de gestión colectiva en el derecho de autor”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vega*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008, p. 2.

<sup>11</sup> También como ejemplo: Lipszyc, Delia y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 43; Gorosito Pérez, Alejandro G., “Exégesis del derecho a la propia imagen”, *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, núm. 83, 2007, pp. 258 y 259.

dentro de las leyes autorales;<sup>12</sup> al grado de que actualmente podemos encontrar referencias al derecho a la propia imagen en las leyes de derechos de autor de algunos países, como Alemania, Argentina y Colombia, por solo señalar algunos ejemplos.

La Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de México se encuentra inserta en esa tendencia, de manera que en su artículo 87 regula diversos aspectos sustantivos del derecho a la propia imagen, como lo son su contenido *prima facie* (incluyendo su duración), las reglas de contratación (incluyendo el llamado derecho de revocación), y sus límites o restricciones.

Asimismo, desde el punto de vista adjetivo, la LFDA contempla dos vías de defensa del derecho a la propia imagen: la civil y la administrativa (sin perjuicio de mecanismos alternos de solución de controversias,<sup>13</sup> o de las vías previstas por otras leyes).<sup>14</sup>

La *vía civil* puede presentarse ya sea ante jueces federales o locales (artículo 213 de la LFDA), o ante un tribunal arbitral si existe compromiso en árbitros (artículo 219 de la LFDA). Dicha acción civil se puede interponer directa e inmediatamente ante los tribunales para que se declare la violación al derecho a la propia imagen y se repare el daño, sin necesidad de agotar previamente ningún procedimiento administrativo (como se desprende claramente de los artículos 77, 213, 217 y 219 de la LFDA, así como de los artículos 137 y 138 de su reglamento). Sin embargo, en una resolución *contra lege* y duramente criticada,<sup>15</sup> la Primera Sala de la SCJN privó a los jueces civiles de la competencia para resolver asuntos sobre violaciones al derecho a la propia imagen, reconociendo al IMPI como único órgano competente para tal fin, de manera que debía agotarse el procedimiento administrativo sancionador para acudir a la jurisdicción civil únicamente a tramitar los daños y perjuicios.<sup>16</sup> Por tal razón, en 2013, el legislador federal tuvo que

<sup>12</sup> Nos referimos a las leyes de Alemania (1876), Austria (1885), Bélgica (1886) y Japón (1899).

<sup>13</sup> *Cfr.* los artículos 217 y 128 de la LFDA, relativos al procedimiento de avenencia.

<sup>14</sup> Como los juicios civiles regulados por la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “Derecho a la propia imagen: un caso de acceso a la justicia”, en Parra Trujillo, Eduardo de la (coord.), *Propiedad intelectual: análisis de casos*, México, Tirant lo Blanch-UP, 2013; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*; Rangel Ortiz, Horacio, *op. cit.*; Parra Trujillo, Eduardo de la, “La Suprema Corte de Justicia de México al servicio de la piratería: acciones civiles y defensa de los derechos de autor”, en Pimenta, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Brasil, Letras Jurídicas, 2011, pp. 87 y ss.

<sup>16</sup> “DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN

corregir el error de la SCJN, y añadir el siguiente párrafo al artículo 213 de la LFDA: “Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones”.

Por su parte, la *vía administrativa* consiste en un procedimiento de imposición de multas que tiene su fundamento en el artículo 231, fracción II, de la LFDA, disposición que señala que constituye una infracción administrativa en materia de comercio “Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes”. El IMPI, aunque no es la autoridad en materia de derechos de autor (sino en propiedad industrial, lo que ha sido ampliamente criticado),<sup>17</sup> es el organismo facultado para conocer de esos procedimientos de infracción (artículo 232 de la LFDA), mismos que se tramitan en forma de juicio conforme a las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial (artículo 234 de la LFDA).

Por tal razón, muchos litigios por violación al derecho a la propia imagen se tramitan ante el IMPI, pues el legislador le dio esa competencia. Amén de que en el periodo que va de 2008 —cuando se publicó la citada tesis de la Primera Sala— a 2013 —cuando se reformó la LFDA para aclarar la procedencia directa de acciones civiles con el fin de dejar sin efecto el criterio de la SCJN— existió mucha inseguridad jurídica sobre la admisibilidad de demandas por la vía civil, pues muchos jueces se apoyaban en la tesis aislada de la Corte para desechar las demandas, mientras que otros se apartaban del criterio de la SCJN e, incluso, lo criticaban.<sup>18</sup>

Una vez explicado el peculiar marco normativo aplicable a la resolución en glosa, pasemos a estudiar las facultades del IMPI para interpretar la Constitución, sin perjuicio de sus facultades tradicionales derivadas de su decreto de creación, de la Ley de la Propiedad Industrial y de la LFDA.

POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 47 (aunque el rubro habla de “derechos de autor”, dicho caso no trató sobre esos derechos; en realidad lo que pasó fue que la Primera Sala confundió el derecho a la imagen con los derechos de autor).

<sup>17</sup> *Cfr.*, por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana del derecho de autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 112.

<sup>18</sup> Una muestra de un criterio de este tipo la encontramos en el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, en la sentencia dictada en el amparo directo 111/2009. Un estudio de esa resolución puede encontrarse en Pastor Escobar, Raúl, “Acciones civiles y derechos de autor: ¿el regreso a lo que siempre debió ser? (comentario al caso ‘Guía Roji’)”, en Parra Trujillo, Eduardo de la (coord.), *Propiedad intelectual...*, *cit.*

### III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Desde que existe el derecho, la interpretación jurídica ha tenido importancia indiscutible,<sup>19</sup> pero como bien dice Vigo,<sup>20</sup> en últimas fechas hemos visto una especie de auge o edad dorada de la interpretación (o con más precisión: del estudio de la interpretación jurídica). Como constataremos al comentar el presente caso, la interpretación jugó un papel decisivo al momento de resolver la controversia.

Eros Grau explica, con acierto, que la interpretación jurídica “se presenta o se describe como la mera comprensión del significado de las normas jurídicas”; es decir, se trata de identificar o determinar (según el enfoque que se adopte) lo que significa una norma de derecho (comprenderla).<sup>21</sup> Solo comprendiendo lo que nos dice, podemos entonces aplicar la norma y actuar en consecuencia.

Lo anterior es así, porque el derecho es una forma de lenguaje, o, por lo menos, se expresa comúnmente a través del lenguaje.<sup>22</sup> Así las cosas, como sucede en todo acto comunicativo, hay un *significante*, al cual se le debe atribuir un *significado*, siendo el intérprete un intermediario o mediador<sup>23</sup> que, con base en un enunciado o disposición normativa<sup>24</sup> (significante), desprende una norma o prescripción sobre cómo hay que comportarse (significado). Sin esa labor de mediación (interpretación) no puede comprenderse el derecho.

Dentro del fenómeno general de la interpretación jurídica encontramos el sector de *la interpretación constitucional*, el cual tiene una importancia capital, y consiste en comprender las normas de mayor jerarquía: las constitucionales.<sup>25</sup> La interpretación constitucional difiere, en cierto grado, de

<sup>19</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2a. ed., México, Themis, 2003, pp. 320 y 321; Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, pp. 1-3.

<sup>20</sup> Vigo, Roberto L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 13.

<sup>21</sup> Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 15 y 16.

<sup>22</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 245 y ss.

<sup>23</sup> “La idea de mediación es clave en la noción de *interpretatio* y decisiva en los usos jurídicos de la expresión”. Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 315.

<sup>24</sup> Sobre la diferencia entre disposición normativa (lo que se interpreta) y norma jurídica (resultado interpretativo), *cf.* Grau, Eros, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

<sup>25</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 147.

otros sectores de la interpretación jurídica, dada la importancia axiológica y jerárquica de las normas de las que se ocupa, así como de la generalidad y abstracción de las disposiciones que interpreta, lo que la convierten en “una operación delicada y difícil”.<sup>26</sup> Carpizo (en un estudio clásico en la materia) sintetizó esto con la siguiente frase: “las normas constitucionales no son iguales a cualquier otra norma”.<sup>27</sup>

Tradicionalmente, se ha entendido que la interpretación constitucional la hace el legislador (al dictar leyes que desarrollan los principios y valores constitucionales), pero sobre todo los jueces, estando muy limitada la interpretación constitucional por parte de la administración pública.<sup>28</sup> Postura que fue llevada al extremo en nuestro país, donde se llegó a considerar que la administración pública no podía interpretar la Constitución.<sup>29</sup>

Bajo esas premisas tradicionales, al IMPI le estaría vedado interpretar la Constitución y, por ende, aplicar sus normas, ni siquiera en los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio (que incluyen los procedimientos de infracción, como el glosado en el presente trabajo). Esto, en virtud de que, aunque ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, no es un verdadero tribunal, ni forma parte del Poder Judicial de la Federación.<sup>30</sup> Por tal razón, conviene preguntarnos si, actualmente, es válido aceptar que el IMPI no puede hacer interpretación constitucional.

Sin entrar al debate previo a 2011 sobre la materia,<sup>31</sup> cabe decir que hoy en día la situación parece diametralmente opuesta a la postura tradicional que se explicó en el párrafo previo. A nuestro entender, las autoridades ad-

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 168.

En términos similares, *cf.* Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2003, pp. 187 y 188; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, 2004, pp. 209 y 210.

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, 1971, p. 383.

<sup>28</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, pp. 170-173.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en la doctrina clásica, Burgoa señala sin ambages: “conforme al sistema de la Constitución de 1917, son únicamente dos los tipos de órganos del Estado que gozan de la aludida facultad jurídica de interpretación constitucional. Nos referimos al Congreso de la Unión y a los Tribunales de la Federación”. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 397.

<sup>30</sup> *Cfr.* los artículos 103 y 107 constitucionales.

<sup>31</sup> Es muy conocida la postura de Gabino Fraga al respecto, y la refutación de Felipe Tena Ramírez buscando una interpretación más conservadora del artículo 133 constitucional. Inclusive, antes de la jurisprudencia de la SCJN de 1999 que rechazaba el control difuso de la Constitución, ese tribunal (en especial la Segunda Sala) se pronunció algunas veces en el sentido de que la ley suprema podía ser interpretada por jueces ordinarios y hasta por autoridades administrativas.

ministrativas (como el IMPI) están facultadas para interpretar la Constitución y aplicar sus normas. Destacan dos razones para arribar a esa conclusión: 1) la situación de los derechos humanos en el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, y 2) la figura del control difuso de regularidad. Veamos.

En primer lugar, el artículo 1o. de la carta magna señala que toda persona gozará de los derechos humanos (tanto de origen constitucional como internacional), imponiendo *a todas las autoridades* las obligaciones de respetar, proteger y garantizar esos derechos (entre otras obligaciones). Así, la expresión “todas las autoridades” es omnicomprendiva, de manera que el IMPI tiene el deber iusfundamental de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.<sup>32</sup> A la misma conclusión puede llegarse respecto de cualquier otra autoridad administrativa en la materia, como el Instituto Nacional del Derecho de Autor.<sup>33</sup>

Sin embargo, ¿cómo puede el IMPI conocer lo que los derechos humanos permiten, prohíben y obligan?, ¿cómo puede saber ese órgano paraestatal la manera de comportarse a la luz del artículo 1o. constitucional y las normas de derechos humanos? Pues para conocer el sentido de las normas iusfundamentales, el IMPI debe, forzosamente, *interpretar la Constitución* (y los derechos convencionales que, como ya resolvió el Pleno de la SCJN, se consideran incorporados a la ley suprema); es decir, debe atribuir significado a las disposiciones de derecho fundamental, para luego entonces saber el tipo de comportamiento que exigen los derechos humanos.

De nueva cuenta, cabe traer a colación el pensamiento progresista de Carpizo, quien al analizar el artículo 133 constitucional y el tema del control difuso opina que los órganos administrativos con facultades de decisión, y en especial los tribunales administrativos, pueden interpretar la Constitución (y examinar la constitucionalidad de leyes), por ser “voz viva del derecho”; así, el órgano administrativo evitaría que se vulnera la Constitución y que el Poder Judicial Federal tuviera que corregir la irregularidad, por lo que “es preferible que no se cometa entuerto que haya que arreglar”. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 4, 1969, p. 32.

<sup>32</sup> “Debe destacarse que el mandato de promover, respetar, proteger y garantizar tiene como destinatarias a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. Consecuentemente, no es un deber exclusivo del Legislador o del Juez Constitucional, sino de todos los entes públicos, administrativos, legislativos o judiciales”. Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2012, p. 68.

<sup>33</sup> Resulta de particular trascendencia la opinión jurídica de dicho instituto sobre ese tema, en donde, luego de que tal autoridad administrativa interpretara directamente la Constitución, concluyó: “El INDAUTOR, como autoridad administrativa y órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, de conformidad con los artículos 2o. y 208 de la LFDA, debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 1o. Constitucional, y por ende, respetar y proteger los derechos humanos de los autores”; añadiendo que al proteger los derechos humanos de los autores, dicho instituto debe atender al mandato de progresividad y a la prohibición de regresividad.

A mayor abundamiento, el propio artículo 1o. establece también la obligación de prevenir violaciones a derechos humanos. Por tal razón, el IMPI debe, a toda costa, impedir la transgresión a esos derechos, y la única forma de poder cumplir con ese mandato es conociendo el sentido de las normas iusfundamentales; es decir, interpretando la Constitución y aplicándola.

Así, para que el IMPI pueda aplicar normas constitucionales, primero debe hacer interpretación constitucional; es decir, esa labor de intermediación para conocer el sentido de la regla de conducta (debemos recordar que para poder aplicar una norma primero hay que interpretarla).

En segundo lugar, la figura del *control difuso* de regularidad (tanto constitucional como convencional) nos confirma lo anterior.

Efectivamente, el control difuso de convencionalidad nació como una interpretación del sistema americano de derechos humanos; primero, en los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez,<sup>34</sup> y luego como parte de la doctrina judicial de la propia CIDH.<sup>35</sup> En las sentencias de dicho tribunal internacional se señala que, independientemente de que la CIDH realice el control de la convencionalidad de los actos de los Estados que se sometieron a su competencia, todos esos países miembros deben cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que se traduce en que cada uno de los órganos internos de los Estados (incluyendo los administrativos),<sup>36</sup> deben velar por el respeto al referido tratado iusfundamental, al grado en que si encuentra que una ley de derecho interno contraviene el convenio, debe desaplicarse en beneficio de la norma internacional.

Dicha doctrina impactó fuerte y positivamente en nuestro derecho interno, pues a partir del caso *Radilla* en el Pleno de la SCJN (expediente varios 912/2010), nuestro máximo tribunal hizo a un lado la postura tra-

<sup>34</sup> Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2003; *Tibi vs. Ecuador* de 2004; *López Álvarez vs. Honduras* de 2006 y *Vargas Areco vs. Paraguay* de 2006.

<sup>35</sup> Comenzando con el asunto *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, y seguido por otros como: *Aguado Alfaro y otros vs. Perú* de 2006 (también conocido como caso *Trabajadores cesados del Congreso*).

<sup>36</sup> Bazán nos refiere la evolución que ha tenido la doctrina del control difuso de convencionalidad en la CIDH, respecto de su sujeto de activación en el ámbito interno, pues inició refiriéndose solo a la obligación del Poder Judicial (en el mencionado caso *Almonacid*), pasando por “otros órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*) —lo que da entrada a organismos jurisdiccionales no judiciales como el IMPI—, para finalmente concluir que el control difuso es obligación de cualquier autoridad pública y no sólo el poder judicial (caso *Gelman vs. Uruguay*) —lo que ya no deja lugar a dudas de la obligación del IMPI de ejercer control difuso de la convencionalidad—. Cfr. Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 18 y 19.

dicional de solo permitir el control concentrado de la constitucionalidad,<sup>37</sup> estableciendo ahora, en diversas tesis de jurisprudencia,<sup>38</sup> la obligación oficiosa de toda autoridad jurisdiccional<sup>39</sup> de ejercer control difuso tanto de la convencionalidad como de la constitucionalidad de los actos.

Es claro que el IMPI, en los procedimientos de infracción administrativa, actúa como autoridad jurisdiccional, teniendo la obligación de ejercer un control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, para lo cual debe hacer interpretación constitucional.

Aclaradas así las facultades del IMPI para interpretar la Constitución y los tratados de derechos humanos, entremos de lleno al asunto materia de análisis.

#### IV. HECHOS DEL CASO

El 11 de mayo de 2011, la empresa Notmusa, S. A. de C. V. inició la distribución de los ejemplares del núm. 754 del tabloide *TV Notas*, en cuya portada apareció una fotografía de una bebé recién nacida (en el cunero de un hospital) acompañada del texto: “Es una ‘guerrera’. Te presentamos a la bebita de Alexis Ayala”.

En el interior de la revista aparece otra vez la foto de la niña, para ilustrar un artículo en donde se explica que Roberta Ayala (hija del actor Alexis Ayala y de su esposa Fernanda López) nació con 35 semanas de gestación y tuvo que permanecer varios días en la incubadora (razón por la que fue descrita como “una guerrera”), así como se informó su peso y tamaño al nacer.

<sup>37</sup> Como explica Cossío Díaz, antes del caso *Radilla*, la SCJN solo aceptaba el control concentrado de la constitucionalidad, pero ahora son válidos dos parámetros de control de regularidad: la constitucionalidad y la convencionalidad, cada uno de ellos admitiendo dos tipos: el concentrado y el difuso. Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 170 y ss.

<sup>38</sup> “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 552; “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

<sup>39</sup> La Primera Sala de la SCJN ha señalado que fuera del Poder Judicial de la Federación, “las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. Cfr. la tesis “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro XV, diciembre de 2011, t. 1, p. 420.

Sin embargo, resulta que esa publicación de la imagen de la niña se hizo sin autorización alguna.<sup>40</sup> Razón por la que, con fundamento en los artículos 87 y 231 de la LFDA, Alexis Ayala y Fernanda López, en representación de su hija, presentaron el 8 de julio de 2011, ante el IMPI, una demanda (cuyo nombre técnico es “solicitud de declaración administrativa de infracción”) por violación al derecho a la propia imagen de la lactante.

Previo emplazamiento a Notmusa, S. A. de C. V., dicha empresa presentó su contestación, oponiendo defensas y excepciones. Luego de que las partes rindieran alegatos, el IMPI dictó su resolución el 31 de julio de 2012, considerando que se violaron los derechos de la niña Roberta Ayala, y condenándose a la parte demandada a pagar una multa de 5,000 días de salario mínimo (\$299,100.00 pesos),<sup>41</sup> más 500 días de salario por cada día en que Notmusa, S. A. de C. V. persistiera en las conductas ilícitas.

A continuación analizaremos esta resolución del IMPI, poniendo énfasis en los temas de derechos humanos y de interpretación constitucional.

## V. COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN

La resolución del IMPI es encomiable (sin estar exenta de errores), y se puede analizar desde varios ángulos; sin embargo, nos enfocaremos principalmente a la utilización de herramientas propias de la interpretación constitucional y de la postura garantista asumida por esa entidad paraestatal.

### 1. *Definición de “derecho a la propia imagen”*

Al entrar al fondo del asunto, el IMPI define el derecho a la propia imagen (pero en el contexto de una infracción administrativa en materia de comercio; de ahí el énfasis en el fin de lucro, que no siempre debe estar presente al violarse ese derecho), señalando que

es un bien jurídico que se tutela por ser la extensión de su personalidad en cuanto a un factor elemental de proyección e identificación de sus rasgos físicos ante los demás, necesario para que, conjuntamente con otros elementos

<sup>40</sup> En el procedimiento, la parte demandada alegó que contaba con autorización del fotógrafo. Sin embargo, en la secuela procesal nunca se probó eso (como bien determinó el IMPI); además de que era irrelevante para el caso, pues el autor (fotógrafo) solo es titular de los derechos de autor, pero no del derecho a la propia imagen, y el artículo 87 de la LFDA claramente señala que se requiere autorización expresa del titular del derecho a la imagen o de sus representantes.

<sup>41</sup> Se trata de la multa máxima, según la fracción II del artículo 232 de la LFDA.

subjetivos, se le otorgue reconocimiento como sujeto individual, y sólo a ella, es decir, a la persona le corresponde la facultad del aprovechamiento de su imagen, así como la de prohibir a un tercero su utilización a través de la difusión, fijación, reproducción, publicación o cualquier otro medio, por tanto, todo uso de la misma realizado por terceros, con fines de lucro y sin autorización del interesado o de sus causahabientes, debe resultar una conducta sancionable.

Un primer aspecto a destacar es la importante documentación que realizó el IMPI para llegar a ese concepto, pues, sobre este punto, la resolución se nutrió de diversos diccionarios, de la más prestigiada doctrina constitucional extranjera (Humberto Nogueira Alcalá),<sup>42</sup> de un criterio de la Primera Sala de la SCJN, y hasta de una sentencia del Tribunal Constitucional español. Esto es encomiable, pues el IMPI demuestra ser (al menos en este asunto) una autoridad que no está encerrada en sí misma, y que no tiene miedo de echar mano del método comparativo para apoyarse en doctrina de primera calidad y revisar cómo han afrontado problemas similares otros tribunales extranjeros.

Por otro lado, también es destacable que el IMPI reconozca que lo que protege la LFDA es el derecho a la propia imagen (derecho de la personalidad), saliendo mejor parado que la Primera Sala de la SCJN, que en una de sus resoluciones más polémicas en la materia (el caso *Diego Pérez*, amparo directo en revisión 1121/2007) rechazó que la ley autoral tutelara el derecho a la propia imagen, señalando que la expresión “retrato” se refiere a las obras donde se plasma la imagen, que serían, supuestamente, las verdaderamente protegidas.<sup>43</sup> No está de más recordar que dicha interpretación de la SCJN va en contra del trámite parlamentario de la LFDA, de los antecedentes del artículo 87 en la legislación comparada, de la doctrina nacional mayoritaria<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, Universidad de Talca, año 13, núm. 2, 2007.

<sup>43</sup> Concretamente, la Corte dijo: “importa poner de relieve que la protección que contiene la Ley Federal del Derecho de Autor es al retrato de la persona, mas no a la imagen en abstracto como si se tratara de un derecho civil de la personalidad, tal y como así lo dispone categóricamente el artículo 87; esto es, lo que protege la legislación es la obra que reproduce la imagen” (énfasis añadido).

<sup>44</sup> Por ejemplo, Orozco y Villa, Alejandro, *Los límites a la libertad de expresión en México*, México, Porrúa, 2005, p. 101; Obón León, J. Ramón, *Nuevo derecho de los artistas intérpretes*, 4a. ed., México, Trillas, 2006, p. 88; Díaz Arceo, Abraham y Schmidt, Luis C., “Image and publicity rights in Mexico”, *World trademark review*, núm. 15, septiembre-octubre de 2008, p. 78; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 9a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 274.

y de lo resuelto en casos similares por tribunales extranjeros al interpretar la expresión “retrato” en leyes autorales.<sup>45</sup>

## 2. *Imagen tomada en lugar público y con fines periodísticos*

El artículo 87 de la LFDA solo contempla dos restricciones o límites expresos al derecho a la propia imagen, y la parte demandada en el presente asunto invocó uno de ellos como excepción o defensa: que la imagen se haya tomado en lugar público y usado con fines periodísticos.

De esta forma, Notmusa, S. A. de C. V. arguyó que el hospital donde se encontraba la bebé era un lugar público, y que la publicación de la imagen de ella en la revista *TV Notas* tuvo un propósito informativo o periodístico.

Frente a tal argumentación, el IMPI resolvió que era infundada dicha defensa. Para esto, definió que los “lugares públicos” son aquellos donde toda persona puede usar y disfrutar sin restricción los recursos que brindan, tales como calles, plazas, parques, playas, etcétera, lo cual no debe confundirse con lugares que brindan un servicio público, como los hospitales. Por lo que concluye que los hospitales no son lugares públicos (amén de que el demandado nunca dio argumento alguno —ni pruebas— para explicar el carácter de lugar público que hipotéticamente tendrían los hospitales).

En este punto la argumentación del IMPI no es del todo convincente, aunque eso se debe, en parte, a la ambigua expresión “lugar público” contenida en la LFDA.<sup>46</sup> La Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal es mucho más clara al utilizar, en la fracción I de su artículo 21, la expresión “lugar abierto al público”.<sup>47</sup>

Así, el catálogo de “lugares públicos” no se limita a aquellos lugares de propiedad pública para el disfrute de la población (o “espacios públicos”, como se les llama en materia de urbanismo), sino que abarca, en general, toda clase de lugares abiertos al público (aunque sean de propiedad privada), como bares, restaurantes, las zonas comunales de los hoteles, parques de diversiones, etcétera.

<sup>45</sup> Véanse, entre otros, los casos *Yankelevich, Tomás, vs. Editorial Perfil, S. A.* de 2006 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina); *Boris Becker vs. Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 2003 (juez federal en Múnich, Alemania); *Edison Méndez* de 2009 (Corte Provincial de Justicia del Guayas, Ecuador).

<sup>46</sup> Sobre esta problemática, *cf.* Parets Gómez, Jesús, *Proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, pp. 126 y 127.

<sup>47</sup> La referida disposición establece que el derecho a la propia imagen no impedirá “La captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público”.

No obstante ese desacuerdo del IMPI, el resultado final de su razonamiento es plausible. En efecto, la zona de cuneros de un hospital no puede considerarse un lugar abierto al público; al contrario, cuenta con una estricta seguridad, de manera que solo pueden ingresar las madres y cierto personal del hospital; además de que, normalmente, está prohibido sacar fotos dentro de los cuneros. El matiz viene cuando los bebés son exhibidos (detrás de un cristal) un par de veces al día en la zona de maternidad. En algunos hospitales, normalmente cualquier persona puede admirar a los recién nacidos en esos contados minutos de exhibición, por lo que podría argumentarse que esa zona del hospital es un lugar abierto al público.

Desde luego, el demandado no hizo una argumentación tan sofisticada, por lo que el IMPI no se pronunció sobre el particular; pero ante esa duda, no hubiera sido descabellado despejarla usando el principio *pro personae*.

Toda vez que el IMPI concluyó que el hospital no era un lugar público, dicha autoridad estimó innecesario pronunciarse sobre el otro extremo de la restricción al derecho a la imagen: la presencia de fines informativos o periodísticos. Aunque desde un punto de vista técnico no hay nada que reprocharle al IMPI, cabe apuntar que el *quid* del asunto estaba en ese segundo requisito.

Aunque el limitado texto de la LFDA no lo dice, no basta estar en presencia de un mero interés informativo o periodístico, sino que es indispensable que la información de que se trate sea de *interés público*, como en muchas ocasiones ha determinado con acierto la SCJN (precisamente al resolver colisiones entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información),<sup>48</sup> siendo un estándar común en la materia.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Aunque hay pronunciamientos del Pleno (acciones de inconstitucionalidad 45/2006 y 46/2006, por ejemplo), se trata de una noción que ha sido utilizada con frecuencia por la Primera Sala, por ejemplo, en las siguientes tesis: “DERECHO A LA INTIMIDAD O VIDA PRIVADA. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO, COMO CONCEPTO LEGITIMADOR DE LAS INTROMISIONES SOBRE AQUÉL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923; “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 287; “DAÑO AL PATRIMONIO MORAL DE LAS PERSONAS. SE PUEDE CAUSAR CON NOTAS PERIODÍSTICAS QUE SOBREPASAN LOS LÍMITES DEL LIBRE EJERCICIO DEL PERIODISMO, EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, AL NO TENER LA INTENCIÓN DE HACER DEL CONOCIMIENTO UN HECHO DE INTERÉS GENERAL, NI SIRVEN A LAS PERSONAS PARA LA TOMA DE DECISIONES QUE ENRIQUEZCAN LA CONVIVENCIA O PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA (LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1067.

<sup>49</sup> Como muestra, está la jurisprudencia de la CIDH, destacadamente: la Opinión Consultiva OC-5/85 (sobre la colegiación obligatoria de periodistas), el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* de 2001, y el asunto *Ricardo Canese vs. Paraguay* de 2004.

Para entender lo que significa “información de interés público”, puede invocarse la afortunada definición prevista en la fracción II del artículo 7o. de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, que indica que se entiende por tal información “El conjunto de datos, hechos y actos que tienen como propósito servir a las personas para la toma de decisiones, de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática”.

Así las cosas, en asuntos como el presente debe, primero, dilucidarse si la información era o no de interés público, como parte de una *ponderación* entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información.

La ponderación es una herramienta jurídica que, aunque no es exclusiva del derecho constitucional,<sup>50</sup> es en este ámbito donde ha adquirido mayor trascendencia, al grado de ser una de las piezas claves de la interpretación constitucional moderna. Consiste en una medición del grado de intervención en un principio para satisfacer la realización de otro principio, determinando qué derecho prevalece, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.<sup>51</sup>

Uno pudiera pensar que, entre otras razones, al pronunciarse sobre la invocada restricción al derecho a la imagen, el IMPI no ponderó, porque se trata de una técnica que no utiliza esa autoridad al momento de resolver controversias (hipótesis que encontraría sustento en los antecedentes de dicho Instituto, pues en la mayor parte de los procedimientos en materia de derecho a la imagen, el IMPI no ponderó cuando había que ponderar). Sin embargo, la propia resolución en glosa, más adelante, nos demuestra que el IMPI ya conoce la técnica de la ponderación y que ya la ha usado.

Como explicamos a continuación, es sumamente positivo que el IMPI realice ponderaciones en materia de derecho a la propia imagen, lo que podría ser criticable en el caso que nos atañe, es que se haya servido de esa técnica en otra parte de su resolución, pero no al momento de pronunciarse

<sup>50</sup> Sobre su aplicación en otras ramas del derecho, véase Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 42; Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009, p. 472.

<sup>51</sup> Véase, entre otros, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 759; Carbonell, Miguel, “Reforma del Estado y derechos fundamentales: algunas propuestas”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 136.

sobre las restricciones al derecho a la imagen previstas en el artículo 87 de la LFDA.

### 3. *Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución*

Notmusa, S. A. de C. V. también opuso como excepciones, las basadas en los artículos 6o. y 7o. constitucionales, alegando que la publicación de la imagen de Roberta Ayala se hizo con fines periodísticos y de información, protegidos por la ley suprema.

El IMPI dio respuesta a esas defensas argumentando que los invocados derechos humanos encuentran sus límites en “los derechos de terceros” (artículo 6o.) y en “el respeto a la vida privada” (artículo 7o.), entrando de lleno a *interpretar y aplicar la Constitución* (cuando quizá otra autoridad administrativa, con un criterio más tradicional, se hubiera negado a realizar esa interpretación constitucional, arguyendo que se trata de una facultad del Poder Judicial de la Federación).

A partir de ahí, la resolución en glosa pone acento en el derecho a la vida privada, invocando también el artículo 16 constitucional, así como el artículo 1o. del mismo ordenamiento (enfaticando las obligaciones de toda autoridad de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos). Esta última disposición da pie al IMPI para, también, invocar los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (todos relativos al derecho a la vida privada); así como la Convención sobre los Derechos de los Niños, concretamente sus artículos 1o. (definición de “niño”) y 16 (protección a la vida privada de los niños).

Con base en ese marco normativo, el IMPI señala que, dado que la imagen de la bebé se tomó en el cunero y sin permiso de su padre y madre, “se presume que la publicación de dicho retrato se llevó a cabo a través de injerencias abusivas a la intimidad ajena, conllevando implícitamente a la violación de un momento o hecho de la vida privada, pues el retrato se obtuvo a hurtadillas de la patria potestad”. Añadiendo:

Consecuentemente, el retrato de la menor obtenida a través del acto ilícito antes referido, es considerado también una violación a su derecho de imagen, siendo ésta una manifestación sensible o dimensión de su existencia, es un derecho inherente a su persona, que incluso puede tenerse como vinculado a su vida privada y por tanto, un derecho tutelado por el Estado, oponible a terceros, máxime de los derechos de terceros que se encuentran en disputa

corresponden a una menor de edad, como es el derecho sobre su propia imagen, debiendo ser tratados sus derechos bajo el principio de interés superior, conforme a lo establecido por nuestra Carta Magna.<sup>52</sup>

Hasta aquí, la resolución del IMPI nos genera varios comentarios. Primero, la apertura de esa entidad paraestatal a las normas de derechos humanos (como debiera ser), llegando a interpretar directamente la Constitución y los tratados de derechos humanos,<sup>53</sup> claro, bajo la saludable precaución de guiarse por los criterios de los más altos tribunales del Poder Judicial de la Federación. Por lo tanto, se aprecia que el IMPI, al menos en este caso, se tomó en serio el artículo 1o. constitucional, y demuestra que el fenómeno de la *constitucionalización*<sup>54</sup> alcanza también a los ordenamientos legales y autoridades en materia de propiedad intelectual, como debiera ser.<sup>55</sup>

Segundo, el IMPI se topó con el problema de que el derecho a la propia imagen carece de fundamento expreso en los tratados de derechos humanos y en nuestra Constitución. Como se observa, esa autoridad trató de resolver tal problema *vinculando* el derecho a la propia imagen con el derecho a la vida privada (el cual sí tiene disposiciones de derecho fundamental expresas), aunque sin caer en error de confundir o asimilar ambos derechos, pues se trata de derechos humanos autónomos e independientes entre sí.

Sin embargo, con la argumentación jurídica desplegada sobre ese tema en la resolución no queda claro si la violación al derecho a la imagen es solo

<sup>52</sup> Para fortalecer esta máxima del “interés superior del niño”, el IMPI invoca diversas jurisprudencias sobre el tema, establecidas por tribunales colegiados de circuito en materia civil.

<sup>53</sup> Aunque es criticable que invocara la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto no es un tratado (acuerdo entre Estados), sino una declaración de un organismo internacional (la ONU), y los artículos 1o. y 133 constitucionales se refieren clara y exclusivamente a los tratados (derecho convencional), excluyendo otros instrumentos internacionales.

Si bien es cierto que a la referida Declaración se le reconoce obligatoriedad en el ámbito internacional —sobre todo por ser prueba de la costumbre de los Estados (que es otra fuente de derecho internacional diferente a los tratados)—, eso no significa que se incorpore al derecho interno ni que sea fuente de derecho en el ámbito doméstico.

<sup>54</sup> Sobre la constitucionalización, nos explica Sánchez Gil: “La consecuencia de esta ‘nueva’ visión es una Constitución cuyas normas influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (aun los ordinarios), la actividad de la administración pública y aun la doctrina jurídica, mediante una acción deliberada de los sujetos que tienen a su cargo dichas funciones, de considerar las disposiciones constitucionales al desempeñar su tarea, para darles efectividad en la máxima amplitud posible”. Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 23-25.

<sup>55</sup> Para más detalles, remitimos a nuestro trabajo: Parra Trujillo, Eduardo de la, “La constitucionalización de los derechos de autor”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 15, 2010.

una consecuencia secundaria de la infracción al derecho a la vida privada, o si dicha violación subsistiría aunque no se hubiera afectado el derecho a la vida privada. Estimamos que el IMPI hubiera transitado por una vía más segura si, simplemente, hubiera afirmado que el derecho a la propia imagen es un derecho humano implícito, como ya ha reconocido nuestra SCJN,<sup>56</sup> y como concluye la más destacada doctrina, por ejemplo, el trabajo de Nogueira Alcalá<sup>57</sup> (que el IMPI invoca en otra parte de la resolución, pero sorprendentemente olvida al momento en que pudo serle de mayor utilidad). Además, esto nos plantea un problema competencial (no necesariamente insuperable), pues el IMPI no tiene competencia expresa en temas de derecho a la vida privada, sino solo sobre derecho a la imagen.

En tercer lugar, uno de los puntos más destacables de la resolución del IMPI es que, acertadamente, ubicó uno de los principios interpretativos básicos en todo litigio donde intervenga un niño: el *interés superior*. Quizá lo único criticable en este punto es que el IMPI funde ese interés solamente con base en jurisprudencia, olvidando el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que determina: “En *todas* las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, *los tribunales, las autoridades administrativas* o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (énfasis añadido).<sup>58</sup>

Hecho este paréntesis crítico, continuemos con la exposición de la resolución en comento, que en uno de sus párrafos de mayor interés, indica:

Ahora bien, en un ejercicio de ponderación, en el que los derechos fundamentales se contraponen, siendo que éstos son de la misma jerarquía al estar contenidos en el mismo ordenamiento, se debe tomar en cuenta las características específicas del caso para determinar cuál es el derecho que debe pre-

<sup>56</sup> “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8 (señalando, entre otras cosas, que “el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen,... aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, *están implícitos* en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana”).

En términos similares, *cf.* las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Schüssel vs. Austria* de 2002 y *Von Hannover vs. Alemania* de 2004.

<sup>57</sup> *Op. cit.*

<sup>58</sup> Desde el 2011, el artículo 4o. constitucional también es muy claro sobre el particular, al establecer: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”.

valecer respecto del otro u otros, en el caso específico, es el derecho sobre la propia imagen de la actora, al ser un derecho del titular de la misma el protegerla de su divulgación frente a terceros, con lo que se ocasiona una injerencia indebida e ilegítima en su vida privada máxime y sobre todo al tratarse de la imagen de una menor de edad, que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las Convenios internacionales de los que México es parte, deben tratarse *[sic]* sus derechos bajo el principio de interés superior, incluso frente a los intereses de los adultos...

Aquí el IMPI utiliza la herramienta básica de la interpretación constitucional para resolver las colisiones entre el derecho a la imagen y el derecho a la información: la *ponderación*. Esto es muy relevante, no solo por lo plausible (e indispensable) de esta técnica en casos como el presente, sino porque el IMPI tradicionalmente ha sido reacio a realizar ponderaciones (y en alguna medida lo sigue siendo), lo que en diversas ocasiones ha llevado a los tribunales a destruir resoluciones de ese instituto por no haber ponderado.<sup>59</sup>

Empero, no obstante lo plausible de resolver el asunto con una ponderación, cabe criticar que el IMPI solo plasmó en la sentencia el resultado ponderativo, pero nunca desarrolla la ponderación propiamente dicha; es decir, no explica ni da los elementos de cómo la intromisión al derecho a la imagen es mucho más grave que la ventaja que pudo haber obtenido el derecho a la información. En particular, consideramos determinante la realización de una prueba o *test* de interés público al momento de ponderar, pues es claro que el nacimiento de Roberta Ayala no es información relevante para la toma de decisiones en una sociedad democrática, sino que la publicación en el *TV Noticias* tenía un fin esencialmente lucrativo y de satisfacer el morbo de sus lectores.<sup>60</sup>

Finalmente, el IMPI concluye con acierto que Roberta Ayala no es una persona pública, y por lo tanto no se debilita o restringe su derecho a la pro-

<sup>59</sup> *Cfr.* por ejemplo, “MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. PARA ANALIZAR LA NATURALEZA DE LA VIOLACIÓN ALEGADA POR QUIEN LAS SOLICITA Y DETERMINAR SI PROCEDE CONCEDERLAS, DEBE EMPLEARSE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, SIEMPRE Y CUANDO CONCURRAN LOS REQUISITOS LEGALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1220.

<sup>60</sup> Sobre esto nos advierte Azurmendi: “Las desviaciones que existen en el mundo informativo —amarillismo, presencia habitual de noticias centradas en la vida privada de personajes populares, sin otra justificación que el reclamo del público— suponen una concepción de la información desprovista de sus notas esenciales y centrada exclusivamente en su capacidad de generar dinero”. Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed., México, Universidad Iberoamericana-Fundación Manuel Buendía, 1998, p. 211.

pia imagen, como alegó la parte demandada. Determinación que es muy afortunada, pues aunque el padre de la bebé sea actor, eso no convierte a su hija en una persona de proyección pública ni le impone el deber de soportar ciertas intromisiones a sus derechos de la personalidad;<sup>61</sup> al contrario, su interés superior, derivado de su condición de niña, nos lleva a concluir, más bien, una protección reforzada a su derecho a la imagen o, si se quiere, hace más resistente ese derecho frente a injerencias o afectaciones al mismo.

## VI. CONCLUSIONES

La interpretación de disposiciones constitucionales ha dejado de ser coto vedado del Poder Judicial de la Federación, pudiendo realizarse también por la administración pública, particularmente con base en el nuevo artículo 1o. constitucional y en la figura del control difuso (en especial a partir del caso *Gelman*). Una muestra de lo anterior es la actuación del IMPI en el caso que se comenta. Si bien todavía se advierten imprecisiones en el empleo de técnicas constitucionales por parte de ese Instituto (como la ponderación), esperemos que pronto llegue a familiarizarse más con ellas.

<sup>61</sup> Sobre este tema, la SCJN ha desarrollado una sólida doctrina judicial; véase, por ejemplo: “DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Primera Sala, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923.