

---

# EL DERECHO A LA IMAGEN EN DERECHO URUGUAYO

MARIANA FAGIOLI Y LUCIANA SANGUINETTI

## 1. Introducción

“La imagen es uno de los signos que individualizan físicamente a la persona dentro de la sociedad a la que pertenece, por lo que, ineludiblemente, toda persona tiene un derecho a su imagen y no puede concebirse que exista un orden jurídico civilizado que lo niegue.”<sup>1</sup>

Supone la posibilidad de que cada persona disponga de manera exclusiva de su imagen pudiendo impedir que terceros reproduzcan su retrato sin su consentimiento expreso.

Es un derecho de la personalidad que deriva de la dignidad humana. Hablar de esta categoría de derechos es reconocer el valor absoluto que posee cada persona desde el nacimiento hasta su muerte, por su sola calidad de tal.

Nuestro ordenamiento jurídico está inclinado a proteger las manifestaciones y necesidades del individuo. Dentro de este marco, la imagen encuentra su reconocimiento implícito en los artículos 72 y 332 de la Constitución, los cuales afirman que todo derecho inherente a la personalidad humana es susceptible de igual reconocimiento y protección que aquellos expresamente reconocidos.

La lesión a este derecho supone un avasallamiento a la propia personalidad, dado que priva al sujeto de decidir sobre la divulgación o no de su retrato, vulnera la libertad de hacer pública o no su identidad con relación a determinado producto (en el marco de una publicidad) o con relación a cierta información.

El artículo 21 de la ley 9.739 del 17 de diciembre de 1937, regula expresamente la situación del titular del derecho a la imagen, más allá de la protección genérica que otorga la Constitución. Por un lado, establece como principio general que la imagen de un sujeto no puede ser divulgada sin su consentimiento expreso. Dispone, a su vez, la posibilidad de que el titular revoque el consentimiento otorgado resarciendo daños y perjuicios. Por último, prevé en su inciso final una serie de hipótesis que se apartan del principio general: el denominado régimen de las publicaciones libres, donde no se requiere la autorización del retratado para la divulgación o utilización de la imagen.

El derecho a la imagen como derecho de la personalidad se encuadra dentro de las características de estos últimos. No obstante, siendo el retrato de una persona la expresión exterior de la misma se entiende que es susceptible de apreciación pecuniaria. Sin perjuicio, el hecho de disponer de la imagen no supone la enajenación definitiva, dado que el titular conserva la facultad de otorgar a un tercero la posibilidad de servirse de ella, ajustándose a los límites previstos legalmente.

---

1 HOWARD, Walter, *Derecho de la Persona*. Vol. 1, 2ª edición, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2016, pág. 247

La regulación de este tipo de derechos tiende a no ser detallada, con el objetivo de abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles. Regularlos de manera minuciosa no permitiría su real protección, teniendo que renovar constantemente la normativa, ya que la aparición de nueva tecnología trae consigo diversas maneras de lesionar esta especie de derechos. Como consecuencia de lo expuesto, la jurisprudencia cumple un rol esencial en la aplicación de la escasa normativa existente a los casos concretos, además de tener que realizar un trabajo de interpretación de los distintos conceptos y determinar el alcance de cada uno de los derechos.

Como consecuencia de la débil regulación se genera en la jurisprudencia un terreno propicio para la aplicación de criterios muy diversos.

Nos proponemos, en el presente artículo, lograr una cierta uniformidad de los distintos enfoques jurisprudenciales, resaltando las coincidencias y disidencias.

## 2. Utilización lícita de la imagen ajena: consentimiento del titular

Que la imagen sea susceptible de explotación económica hace posible ceder temporalmente el propio retrato para que un tercero lo utilice con fines lucrativos. Pero, para que dicha actividad sea lícita se requiere el consentimiento del titular del derecho. De lo contrario, cuando existe un aprovechamiento de la imagen ajena sin la correcta autorización, estamos frente a un supuesto de uso indebido de la imagen, que posiblemente genere responsabilidad civil. La ley establece como principio que el retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la misma.

Según lo establece Gamarra, en los casos de consentimiento expreso la intención se deriva directamente del comportamiento del sujeto, mientras que en las hipótesis de consentimiento tácito dicha intención se deduce indirectamente del actuar del individuo, siendo necesario acudir a un razonamiento deductivo. Si bien la ley exige consentimiento expreso, no requiere que este sea otorgado por escrito.

Se discute en la jurisprudencia si la actitud de posar ya configura el consentimiento expreso requerido por la ley. En el caso Hotel Balmoral, un empleado del hotel es fotografiado a los efectos de hacer publicidad de los servicios brindados en el lugar. Con posterioridad, el recepcionista se desvincula del Hotel Balmoral y comienza a trabajar en otro hotel, donde se le formulan observaciones porque su imagen seguía figurando en publicidades referidas a su antiguo lugar de trabajo. El empleado acciona contra Hotel Balmoral entendiendo que su imagen fue utilizada sin su autorización para fines propagandísticos. En primera y segunda instancia por el T.A.C.<sup>7°</sup> T., se desestima la demanda, negando la existencia de un hecho ilícito. Ambos tribunales sostuvieron que el trabajador consintió expresamente la toma fotográfica una vez que posó, y que luego de su desvinculación no planteó ninguna exigencia referida al cese de la utilización de dicha imagen.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sent. del T.A.C. 7°T., 24 de mayo de 1993, caso "Hotel Balmoral". Comentada en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T XXXXII, Montevideo, FCU, 2012, pág. 597

“En el caso Hotel Balmoral se entendió que la actitud del retratado de posar voluntariamente frente a una cámara que es acompañada por el conocimiento de que el destino del retrato es su difusión, permite concluir que el comportamiento del retratado traduce una manifestación directa de la voluntad, que en este caso consistía en la exhibición publicitaria de la imagen de un empleado en la recepción del hotel para el cual este trabajaba”.<sup>3</sup>

Mientras que en otro caso jurisprudencial se consideró que la actitud de posar no importaba consentimiento expreso. En dicho caso, la pretensión movilizada tuvo lugar a raíz de una publicación realizada por el Diario El País S.A., en una sección de dicho periódico, donde se trató la temática de la enseñanza en los establecimientos carcelarios. En la misma figuraban entrevistas realizadas a reclusos, incluida la realizada a la parte actora, que se titulaba como “Juntos, Eduardo y su maestro, también preso”, acompañada de un retrato de ambos (el maestro y su alumno). El accionante no negó que la información publicada no fuera veraz, sino que alegó no haber consentido la difusión de la fotografía y que, la forma en que la misma fue realizada, vulneró su derecho a la imagen, entre otros.<sup>4</sup>

El tribunal integrado entendió que no se probó, por la parte demandada, que el actor hubiere brindado su consentimiento para la difusión de su fotografía. A diferencia del caso Hotel Balmoral, se sostiene que no se puede tener por acreditado el consentimiento expreso por la sola presencia del actor en las fotos.

El consentimiento requerido debe ser brindado por el mismo titular del derecho. En su defecto, en caso de fallecimiento de este, debe ser otorgado por su cónyuge, hijos o progenitores.

En un caso patrio la parte actora, Milton Wynants, acciona contra el Banco Santander por uso indebido de su nombre. El banco utilizó el nombre del famoso ciclista en un cartel que, según ellos alegan, era de bienvenida. El problema surge porque en dicho cartel se incluyó el logo y el isotipo del Banco Santander, por lo que según entiende el actor, la entidad bancaria estaría lucrando con su nombre sin su autorización.<sup>5</sup>

El T.A.C. 6° T. sostiene que el nombre constituye una forma de identidad, de individualización de la persona humana y que, por lo tanto, merece idéntica tutela que la imagen. Si bien el caso no refiere específicamente al derecho de imagen, es interesante analizar como el tribunal analiza el tema del consentimiento.

La parte demandada sostiene que el consentimiento fue brindado por los padres del actor de manera tácita, lo cual no resultó admitido por el tribunal. Más allá de que es cuestionable en el caso, que los padres de Wynants hubieran brindado el consentimiento para la utilización del nombre, ya que de los hechos no se desprende ni siquiera indirectamente la autorización necesaria, éstos tampoco estaban habilitados para hacerlo, siendo Wynants el único que tenía la potestad de brindarlo y de manera expresa.

3 BERDAGUER MOSCA, Javier, “Utilización de la imagen con fines informativos” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T XXXXII, Montevideo, FCU, 2012, pág. 597

4 Sent. del T.A.C. 2° T., de 2 de marzo de 2011, en el caso “WOLF AIR c/ DIARIO EL PAIS S.A.”.

5 Sent. del T.A.C. 6° T., de 29 de octubre de 2007, en el caso “Wynants, Milton c/ Banco Santander S.A.”

También implica una violación al derecho a la imagen la utilización de un retrato excediendo la autorización concedida por su titular, esto es, utilizarla para un destino o fin distinto para el cual fue solicitada. En un caso resuelto por el T.A.C 6°, Sandra Cao en el año 1999, embarazada en ese momento, fue fotografiada y entrevistada por el diario El País, con el fin de realizar una nota que tenía como tema principal los primeros bebés que nacerían en el año 2000.<sup>6</sup>

Posteriormente, el diario El País volvió a utilizar la foto de Sandra Cao en otros artículos referidos a distintos temas, tales como; el embarazo adolescente, las técnicas de reproducción asistidas y la importancia de las vitaminas y minerales durante el embarazo. Estos temas nada tenían que ver con la realidad de Sandra ni de su esposo. Si bien ella había consentido la publicación de su foto en un primer momento, junto con la entrevista que se le había realizado, las posteriores publicaciones de su imagen fueron realizadas sin su consentimiento.

En función de lo visto, podemos concluir que, cuando se brinda consentimiento para un determinado uso, eso no habilita a interpretar ese consentimiento de manera extensiva y emplear el retrato para otros fines no autorizados.

En tal sentido, podemos referirnos a un caso publicado en La Justicia Uruguaya. El mismo refiere a la grabación en video que realizó Radio Monte Carlo S.A a los actores en oportunidad del festejo tradicional navideño en un lugar gastronómico. En ese momento se hizo presente el personaje "LEO" (cuya figura se asociaba a un programa televisivo emitido en nuestro país bajo el nombre de "Video Match"), siendo que los actores celebraron dicha presencia con saludos y canticos varios.<sup>7</sup>

La parte demandada hizo uso de la grabación en video para promocionar un nuevo programa radial, que contaba como figura al referido "Leo" y cuya publicidad rezaba "*Así recibió a Leo la gente de Uruguay (grabación referida). Usted recíbalos las tardes de verano. CX20 Monte Carlo. 9.30 AM*". La parte actora consintió la grabación referida, pero el punto central está en determinar si el uso posterior de esa grabación, para los fines de publicidad del programa radial de la parte demandada (que en el momento en que se produce la grabación no se les refiere a los actores), es o no un proceder ilícito.

La parte demandada alega que existió consentimiento por parte de los actores. Entiende que, al participar los jóvenes de manera activa en el video, consintieron tácitamente su uso posterior, agregando a su vez, que dicho video fue grabado en un lugar público y muy reconocido (aspecto que tampoco autoriza un uso deliberado de la imagen). El T.A.C. 3° T. en mayoría sostiene que, si bien los jóvenes accedieron a participar del video, no autorizaron que el material obtenido fuera aplicado con fines comerciales, para lo cual se requiere un consentimiento expreso, que en el caso no existió. Como mencionamos anteriormente, el consentimiento brindado para un destino no puede interpretarse de manera extensiva, y, una vez que se obtiene el retrato de una persona, no puede utilizarse por quien lo posee de manera arbitraria o más allá de los límites que el propio retratado fijó.

6 Sent. del T.A.C. 6° T., de 20 de diciembre de 2007, en el caso "Cao, Sandra y otro c/ EL PAIS S.A."

7 Sent. del T.A.C. 3° T., de 19 de marzo de 2004, en el caso "Oroña, Jose Maria, y otros c/ Radio Montecarlo S.A.", pub. en la LJU CXXXII, caso 15.090

En la misma línea, en otro caso de nuestro país, Magela Buysan acciona contra el diario El País, en virtud de que se afectó su derecho a la imagen. La actora fue fotografiada, con su consentimiento, en la feria de “Villa Biarritz”, apareciendo su fotografía en la sección sociales de la revista “Paula” del periódico demandado. No obstante, con posterioridad y sin su consentimiento, la imagen fue utilizada para promocionar la venta de la mencionada revista, mediante spots publicitarios en televisión y avisos en dicho diario.<sup>8</sup>

El demandado considera que no existió un hecho ilícito en la utilización del retrato, debido a que medió consentimiento de la parte actora. El TAC 6° T. entendió que, si bien existía consentimiento para que la imagen fuera publicada en la sección referida a aspectos sociales de la revista, eso no significaba que pudiera ser utilizada con fines propagandísticos.

### 3. Uso lícito de la imagen ajena sin consentimiento del titular: régimen de las publicaciones libres

En la ley 9.739 se prevé una serie de excepciones al principio general: esto es, que para la utilización de la imagen ajena se requiere la autorización del titular del derecho. Se trata de una serie de hipótesis donde prevalece el interés general de la comunidad, al público conocimiento o información, por sobre el derecho a la imagen de un individuo en particular. Se permite por nuestro ordenamiento, entonces, utilizar la imagen ajena sin previo consentimiento cuando se persiga un fin científico, didáctico y en general cultural o se trate de hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público. La interrogante consiste en saber qué situaciones se encuentran comprendidas dentro de las mencionadas excepciones.

Que el derecho a la imagen pase a un segundo plano se explica teniendo en cuenta que, “...solo se sacrifica el derecho de la personalidad del retratado cuando por sobre el mismo deba predominar el fin social de información”<sup>9</sup>. Debido a que el derecho imagen está protegido constitucionalmente, las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva.

**3.1. Fines científicos.** Debe entenderse que el empleo de algunas imágenes es necesario para ilustrar ciertos fenómenos científicos, lo que determina la razón de ser de esta excepción. No obstante, existen ciertos límites, teniendo en cuenta que se trata de un derecho de la personalidad; por lo que, la imagen utilizada no debe ser ofensiva y se debe evitar que el sujeto sea identificado si esto no es estrictamente necesario. Se debe tener “tacto y prudencia para equilibrar los derechos en juego, porque es muy delicada y fina la materia que se manipula”.<sup>10</sup>

**3.2. Fines didácticos.** El fundamento de esta excepción se encuentra en la posibilidad de aumentar los conocimientos de la población, se busca facilitar el acceso a los mismos.

8 Sent. del T.A.C. 6° T., de 5 de diciembre de 1997 en el caso “Buysan Magela c/ El País S.A.”, pub. en LJU, caso 13.475

9 GAMARRA, Jorge, “Licitud de la publicación sin consentimiento del retratado de fotografía tomada en público” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Nro.13, Montevideo, FCU, 1983, pág. 115.

10 BALSACADENAS María, *Algunas cuestiones sobre el Derecho a la Imagen*. 1ª edición, Montevideo, FCU, 2001, pág. 205

Sin embargo, el T.A.C. 2° T., interpretó de manera restrictiva esta excepción al resolver el caso Nro. 362/2007, donde la parte actora reclama una indemnización por daño moral por uso indebido de la imagen, en virtud de que la parte demandada, Disma SA, utilizó la imagen de Obdulio Varela en la carátula y en el tablero del juego de mesa “Trivia Royal Uruguay” sin el consentimiento de sus familiares, estando este fallecido.<sup>11</sup>

La parte demandada entendió que no era necesario el consentimiento de los familiares, ya que la utilización de la imagen se hizo con fines culturales, principalmente educativos, por lo que se encontraría dentro del régimen de las publicaciones libres.

El tribunal concluye que la naturaleza del juego de mesa “Trivia Royal Uruguay” es esencialmente recreativa y no didáctica, más allá de que su contenido sí lo sea. Agrega que la finalidad primordial detrás de la utilización de la imagen de Varela, tanto en la caratula como en el tablero del juego, es obtener ganancias y no hacer un aporte a la cultura nacional, lo cual podría ser hecho de otra manera. Por lo tanto, la publicación de la imagen no entra dentro de las eximentes proporcionadas por la ley, lo que hace necesario el consentimiento de los familiares del retratado.

**3.3. Fines culturales.** En esta hipótesis se encartan las actividades destinadas al mejoramiento de las facultades intelectuales y morales del hombre considerado como individuo y como miembro de la comunidad.

En un caso nacional, la parte actora, Orfilia Matilde Martínez, reclama una indemnización a Barreiro y Ramos S.A por el uso de su imagen en la tapa de cuadernos escolares, imagen que fue tomada mientras ella interpretaba al personaje de “Mamá Vieja” en el desfile de Carnaval. Considera que se utilizó su imagen sin su consentimiento para un fin publicitario.<sup>12</sup>

La Sala entiende, al igual que el tribunal de primera instancia, que la actora al participar de este tipo de acontecimientos estaría “renunciando a su propia intimidad”, ya que la fotografía tuvo lugar en público, dentro de una actividad típicamente abierta, y que, además se trata de la interpretación de un personaje típico de nuestra cultura y la identidad de la actora se mantiene en anonimato.

Gamarra, al analizar el fallo, consideró que los fundamentos de la resolución debieron ser otros. No debe perderse de vista que el hecho fotografiado forma parte de una de las manifestaciones culturales de nuestro país, que además el retrato se imprime en un cuaderno destinado a los educandos, y que por último esa imagen había sido utilizada previamente en un folleto destinado a fomentar el turismo y el conocimiento de nuestra cultura. Por lo tanto, el derecho a la imagen siendo un derecho de la personalidad, en principio absoluto, solo puede ceder frente al derecho de la población a informarse y educarse. La publicación no viola el derecho a la imagen, sus fines primordiales no son de lucro, persigue principalmente fines educativos y de conocimiento sobre eventos culturales de nuestro país.

11 Sent. del T.A.C. 2° T., de 12 de diciembre de 2007, en el caso “Muiños Keppel, Marta, Catalina y otros c/ Disma S.A”.

12 Sent. del T.A.C. 2° T., de 26 de abril de 1982, en el caso “Martínez, Orfilia Matilde c/ Barreiro y Ramos S.A.”, pub. en *Anuario de Derecho de Civil Uruguayo* Nro. 13



**3.4. Hechos o acontecimientos de interés público.** Como advierte Lamas, este punto debe estudiarse en una doble perspectiva. Por un lado, el acontecimiento de interés público debe concernirle a la población, así como los son, por ejemplo, las noticias sobre personas desaparecidas, o *identikit*. En este sentido, se observa un hecho que es reclamado o aceptado por la comunidad. Pero, por otro lado, el fenómeno debe ser valorado desde una perspectiva objetiva, y destacar la importancia que el hecho reviste para la sociedad, excluyendo la posibilidad de que la noticia sea fruto de la curiosidad malsana.<sup>13</sup>

Así, en uno de los primeros casos donde es reconocido el derecho a la imagen, el caso Longo vs FUNSA, la parte demandada se defiende amparándose en la eximente de interés público. Longo fue protagonista de un accidente mientras trabajaba en las canteras, donde dos de sus compañeros perdieron la vida, mientras que él resultó ileso. Al lugar asistieron un número importante de medios de prensa, los cuales tomaron una serie de fotografías del accidente. Pocos días después del acontecimiento, la empresa FUNSA utilizó las fotos tomadas a Longo, así como su nombre, para un aviso publicitario, sin la autorización de este. En el aviso publicitario se remarcaba que Juan Longo se había salvado del accidente porque utilizaba zapatillas con suela de goma Incal Vulcanizadas, producidas por FUNSA. El actor reclama daño moral ya que este hecho lesionó su derecho al nombre y a la imagen, además de afectarle en sus relaciones, ya que parecía que había utilizado la tragedia sucedida para conseguir un provecho económico.<sup>14</sup>

La parte demandada consideró que simplemente se limitó a reproducir la imagen y la información brindada por los periódicos y que era de interés de la población saber que las botas de goma podían evitar accidentes fatales.

En primera instancia el tribunal entendió que el aviso publicitario fue realizado en violación al artículo 21 de la ley 9.739. El poner en el comercio un retrato no solo implica la venta de la imagen reproducida en retratos, sino que también incluye el aprovechamiento de la imagen con fines de propaganda o publicidad comercial. Para el tribunal prima por sobre la finalidad de informar, la finalidad de lucrar con el aviso publicitario, por lo que existiría responsabilidad de FUNSA.

En 2da. instancia el tribunal revocó la sentencia de primera instancia por entender que el daño moral no era resarcible, mientras que en 3ra. instancia (vigente en la época) se reconoció el daño moral como resarcible, pero se entendió que este no resulto probado.<sup>15</sup>

Así también en el caso 179/2007 la parte demandada intentó ampararse en el régimen de las publicaciones libres, alegando interés público. El Diario "La República" publicó la fotografía de dos menores de edad, con el título "Niños Ratas en el Uruguay – el drama de la desnutrición infantil". La fotografía fue tomada sin autorización de los progenitores, sosteniendo la madre que, a raíz de ella, los niños fueron objetos de insultos y discriminaciones tanto en la escuela como en el barrio, destacando en especial que les gritaban

13 LAMAS, Mario Daniel, *Derecho de la personalidad y explotación de la apariencia humana*. Montevideo, Editorial CIKATO Abogados, 2004.

14 Sent. de Juzgado Letrado de primera instancia en lo civil de 6° T°, de 7 de abril de 1954, pub. en LJU, tomo XXIX.

15 Sent. de Tribunal de Apelaciones de 1° T°, de 29 de agosto de 1955, pub en la LJU tomo XXXI

Sent. de la SCJ nro° 5017, de 24 de setiembre de 1956

“ahí vienen los rata”. Luego de dicha publicación, y a pesar de la expresa oposición de la madre de los menores, volvieron a utilizarse las imágenes en un artículo inserto en el periódico titulado “mama estoy muriendo, Bien m’hijito”.<sup>16</sup>

La parte demandada cuestionó la imputación de responsabilidad a su parte, por entenderse amparada dentro del régimen de las publicaciones libres, de donde se deriva que la publicación de la foto de los niños es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales o de interés público, sosteniendo además que las fotografías fueron tomadas en un lugar público, que no se individualizó el nombre de los niños, y que no se les vinculó con el tema investigado.

El tribunal entendió que es cierto que la norma autoriza la publicación del retrato cuando se relaciona con tales fines, aunque no es menos cierto que una publicación en un periódico no se inserta, en principio y por definición, en esos fines.

Se entiende que, si bien se trata de tema de interés público, como lo es la desnutrición infantil, no pueden soslayarse los términos utilizados en la titulación del artículo “niños rata” y menos, con posterioridad, publicar la foto de menores y aludir a la higiene de los mimos.

En este sentido, se entiende que **esa** foto, de **esos** niños no tenía suficiente relación con el hecho de interés público, entendiéndose que los menores no formaban parte del grupo de niños marginales a los que refería el artículo. En conclusión, no era necesario para el fin de informar sobre un tema de interés público (la desnutrición infantil) el empleo de las referidas imágenes. El fin podía ser logrado prescindiendo de la exhibición de las fotos de los niños. Este criterio es el denominado principio de necesidad, utilizado reiteradas veces en nuestra jurisprudencia.

Igual criterio fue utilizado en el caso de Sandra Cao vs El País S.A., mencionado anteriormente, donde la parte demandada consideraba que no era necesario el consentimiento de la actora, debido a que la publicación del retrato estaba vinculada con fines científicos, didácticos y en general, culturales. El tribunal, por el contrario, otorgando la razón a la parte actora, entendió que la publicación de dicha foto **no era necesaria para cumplir con el fin científico, didáctico o cultural** que alegó la parte demanda. Concluyendo que no existía necesidad de utilizar la imagen de la parte actora sacándola de contexto, pudiendo utilizar otros medios para cumplir con el fin perseguido (no utilizar foto ilustrativa, contratar a otra mujer o simplemente pedir su consentimiento).

“De cuanto venimos de exponer podemos concluir que la jurisprudencia uruguaya mayoritaria no se conforma fácilmente con cualquier clase de “relación” entre la publicación de un retrato y el interés público de una información ; antes bien , en varios casos se ha exigido a los medios de comunicación la carga de probar que existe una “necesidad” de utilizar la imagen o bien la acreditación de un interés público en la di-

16 Sent. de T.A.C. 7° T., de 27 de agosto de 2007, en el caso “DIAZ ACUÑA, FLOR DE LIZ c/ Diario La República S.A.”



fusión de la imagen , en forma adicional o independiente al interés general que pueda tener la información”.<sup>17</sup>

**3.5. Hechos que fueran realizados en público.** Si bien nuestra jurisprudencia en varias ocasiones ha entendido que el hecho de participar en eventos públicos o típicamente abiertos impide que la persona retratada pueda hacer valer su derecho a la imagen, consideramos que dicha postura es equivocada. Quienes apoyan esta tesis están confundiendo el derecho a la imagen con el derecho a la intimidad, dos derechos que pueden ser lesionados por un mismo hecho, pero que mantienen autonomía. El participar en eventos públicos hace que el sujeto renuncie a su derecho a la intimidad, pero no a su derecho a la imagen. En el caso Longo vs FUNSA podemos apreciar claramente como Longo es parte de un acontecimiento que tiene lugar en un espacio público (accidente fatal para sus compañeros) y más allá de esto, su derecho a la imagen fue igualmente lesionado, utilizando su retrato sin su consentimiento para una publicidad. Por lo tanto, el hecho de participar de un acontecimiento público no habilita el libre uso del retrato por un tercero.

Así, en el caso ya mencionado “Mama vieja”, el tribunal en 1era y 2da instancia sostuvo que el participar de ese tipo de eventos típicamente abiertos, como es el carnaval, implicaba renunciar a su intimidad, lo que impedía hacer valer a su vez, su derecho a la imagen. Si bien compartimos el fallo, no así sus argumentos. La razón del fallo puede estar en los fines educativos o culturales de la publicación del retrato o en el anonimato que mantiene la retratada al interpretar un personaje, pero no en la participación de la actora en el carnaval. Es esencial reconocer la autonomía de ambos derechos, de manera de resolver los conflictos diarios que se plantean en torno a ellos.

Como expresa Gamarra, mientras que el derecho a la imagen protege la representación de los elementos físicos de la personalidad, la intimidad protege el derecho a llevar una vida familiar o privada, vedada a la indiscreción de los terceros.

Reafirmando nuestra postura, podemos citar el caso Nro. 39/2012. En el mismo se realiza un spot publicitario, por parte de la empresa Brocos S.A, comercializadora de los preservativos Preventor, donde aparece la imagen de varios funcionarios del Poder Legislativo intentando separar a los protagonistas de un altercado a golpes de puño ocurrido en plena sesión de Cámara. A continuación de dicha imagen aparece la frase “Por un mundo más relajado”.<sup>18</sup>

En dicho caso, el T.A.C. 4º T. concluyó que la difusión de la imagen no tuvo fines científicos, didácticos, o culturales, ni se confunde con un acontecimiento de interés público como fue alegado por la parte demandada. Como conclusión se puede decir que “el ingreso a la vía publica determina que ya no podrá alegarse un derecho a la intimidad, porque este solo es concebible en la vida privada. Pero de ello NO se deduce que la persona pierda todo derecho a su imagen, ya que este no está indisolublemente ligado a su vida reservada o secreta, ni se confunde con esta.

17 BERDAGUER MOSCA, Javier, “Utilización de la imagen con fines informativos” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T XXXXII, Montevideo, FCU,2012, pág. 603

18 Sent. De T.A.C. 4º T., de 28 de febrero de 2012, en el caso “Cova Mottola, Carlos Luis, y otros c/ Brocos S.A.”

#### 4. Daños que genera la lesión al derecho a la imagen: diversas posturas en la jurisprudencia

El daño consiste en las consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión a un derecho o un interés jurídicamente protegido. El derecho a la imagen consagrado constitucionalmente claro está, cumple con este presupuesto. Nuestra jurisprudencia es prácticamente unánime a la hora de reconocer el daño patrimonial que se produce por la lesión del derecho a la imagen, es decir, la ganancia que se le privó al sujeto de obtener cuando se lucró con su retrato sin su autorización. En cambio, si bien se entiende que la lesión al derecho en cuestión puede generar un daño moral, existen dos posturas definidas en cuanto a la acreditación del mismo. Mientras que la mayor parte de la jurisprudencia entiende que el daño requiere prueba concreta, otro sector minoritario entiende que estamos frente a una hipótesis de daño moral *in re ipsa*. Esta discusión toma trascendencia en cuanto a la acreditación del daño, sin el cual no puede existir responsabilidad, ya que configura uno de sus elementos según lo dispone el artículo nro. 1319 del Código Civil.

**4.1. Daño patrimonial.** Existe acuerdo en la jurisprudencia en cuanto a que la lesión al derecho a la imagen es susceptible de generar un daño de carácter patrimonial. Como sostiene Gamarra “puede existir un daño patrimonial, ya que el retrato es comercializable, esto es, permite la difusión a cambio de una remuneración. Hay aquí un valor que se quita al titular de la imagen, y que es aprovechado por el sujeto que se apropia del retrato”.<sup>19</sup>

Los tribunales sostienen que, el uso indebido de la imagen por un tercero con fines publicitarios genera una pérdida de ganancia para el titular del derecho. De modo que, es posible una reclamación por lucro cesante, cuyo monto se determina teniendo en cuenta la suma que hubiera percibido el retratado si hubiera sido regularmente contratado.

**4.2. Daño moral.** Como mencionamos anteriormente, si bien la jurisprudencia admite el daño moral, se observan dos posturas a los efectos de acreditar su existencia.

Por un lado, la jurisprudencia mayoritaria exige prueba concreta a los efectos de probar el daño, haciendo más exigente la actividad probatoria de la víctima, la que se vuelve, en algunos casos, muy difícil. En tal sentido, en el caso Sandra Cao vs El País SA, el tribunal entendió que el daño moral no resultó probado. Si bien puede existir una cierta molestia causada por las bromas de las que fue víctima la actora, estas no llegaron a **menoscabar su imagen social, ni perturbar su vida en relación**. Por lo que se concluyó que no existió daño moral resarcible, debido a que este no se prueba *in re ipsa* por el simple hecho de la utilización indebida de la imagen. Criterio también utilizado por nuestra jurisprudencia en el caso 293/2007, “Milton Wynants Vs Banco Santander”.

Los casos 13.980, “Orfilia Matilde c/ Barreiro y Ramos S.A” y 50/17 “Longo Vs FUNSA” (en 3era. Instancia, vigente en la época), al ser primeros en el tiempo, el criterio utilizado no se conceptuaba aun como “menoscabo a la imagen social o perturbación a la

<sup>19</sup> BERDAGUER MOSCA, Javier “Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen: daños resarcibles y pena civil”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. II, Montevideo, FCU, 2014, pág. 22.

vida en relación”, pero no hay duda de que los tribunales de la época seguían la misma línea para indemnizar a la víctima. Exigían prueba concreta del daño moral y requerían cierta entidad para considerarlo como resarcible, no siendo suficiente la simple molestia.

Por otro lado, existe una postura jurisprudencial minoritaria que sostiene que utilizar indebidamente la imagen ajena, consecuentemente lesiona la dignidad de la persona, lo que repercute en sus intereses espirituales y afecciones legítimas. En otras palabras, si hay un derecho a oponerse a la publicación injustificada de la imagen, su violación importa por sí misma un daño moral, que está constituido por el disgusto de ver la propia personalidad avasallada.<sup>20</sup>

El daño *in re ipsa* entonces, podría definirse como una presunción, de la cual parte el juez, de que el daño moral existe, basándose en la naturaleza del acto ilícito y en los derechos lesionados (derechos de la personalidad).

Esta postura es recogida en pocos fallos jurisprudenciales. Uno de los fallos más destacados, es el dictado por el juez de primera instancia en el caso Longo vs FUNSA, que luego fue revocado en 2da. y 3ra. instancias. En dicho caso el juzgador sostuvo que el daño se encuentra en la misma transgresión contra el respeto debido de la personalidad del individuo retratado sin su autorización. Es decir, el simple hecho de no respetar o lesionar el derecho que tiene cada persona de disponer a su arbitrio de su imagen, ya configura una hipótesis de daño, sin tener la necesidad de probar otras consecuencias dañosas. El tribunal fue partidario de que la violación a los derechos de la personalidad, tales como la imagen y el nombre, configuran un supuesto de daño moral *in re ipsa*.

Así también en el caso 362/2007 Muiños Keppel, Marta Catalina contra Disma S.A, el T.A.C 2ºT. se adhirió a esta postura, existiendo una diferencia respecto al resto de la jurisprudencia. La Sala consideró que existe un daño moral *in re ipsa* provocado por la utilización no autorizada de la imagen, por lo que acoge la pretensión de la parte actora.

A nuestro entender, la postura minoritaria de la jurisprudencia acerca del daño moral otorga una mayor protección a la víctima, la cual, de no ser por la presunción en su favor, debería acreditar sufrimientos padecidos en su fuero interno, siendo muy difícil probar la responsabilidad del demandado.

Ahora bien, más allá de las características que rodean el caso en concreto, las circunstancias en la que se desarrollan los hechos, o la lesión simultánea de otros derechos, es innegable que, en muchos casos, no se reconoce la verdadera trascendencia que merece el derecho a la imagen, a la hora de considerar el daño que se deriva de la lesión al mismo. Esto es, “si hay un derecho a oponerse a la publicación de la imagen con independencia de perjuicios materiales, su violación importa, por sí sola, un daño moral, que está constituido por el disgusto de ver la personalidad avasallada”<sup>21</sup>, siendo tal fundamento no tenido en cuenta usualmente por los tribunales nacionales.

20 Balsa Cadenas, María, *op.cit.*, pag 183.

21 Lamas, Mario Daniel, *op.cit.*, pág.214

## 5. Conclusiones

Podría entenderse que el consentimiento brindado por el titular del derecho a la imagen, opera como una causa de justificación en la medida en que habilita a lucrar con la imagen ajena sin incurrir en responsabilidad. La utilización de la imagen sin consentimiento de su titular implica una lesión a la dignidad humana, un avasallamiento de la propia personalidad, teniendo en cuenta que el derecho a la imagen es de rango constitucional.

Nuestra jurisprudencia exige un consentimiento expreso, brindado por el titular y estando este fallecido, por sus familiares. No existe un criterio uniforme en cuanto a si la actitud de posar importa consentimiento expreso. Mientras que en algunos fallos la actitud de posar se entendió como consentimiento expreso (como sucedió en el caso Hotel Balmoral), en otros no se compartió dicha postura (caso WOLF AIR c/ DIARIO EL PAIS). En cambio, existe prácticamente uniformidad en cuanto a la prohibición de interpretar el consentimiento dado para un determinado uso de manera extensiva.

La regla general es la necesidad de obtener la autorización del retratado. Sin embargo, existen situaciones donde este consentimiento no es requerido. En dichas situaciones se hace primar el interés general (de información) sobre el individual, cuando la comunidad se ve notoriamente beneficiada con la difusión de la imagen en cuestión. Ya sea que, permita aumentar los conocimientos de la población, que refiera a temas que son de interés general, que permita facilitar una determinada investigación científica, etc.

La jurisprudencia tiende a interpretar de manera restrictiva estos conceptos, ya que se entiende que limitan un derecho constitucionalmente reconocido. Se debe demostrar por el demandado, que existe un claro fin de interés general, por sobre el fin de obtener ganancias con la utilización de la imagen.

En relación con la acreditación del daño moral, compartimos la postura que sostiene que el daño moral no requiere prueba concreta, que debe presumirse su existencia, a los efectos de no volver imposible la actividad probatoria de la víctima. Teniendo en cuenta que, es muy difícil en todas estas hipótesis acreditar un padecimiento que tuvo lugar en el fuero interno del sujeto.