

# UNA REFLEXIÓN ACTUAL Y MODERNA SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN

GONZALO IRRAZABAL

## 1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del derecho a la imagen es una cuestión de gran actualidad que puede ser abordada desde diferentes ángulos, todos ellos igualmente válidos.

El presente trabajo intenta dar una visión integral sobre el derecho a la imagen, con un enfoque práctico, sencillo y de fácil comprensión.

En el primer apartado daremos el marco legal para luego adentrarnos en las distintas facetas de este derecho.

## 2. DEFINICIÓN Y MARCO LEGAL VIGENTE

El derecho a la imagen se ha definido como “aquel que faculta a las personas a reproducir la propia imagen, con carácter comercial o no; visto desde la vertiente contraria, es el derecho que tiene la persona a impedir que un tercero pueda captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización”<sup>1</sup>. Asimismo se encuentra consagrado implícitamente en el Arts. 72 y 332 de nuestra Carta Magna.

Su consagración expresa se halla en los Arts. 20 y 21 de la Ley N° 9.739 de 1937; una ley muy antigua sobre el derecho de autor pero que mantiene vigencia hasta el día de hoy.

El Art. 20 establece que “las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta (...)”.

Siguiendo en la misma línea, el Art. 21 prevé la posibilidad de comercialización de la imagen propiedad de la persona, siempre y cuando, exista consentimiento de esta última.

El último inciso del Art.21 prevé la libre publicación de las imágenes de personas cuando sean con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o relacionadas con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público.

La doctrina es conteste en aceptar esta norma como principio rector en la materia. Así lo afirma María Balsa cuando dice “el artículo 21 de nuestra ley 9739 establece como principio general que se requiere recabar el consentimiento expreso de la persona para la puesta en el comercio de su propia imagen. Como excepción a dicha exigencia establece casos de publicaciones del retrato que registren hechos o acontecimientos desarrollados en público y/o de interés público”<sup>2</sup>.

Por otra parte, la ley N° 17.011 establece la nulidad relativa de aquellas marcas que contengan el retrato de una persona sin su autorización. En otro articulado del mismo cuerpo normativo se prevé la nulidad

1 De Carreras Serra, L, “Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación”, Ariel, Barcelona, 1996, página 83 citado por Lamas, Daniel Mario. “Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales”. Editado por Cikato Abogados. Montevideo 2004. Pág 198.

2 Balsa, María. “Derechos Sobre la Filmación de Espectáculo Deportivo”. Fundación de Cultura Universitaria. Anuario de Derecho Comercial. TOMO X. Año 2004. Pág 119.

absoluta de las caricaturas, retratos, dibujos, etc., queridiculicen ideas, personas u objetos dignos de respeto y consideración.

Siguiendo con el análisis del cuerpo normativo uruguayo, el art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia prevé una custodia del derecho a la imagen del niño para cuando se use lesivamente.

Coincidimos con Mario Daniel Lamas en que la protección de la imagen del niño no debe limitarse al perjuicio<sup>3</sup>. El carácter lesivo de la explotación de la imagen es una consecuencia eventual.

### 3. LA IMAGEN DENTRO DEL ESTUDIO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La cuestión radica en determinar cómo debe enfocarse el derecho a la imagen. Sabemos, pues, que es un derecho fundamental recogido implícitamente en el Art. 72 de la Constitución y, que a falta de regulación, debe protegerse, aunque no exista un mecanismo expresamente previsto por la ley, según lo dispone el 332 de la Carta Magna.

Sin embargo, este es el caso de uno de los pocos derechos de la personalidad que encuentran cabida en la legislación nacional.

El "quid" de la cuestión es si el derecho a la imagen es un derecho de autor o no. Sobre este punto existen diferentes opiniones.

Hay autores que sustentan la posición de que la imagen personal tiene una doble cara, por lo cual, posee una doble regulación. Por un lado, la imagen interna protegida por el marco legal de los derechos de la personalidad y, por otro lado, la imagen externa producto de comercialización que se regula según la ley N° 9.739 estudiada en el apartado anterior.

Es decir, este derecho forma parte de los derechos de autor, y más genéricamente, del ámbito de la propiedad intelectual. En síntesis esto es lo que expone la Dra. María Balsa<sup>4</sup>.

Por el contrario hay autores que sostienen la imposibilidad de esta doble cara. "Los fundamentos por los cuales Jacques Ravanans niega la posibilidad de ejercer derechos de autor sobre la propia imagen son: a) la negación de que existe una autoría de la persona sobre aquella obra que tenga por objeto es la propia imagen. b) que el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la propia imagen (en tanto objeto que una vez incorporado a una forma sensible es explotable económicamente) apareja el riesgo de derogación en ciertos puntos, de los caracteres comunes que el derecho a la propia imagen tiene con otros derechos de la personalidad, y por tanto el Estatuto protector de los mismos"<sup>5</sup>.

Por otro lado, se encuentra la concepción que se recoge en el Derecho Norteamericano del "right of publicity". En resumidas cuentas, los autores afirman que el derecho a la imagen es derecho de propiedad que recae sobre un objeto inmaterial. Siguiendo al autor nacional Walter Howard; "En efecto, el right of publicity permite la realización de toda clase de negocios jurídicos cuyo objeto es la imagen en su aspecto económico, y al tener contenido patrimonial, sobrevive a la persona titular del derecho integrándose en su herencia"<sup>6</sup>.

En base a ello, hay autores que sustentan que asistimos a una "patrimonialización" del derecho a la imagen<sup>7</sup>.

3 Lamas, Daniel Mario. Ob. Cit. Pág. 202.

4 Balsa, María. "Algunas cuestiones sobre el Derecho a la propia imagen". Fundación Cultura Universitaria. Primera edición noviembre 2001. Pág. 44

5 Balsa, María, Ob. Cit. Pág. 43 y 44.

6 Howard, Walter. "Derecho de la persona" Tomo I. Pag 181

7 Nogueira Alcalá, Humberto. "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", publicado en Revista Ius et Praxis, 13 (2): 245-285, 2007.

Las críticas a la teoría pregonada por Jacques Ravans son múltiples. A continuación expondremos las más importantes.

1) En primer lugar, la concepción de la imagen no es solamente aquello que nos viene dado tal como lo afirma Jacques Ravans, sino que, en base a lo que tenemos, cada uno puede transformar su imagen, o trabajarla a su gusto. Como forma de ilustrar lo expuesto, pongamos algunos ejemplos:

- a) Una hipótesis de transformación tiene que ver con la industria de las cirugías plásticas. Un hombre o mujer, que recurre a una cirugía, modifica aquello que viene dado. Por tanto, es autor de su imagen.
- b) La segunda hipótesis es el trabajo de la imagen. Ciertas personas viven de su imagen. En concreto, un modelo trabaja, ejerce su imagen. Recordemos que la imagen no es solamente el rostro, sino que, se entiende en un sentido amplio, imagen del ser humano en su conjunto.

2) La segunda crítica radica en que Ravans no tienen en cuenta la dualidad del derecho a la imagen sino que lo concibe únicamente como derecho fundamental.

En un extremo, la misma, posee una fase subjetiva, allí reposa la protección al derecho fundamental, en el otro, una faceta objetiva, la posibilidad de explotación comercial de la misma. He aquí la aplicación del derecho de autor.

En apoyo a estas críticas, cabe citar un fragmento de una sentencia del Tribunal Constitucional Español que fuera recogida por el prestigioso autor chileno Dr. Humberto Nogueira Alcalá: *"El derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen*, aunque obviamente la explotación comercial in consentida -o incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen".<sup>8</sup>(el resaltado nos pertenece) (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/2001, de 26 de marzo, F.2.). Las afirmaciones del Tribunal español son contundentes y no dejan lugar a la duda.

En virtud de la debilidad manifiesta de la teoría negatoria del derecho a la imagen como especie del derecho de autor, somos partidarios de la teoría expuesta por la Dra. María Balsa que posiciona al derecho a la imagen en una dimensión real, moderna y logra contemplar la totalidad de los ámbitos en donde se moviliza la imagen personal.

#### 4. CONSENTIMIENTO EXPRESO

Ya hemos hecho mención a lo que establece la multicitada ley en cuanto al consentimiento en caso de cesión de derechos a la imagen. En síntesis, es necesario que el cedente autorice de forma expresa la utilización de su imagen, en lo posible, estableciendo su alcance y fines.

En cuanto a las formalidades, no es necesario que el consentimiento se preste por escrito. Sin lugar a dudas, ello da mayor seguridad, pero no es un requisito formal.

Doctrina y jurisprudencia uruguayas son contestes en afirmar que la interpretación de la autorización debe hacerse siempre de forma restrictiva<sup>9</sup>.

Siguiendo en este ámbito, los autores son acérrimos en afirmar que el consentimiento debe tener una vigencia temporal.

Recordemos lo que señala María Balsa cuando afirma "En definitiva, en cualquier caso, las licencias o autorizaciones otorgadas para el aprovechamiento económico de la propia imagen deberán ser interpretadas

<sup>8</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. *Ob. Cit.*

<sup>9</sup> Lamas, Daniel Mario. *Ob. Cit.* Pág 219; Balsas, María. *Ob. Cit.* Pág 125 y ss.

estrictamente, no pudiéndose admitir la cesión de derecho, ni una autorización para su aprovechamiento sin limitaciones<sup>10</sup>.

Es decir, no se puede ceder la imagen de una persona perpetuamente y para cualquier fin. Aseguran, que lo que se cede es el derecho a explotar la imagen y de manera temporal, no admitiéndose cesiones perpetuas.

**En concreto, se forma en cabeza del cedido un derecho nuevo, de carácter exclusivamente patrimonial, distinto del derecho a la imagen correspondiente a la personalidad humana, exclusivo de su único titular, el cedente.**

El inciso 2 del artículo 21 de la ley N° 9.739 dispone que el consentimiento otorgado por una persona para que explote su imagen es esencialmente revocable.

Sin embargo, existe una obligación de reparar los daños y perjuicios, para quien decida unilateral e incausadamente terminar con esta licencia.

No tenemos el agrado de compartir la posición esgrimida por la Dra. María Balsa cuando afirma "... en cualquier caso debería exigirse al retratado una justa causa o motivo razonable para el ejercicio de su derecho de revocación, en aquellos casos en los que existió un contrato que tuvo por objeto la autorización o licencia para el aprovechamiento económico de la propia imagen con su respectiva contraprestación"<sup>11</sup>.

**Diferimos de su postura, ya que, la prestigiosa Dra. omite mencionar el principio general de interpretación en derecho; "cuando el legislador no distingue no le corresponde al intérprete hacerlo". Por tanto, debemos atenernos a lo dispuesto por la citada normativa. Ella es clara y precisa, y prevé, que en caso de ejercer este derecho (potestativo, por lo que, no se necesita justa causa), el retratado deberá los daños y perjuicios.**

Por último, consideramos pertinente el reparo que pregona el Dr. Walter Howard, con respecto a la titularidad del consentimiento cuando ha fallecido la persona cuya imagen se pretende utilizar; "En efecto, si bien la autorización para una utilización de la imagen puede ser dada tanto por su cónyuge, como por sus hijos y sus padres, al legitimación varía cuando se trata de su explotación comercial, pues en ese caso, el derecho pertenece en forma exclusiva a los herederos del retratado"<sup>12</sup>.

Coincidimos plenamente con el autor citado, con la precisión, de que la expresión "retratado" debe entenderse en un sentido amplio.

## 5. LICENCIA O AUTORIZACIÓN DE USO DE IMAGEN

Para evitar equívocos preferimos que el derecho a la imagen se conceda a través de un contrato de "licencia" o "autorización", pues el término "cesión" puede confundir sobre el objeto del negocio.

El límite temporal de la "autorización" debe indicarse cuando se presta el consentimiento expreso. En ausencia de ello, corresponde aplicar el régimen supletorio previsto en el art. 32 de la ley sobre los derechos de autor que remite a los usos y costumbres. Para ello, debemos recurrir a lo que en plaza se estila y dependerá del caso concreto y del momento en que se realice la autorización.

Sin perjuicio de lo cual, frente a un eventual conflicto, quien deberá resolver será el Juez. Este último posee amplios medios a su alcance para determinar todo aquello que a la luz del contrato no se deduzca claramente.

10 Balsa, María. Ob. Cit. Pág 218.

11 Balsa, María. Ob Cit. Pág 136

12 Howard, Walter. "Derecho de la persona" Volumen I, Primera edición año 2008, Montevideo, Uruguay. Pág 193.

## 6. EL USOLÍCITO DE LA IMAGEN AJENA

El inciso 3 del art. 21 de la ley comentada en el presente trabajo, prevé que es “libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos, y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público”.

La principal duda a disipar es qué se entiende por retrato. La doctrina y jurisprudencia entienden que el término ha de referirse a la imagen exterior que brinda la persona. Ello incluye la voz, otras partes del cuerpo, y cualquier otra representación de la misma hacia el exterior.

Entendemos que la expresión “fines científicos o didácticos” no reviste mayores problemas de interpretación.

Otra duda que se plantea es qué significa el término “cultural”. En la doctrina española se han definido como fines culturales “aquellas actividades de las ciencias, de las artes, y de la docencia orientadas al mejoramiento de las facultades intelectuales y morales del hombre considerado como individuo y como miembro de la comunidad”. Se trata, en tanto se admita la referida concepción, de una noción sumamente amplia que sólo puede ser concretada a la luz de cada caso concreto.<sup>13</sup>

Coincidimos parcialmente con la posición que se expuso supra, ya que, en cuanto a la docencia, creemos que ésta debe incluirse dentro de la excepción didáctica, no cultural.

Por otro lado, en cuanto a la última excepción -acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público- no existen mayores reparos, por lo que remitimos al libro “Derecho de la Persona” del Dr. Walter Howard.<sup>14</sup>

## 7. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN: CONSECUENCIAS CIVILES Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Como última reflexión veamos qué consecuencia conlleva la violación de la normativa analizada en el ámbito civil.

En primer lugar, la comercialización, difusión o cualquier otra acción análoga de una imagen, sin autorización o abusando del consentimiento otorgado es una acción ilícita.

Como tal, pasible de acción civil. La jurisprudencia ha resuelto que las acciones a tomar en estos casos son:

- a) Responsabilidad contractual.
- b) Responsabilidad extracontractual.
- c) Enriquecimiento sin causa.

En cada caso en particular se tomarán en cuenta los elementos existentes para determinar qué acción debe proseguir.

Principales argumentos expuestos por la jurisprudencia para considerar la violación del derecho a la imagen dentro de la responsabilidad aquilina. Análisis de un caso jurisprudencial.

Resulta interesante analizar el caso que fuera sentenciado en primera instancia por la Dra. Beatriz Ventruini y en segunda instancia, por el Tribunal Civil de 3er Turno.

En oportunidad de dictar la sentencia de segunda instancia el referido Tribunal, si bien confirma la recurrida, analiza el incumplimiento desde la responsabilidad aquilina y no desde la responsabilidad contractual.

<sup>13</sup> Howard, Walter. “Derecho de la persona” Volumen 1. Primera edición año 2008. Montevideo, Uruguay Pág 194.

<sup>14</sup> Howard, Walter. “Derecho de la persona” Volumen 1. Primera edición año 2008. Montevideo, Uruguay Pág 194.

“En lo que refiere el primer agravio formulado por la recurrente, consistente en la naturaleza del ámbito de responsabilidad en que se inscribe el caso –Ley N° 9739- esta Sala comparte lo sostenido por la recurrente, difiriendo con la opinión de la distinguida a-quo.

En efecto, *no existe una obligación* que se pretenda incumplida por parte de los demandados, *sino que lo establecido en la Ley mencionada constituye un deber genérico*, expresado en la *prohibición de abusar de la imagen del sujeto, conducta que se verifica cuando el uso de la misma extravasa los límites que la misma permite y que están delineados en el art. 21.*

En consecuencia, lo que emerge de tal norma no es otra cosa que la protección de la imagen de la persona, delineando un ámbito de permiso que resulta de la lectura del inciso final de dicho artículo. Solo en casos de abuso en el uso permitido de la imagen, podrá funcionar el instituto de la responsabilidad civil: de allí que deba inscribirse en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, al no responder a la violación de una obligación legal ni convencional preestablecida.”<sup>15</sup>.

Compartimos parcialmente las afirmaciones vertidas por el Tribunal. Creemos que no podemos dar una solución genérica para todos los casos. Debemos recurrir a los hechos, para poder extraer las normas aplicables.

En el caso en cuestión, entendemos que la solución dispuesta por el Tribunal no es la ajustada.

Cierto es que el art 21 establece el deber genérico de no violentar la imagen personal. **No obstante lo cual, cuando ese deber genérico se circunscribe en un contrato deja de ser genérico y queda sujeto a las disposiciones contractuales de la materia.**

## 8. CONCLUSIONES

Quedan expuestas las últimas opiniones en materia internacional y nacional sobre el derecho a la imagen. En particular, sobre su objeto, alcance y proyecciones futuras.

El derecho a la imagen no escapa a la tendencia actual de expansión de la protección de los derechos humanos.

El desarrollo global de internet y más concretamente, el surgimiento masivo de las redes sociales pueden llevar a una nueva fuente de reclamaciones con base en el derecho a la imagen. Lo cual, en última instancia, es consecuencia de la falta de intimidad, y de la dudosa eficacia de los mecanismos de protección de ciertos derechos fundamentales en estos sitios.

La legislación debería acompañar estos cambios sociales. Cierto es, que los tiempos no son los mismos que los que dispone el Poder Legislativo, pero debe entenderse que la sociedad necesita una protección del derecho a la imagen, acorde con los cambios.

Por lo cual, debemos adaptarnos a la últimas tendencias en materia regulatoria de este derecho. He aquí, lo primordial para su entendimiento.

15 Cita Online: UY/JUR/110/2008. La ley uruguaya online.