

00721
429



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

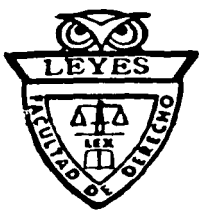
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A:
JUAN CARLOS JAIME VILLAR



MEXICO, D.F.

2003.

A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

JORGE MIER Y CONCHA
ABOGADO
CEDULA PROFESIONAL 1706549

México, D.F. a 25 de Julio de 2002

Dr. DAVID RANGEL MEDINA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS
Y DERECHOS DE AUTOR
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E

Estimado Doctor Rangel:

Fue sometido a mi consideración por parte del alumno **JUAN CARLOS JAIME VILLAR**, el proyecto de capitulado denominado "DERECHO A LA PROPIA IMAGEN", conjuntamente con la justificación y bibliografía básica necesaria.

Después de revisar dicho proyecto y realizar diversas modificaciones al mismo, lo he aprobado, al considerar que su estudio es meritorio, ya que presenta un análisis detallado de la protección actual del derecho a la imagen, sus características y limitaciones.

En consecuencia y a petición expresa del alumno, acepto fungir como asesor en el mencionado trabajo recepcional, solicitando atentamente me sea reconocido tal carácter ante el Seminario que Usted dirige. De la misma forma, después de calificar y discutir el proyecto de capitulado, lo he considerado adecuado y suficiente para la investigación que se realiza, otorgando mi visto bueno.

Sin más por el momento, estoy a sus órdenes para cualquier comentario respecto a este asunto, enviándole un cordial saludo,

Atentamente,

POR MIRAZA HABLARA EL ESPÍRITU

Lic. Jorge Mier y Concha Segura

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Juan Carlos Jaime Villar

FECHA: 8 de diciembre de 2003

FIRMA: Jorge Mier y Concha Segura

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**JORGE MIER Y CONCHA SEGURA
ABOGADO
CEDULA PROFESIONAL 1706549**

México, D.F. a 1º de Octubre de 2003

**DR. DAVID RANGEL MEDINA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
PATENTES MARCAS Y DERECHOS DE AUTOR
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E**

Estimado Doctor Rangel:

El pasante en derecho **JUAN CARLOS JAIME VILLAR**, ha elaborado en este seminario y bajo la dirección del suscrito, la tesis intitulada "**DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**".

Después de revisar la misma, y toda vez que el pasante referido ha cumplido con las horas de investigación necesarias, me permito aprobar su proyecto, al considerar que ha cubierto los requisitos esenciales del Reg'amento de Exámenes Profesionales. En virtud de lo anterior, y previa su revisión, atentamente le solicito, se sirva entregar la constancia respectiva a fin de que se le autorice realizar los trámites para la presentación de dicho examen.

Sin más por el momento, estoy a sus órdenes para cualquier comentario respecto a este asunto, enviándole un cordial saludo,

Atentamente,

POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU

Lic. Jorge Mier y Concha Segura
Profesor de Propiedad Intelectual

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

C



SECRETARÍA NACIONAL
DE EDUCACIÓN PÚBLICA

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE PATENTES, MARCAS Y
DERECHOS DE AUTOR.

21 DE NOVIEMBRE DE 2003

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE
SERVICIOS ESCOLARES
P R E S E N T E .

El pasante de Derecho señor **JUAN CARLOS JAIME VILLAR** ha elaborado en este seminario bajo la dirección del **DR. DAVID RANGEL MEDINA**, la tesis titulada:

“DERECHO A LA PROPIA IMAGEN”

En consecuencia y cubierto los requisitos esenciales del Reglamento de Exámenes Profesionales, solicitan a usted tenga a bien autorizar los trámites para la realización de dicho examen.

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”

DR. DAVID RANGEL MEDINA
DIRECTOR DEL SEMINARIO.

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración de examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

DRM*amr.



0

A DIOS

Por el Amor que ha hecho de mi Vida la más hermosa melodía, la cual te dedicare por Siempre...de todo corazón: Mil Gracias.

A MIS PADRES

Pascual y Edith, este es un logro no sólo mio sino suyos también. Sin Ustedes no sería lo que soy. Gracias por su Apoyo, su Comprensión, su Paciencia, su Ejemplo, su Tiempo, su Amor y mil cosas más; pero lo que es más importante para mí: ¡Gracias por ser los Mejores Padres del Mundo! La Eternidad no me bastaría para agradecerles.

A MIS HERMANOS

Edgar, Alí y Alberto. Ahora establezco una marca, la cual se que Ustedes con mucha preparación, dedicación y esfuerzo dejarán muy atrás. Estoy orgulloso de que sean mis Hermanos.

A LA MEJOR ABOGADA DEL MUNDO

Noemí Gracias por haberme ayudado a escoger el camino del Derecho y por haberme enseñado a caminar en él.

A MI ABUELITA Y TÍA

Conchita y Dalia. Ustedes junto con Noemi son como mis segundas Madres. Gracias por poner en mí sus esperanzas, espero nunca fallarles.

A MIS PRIMOS

Lorena, Gabriel, Salvador, Alejandro y Eric. Sean el orgullo de sus Mamás y Abuelita quienes los adoran y quieren lo mejor para Ustedes.

TESIS CON
FOLIA DE ORIGEN

F

A MI VIEJO AMIGO

Superman. Gracias a ti aprendí porque dicen que el perro es el mejor amigo...y por ello Siempre estarás conmigo.

A JORGE MIER Y CONCHA

JORGE ERES GRANDE COMO ASESOR Y PROFESOR PERO ERES UN GIGANTE COMO PERSONA. NO HAY FORMA DE PAGARTE TODAS LAS HORAS DE TU VIDA QUE DEDICASTE A LA REVISIÓN Y CORRECCIÓN DE ESTE TRABAJO, DEL CUAL ESPERO QUE ESTÉS TAN ORGULLOSO COMO YO LO ESTOY.

AL DR. DAVID RANGEL Y ALMA MENDOZA

Gracias por el apoyo para culminar uno de los proyectos más importantes de mi Vida.

A LAS PERSONAS PERTENECIENTES A LOS PODERES DE LA UNIÓN QUE ME PRESTARON DESINTERESADAMENTE SU AYUDA

Sin Ustedes ese Quinto Capítulo no hubiera sido posible.

A MIS AMIGOS

Gracias por creer en mí

A TODOS AQUELLOS QUE HAYAN INFLUIDO PARA SER LO QUE AHORA SOY

Gracias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

F

INTRODUCCIÓN

El Derecho a la Propia Imagen es un tema muy importante pero muy poco abordado en nuestro país. En la actualidad podemos ver que gracias a los avances tecnológicos, existen muchas formas de aprovecharse o violarse, no sólo con la simple captación de la imagen, sino también con su publicación, o hasta como está de moda actualmente: su explotación económica.

Las personas de la farándula, por ejemplo, son el típico caso de la explotación económica de la imagen. Muchas veces las personas que son utilizadas para un espectáculo, no son precisamente porque actúen, canten o bailen bien, sino más bien que atraigan gente. Por eso, no es producto de la casualidad que tantas personas, se operen en alguna parte; ya que su imagen "vende".

Otro caso, lo pueden constituir los deportistas. Tal vez va a depender de su actividad, el lugar y la época o moda. Así por ejemplo, cada cuatro años, el mundo "se viste de fútbol" y la mayoría de los anuncios los hacen futbolistas o gente relacionada con el medio. Lo vemos cuando compramos nuestros rastrillos; el mismo pan que compramos para los sándwich que trae hologramas de los jugadores de la selección; o que tal los refrescos, que aunque no creo que sean muy benéficos para la salud de los jugadores, sí lo son para sus bolsillos.

Estas personas a veces ganan millones de dólares solo en publicidad, véase el caso de Michael Jordan, quien ganaba más de lo que cualquiera podría soñar. Y los contratos y conflictos derivados de los mismos se regulan por... "el Derecho a la Propia Imagen".

Es el propósito de esta tesis hacer un estudio del Derecho a la Propia Imagen, intentar dar un concepto del mismo, tratar su contenido, conocer sus límites y limitaciones, ver como se regula en otros países. Finalmente en la medida de lo posible, hacer comentarios acerca de cómo debería ser regulado este derecho en México, y tal vez en el mundo.

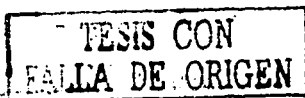
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE

PÁG

CAPÍTULO PRIMERO: NOCIONES GENERALES

1.1. Persona	1
1.2. Personalidad	2
1.3. Identidad personal, individualización y reconocibilidad de la persona	4
1.3.1. Nombre y seudónimo	4
1.3.2. Características psicológicas	5
1.3.3. Voz	5
1.3.4. Palabras o frases celebres	6
1.3.5. Objetos relacionados a la persona	6
1.3.6. Imagen	6
1.3.6.1. Vinculación de la imagen con la identidad personal	13
1.3.6.2. Valores de la imagen	14
1.4. Patrimonio	19
1.4.1. Teoría Clásica -patrimonio-personalidad-	20
1.4.2. Teoría Moderna -patrimonio-afectación-	24
1.4.3. Campos del patrimonio: pecuniario y moral	25
1.4.4. Derechos de la personalidad	27
1.4.4.1. Concepto	29
1.4.4.2. Caracteres	32
1.4.4.3. Clasificación	36
1.4.4.4. Utilidad, objeto y protección	40
1.4.4.5. La vida y la dignidad de las personas como principios rectores	42



H

CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

2.1. Antecedentes	44
2.2. Concepto	65
2.3. Contenidos positivo y negativo	69
2.4. Sujetos activo y pasivo en el Derecho a la Propia Imagen	70
2.5. Naturaleza jurídica	74
2.5.1. Derecho de autor	74
2.5.2. Derecho de propiedad	75
2.5.3. Derecho Subjetivo	77
2.6. Su ubicación dentro de los Derechos de la personalidad	78
2.6.1. Derecho a la intimidad y a la vida privada	78
2.6.2. Derecho al honor	85
2.6.3. Derecho a la identidad personal	87
2.6.4. Derecho a la integridad física	89
2.6.5. Derecho sobre el propio cuerpo	90
2.6.6. Derecho Fundamental	91
2.6.7. Derecho de propiedad intelectual	93
2.6.8. Derecho autónomo	95
2.6.8.1. Doctrina que niega la existencia del Derecho a la Propia Imagen	96
2.6.8.2. Doctrina que afirma la existencia del Derecho a la Propia Imagen	98
2.7. Características	99
2.7.1. Derecho subjetivo	99
2.7.2. Privado	100
2.7.3. Innato, natural, original u originario y vitalicio	100
2.7.4. Absoluto	102
2.7.5. Irrenunciable	102
2.7.6. Indisponible	102
2.7.7. Imprescriptible	103
2.7.8. Inembargable -embargabilidad de los retratos-	104
2.7.9. Inexpropiable	106

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.7.10. Personalísimo y susceptible de utilización con fines lucrativos	107
2.7.11. Sancionador	107
2.7.12. Patrimonial	108
2.7.13. De tipo moral	108
2.7.14. Esencial	108
2.7.15. General	109
2.7.16. Individual	109
2.7.17. Individualizado por el ordenamiento jurídico	109
2.7.18. Insustituible	109
2.7.19. Intransmisible <i>mortis causa</i> –caso del Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida-	110
2.7.19.1. El caso de las personas fallecidas	114
2.8. Consentimiento	121
2.8.1. Modalidades	130
2.8.1.1. Revocación	130
2.8.1.2. El caso de las personas casadas	135
2.8.1.3. Representación legal –menores e interdictos-	135
2.9. Contenido del Contrato de Derecho a la imagen	147
2.10. Diferencia de la imagen protegida por el Derecho en estudio y otros conceptos afines	160
2.10.1. Imagen escénica	160
2.10.2. Imagen en el ámbito del <i>marketing</i> y la publicidad	166
2.10.3. Imagen de las cosas	166
2.10.4. Imagen social de las personas	167
2.10.5. Imagen dactilar	167
2.10.6. Retrato moral	168
2.10.7. Retrato literario	168
2.11. Potencia pecuniaria de la imagen	168
2.12. Reconoscibilidad	171
2.13. Ataques al DIMA	177
2.13.1. Creación de expresiones objetivas de la imagen	178

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

J

2.13.2. Publicación o divulgación	180
2.13.3. Falsa apariencia –el caso del montaje-	181
2.13.4. Fines comerciales y no comerciales	183
2.14. Limitaciones y límites del DIMA	188
2.14.1. Popularidad de la persona titular del DIMA	190
2.14.2. Fines científicos, históricos y didácticos	201
2.14.3. Razones de información pública	205
2.14.4. Hechos de interés público o desarrollados en público y la accesoriadad de la imagen	214
2.14.5. Razones de justicia y seguridad pública –razones de autoridad-	218
2.14.6. Personas que deben permanecer en el anonimato	221
2.14.7. Uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona	222
2.15. Excepciones a las limitaciones del DIMA	222
2.16. Casos especiales respecto del DIMA	223
2.16.1. Caricatura	224
2.16.2. Imitadores y dobles	228
2.16.3. Radiografías	237
2.16.4. Usos de la imagen personal en relación con la presentación de la historia vital de la persona -biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización	238
2.17. Consecuencias del ataque al DIMA	241
2.17.1. Daño	241
2.17.1.1. Moral	243
2.17.1.2. Material	245
2.17.2. Responsabilidad	247
2.17.3. Medidas cautelares	249
2.17.4. Medidas de reparación	251
2.17.4.1. Indemnización	254
2.18. Prescripción para el ejercicio del DIMA	260
2.19. El DIMA en conflicto con otros derechos y libertades	261
2.19.1. Libertades de expresión y de información	261
2.19.2. Derechos de autor	265

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

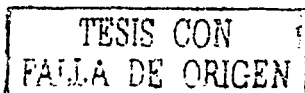
2.19.3. Derecho del trabajo	272
2.19.4. Criterio general para resolver dichos conflictos	273
2.20. Imagen y nuevas tecnologías de la comunicación –Internet-	274

CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN MÉXICO

3.1. Antecedentes legislativos en México	276
3.2. Ley Federal de Derechos de Autor	278
3.3. Reglamento de la Ley Federal de Derechos de Autor	286
3.4. Código Civil Federal	289
3.5. Código Civil de Tlaxcala	292
3.6. Código Civil de Puebla	293
3.7. Código Civil de Quintana Roo	294
3.8. Ley de Imprenta –artículos 6º y 7º Constitucionales-	294
3.9. Derecho de arena y derechos vecinos o conexos de los artistas	296

CAPÍTULO CUARTO: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL EXTRANJERO

4.1. Instrumentos Internacionales	300
4.2. Textos constitucionales y legales de las distintas naciones	302
4.2.1. Alemania	302
4.2.2. Argentina	303
4.2.3. Austria	304
4.2.4. Bélgica	304
4.2.5. Brasil	305
4.2.6. Bulgaria	305
4.2.7. Costa Rica	306
4.2.8. Ecuador	306

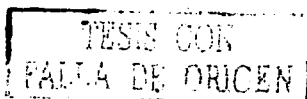


4.2.9. Egipto	307
4.2.10. España	307
4.2.11. Estados Unidos de América	314
4.2.12. Francia	315
4.2.13. Guatemala	315
4.2.14. Honduras	315
4.2.15. Inglaterra	316
4.2.16. Italia	316
4.2.17. Japón	317
4.2.18. Noruega	318
4.2.19. Paraguay	318
4.2.20. Perú	319
4.2.21. Portugal	319
4.2.22. El Salvador	320
4.2.23. Suecia	320
4.2.24. Suiza	320
4.2.25. Uruguay	322
4.2.26. Venezuela	322

CAPÍTULO QUINTO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LOS TRIBUNALES MEXICANOS

5.1. Instituto Nacional de Derechos de Autor	323
5.2. Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial	324
5.3. Suprema Corte de Justicia de la Nación	333
5.4. Juzgados de Distrito	335

CONCLUSIONES	340
BIBLIOGRAFÍA	355



DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

CAPITULO PRIMERO: NOCIONES GENERALES

El Derecho a la Propia Imagen¹, gira alrededor de varios conceptos, con algunos de los cuales no sólo se relaciona, sino que hasta se llega a confundir. Por lo que para el mejor entendimiento del derecho en estudio, en este capítulo trataremos dichos conceptos. Comenzaremos por estudiar a la persona, quien constituye el objeto de protección del Derecho.

1.1. Persona

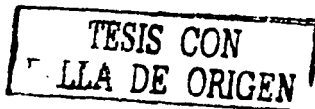
El concepto no siempre ha sido el mismo, así por ejemplo, Marx decía que la persona no existía en sí misma, pues sólo era aquello que la colectividad la dejaba ser. Mientras que para el pensamiento filosófico, la persona a *grosso modo* es el ser racional y libre, para el derecho es únicamente el sujeto de derechos y obligaciones, es decir, entiende que la persona puede ser el *nasciturus* en tanto que lo protege, principio que no sería posible dentro del pensamiento filosófico, ya que el concebido no nacido ni es libre, ni es racional².

El término persona procede del griego *proposon* que procede del antiguo término *personare*, que significa rostro, cara o máscara. En el mundo romano, el nombre ordinario de la máscara, principalmente de la máscara escénica, es el de persona.³

¹ A lo largo del presente trabajo mencionaremos al "Derecho a la Propia Imagen" sólo como "DIMA", a manera de abreviación.

² LARRONDO SCHOELLY, Andrea; Derecho a la imagen como límite a la garantía de expresión, Tesis profesional de licenciatura, Seminario de patentes, marcas y derechos de autor de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 2000, p. 7

³ AZURMENDI ADARRAGA, Ana; El Derecho a la Propia Imagen, su identidad y aproximación al Derecho a la Información, 2ª ed., Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 26



Entre las diversas acepciones obtenidas del término persona resaltan dos. La primera dice que la persona es el “individuo de la especie humana”, y la segunda que “es todo ser individual o colectivo capaz de derechos y obligaciones”⁴.

La persona, es una realidad previa a la norma jurídica, principio y fin del derecho.⁵ Jurídicamente se puede entender como “el sujeto de derecho y deberes jurídicos”.⁶ Sin embargo, aquí la entenderemos como:

“aquel sujeto independiente -ya que no requiere del otro para poder existir-; dotado de racionalidad -aquello que permite conocer la realidad que lo circunda-, es decir, un sujeto que se autopertenece y dispone de sí...”⁷.

Es importante agregar que el DIMA, como veremos más adelante, “...garantiza el respeto de la persona”⁸. Ahora bien, vamos a hacer la distinción entre persona y personalidad, términos muy importantes en el estudio del DIMA, los cuales frecuentemente se confunden.

1.2. Personalidad

Entre las acepciones de la palabra personalidad destacan las siguientes: “conjunto de características de cada persona que la distinguen de las demás”; “conjunto de cualidades que constituyen a la persona”; “aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones”, y por último “representación legal y bastante para litigar”.⁹

⁴ Enciclopedia Multimedia Salvat, España, 1998

⁵ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, Derecho a la imagen como límite a la garantía de expresión, p. 8

⁶ RECASENS SICHES, cit. por MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; Instituciones de Derecho Civil, tomo II, Porrúa, México, 1987, p. 6

⁷ SANTO TOMÁS cit. por PACHECO ESCOBEDO, Alberto, La persona en el Derecho Civil Mexicano, 2ª ed., 2ª reimp., Panorama, México, 1998, p. 18

⁸ GALINDO GARFÍAS, Ignacio; Derecho Civil, primer curso, 20ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 335

⁹ Enciclopedia Salvat, op. cit.

Romero Coloma dice que por personalidad hay que entender "...la aptitud para ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas."¹⁰

La personalidad es una construcción normativa, y la podemos entender como la objetivación que hace el ordenamiento jurídico a algunas dimensiones genéricas comunes entre las personas. Se puede manifestar por medio de ciertas características: atributos y derechos de la personalidad en sí mismos.¹¹

Galindo Garfias dice que "la personalidad es la proyección en el orden jurídico de la persona del ser humano, así pues, los derechos de la personalidad son propiamente derechos sustanciales de la persona".¹²

La persona es el ser humano, no es una noción elaborada por el derecho, en cambio, la personalidad se entiende como una proyección de la propia persona en el derecho, y por ello es causa y razón de su regulación.¹³

La persona como "ser político", por lo general necesita vivir dentro de una sociedad para el desarrollo individual y común. Dentro del núcleo social, cada individuo toma un papel, de allí que es necesario que cada uno se distinga de los demás. Dicha individualización junto con la idea de reconocibilidad, como más adelante veremos, jugarán un papel importante dentro del DIMA.

¹⁰ ROMERO COLOMA cit. por HERRERO TEJEDOR, Fernando, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Colex, España, 1990, p. 250

¹¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit. p. 335. Los derechos de la personalidad son intrínsecos al hombre en tanto que en tanto guardan una relación más íntima con la independencia derivada de su persona, mientras que los atributos de la personalidad son características que se asignan por el derecho, que pueden ser mudables, por ejemplo, el domicilio o la nacionalidad.

¹² *Ibidem* p.337

¹³ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 8

TESIS CON
F 'LA DE ORIGEN

1.3. Identidad personal, individualización y reconocibilidad de la persona

Cada persona es única, individual, irreplicable, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos; y es caracterizada por una serie de conceptos, los cuales separados o en conjunto hacen que sea distinguible, identificable, y reconocible. Entre dichos conceptos figuran el nombre, el seudónimo, las características psicológicas de cada individuo, su voz, así como palabras o frases celebres, objetos relacionados a la persona, y por último uno de los más relevantes –y el más importante para el presente trabajo–: la imagen. A continuación analizamos dichos conceptos.

1.3.1. Nombre y seudónimo

Desde el punto de vista gramatical, el nombre o sustantivo es el vocablo que sirve para designar a las personas o a las cosas, distinguiéndolas de las demás de su especie. Jurídicamente "...es el atributo de la personalidad que señala a una persona, la individualiza."¹⁴

El nombre de una persona física está constituido por un conjunto de palabras, a saber: el nombre propio o nombre de pila y el apellido -paterno y materno- o nombre patronímico.

El seudónimo es el nombre empleado por un autor -o persona en general- en vez del suyo verdadero.

La imagen junto con el nombre o el seudónimo, constituyen el atributo fundamental con el cual se individualiza socialmente a la persona.¹⁵ De hecho puede decirse, que son los conceptos más importantes en cuanto a la identificación de una persona, tal como lo demuestran todas aquellas situaciones en que nos es requerida una identificación la cual

¹⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit. p.341

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, Derecho la identidad personal, Astrea, Argentina, 1992 p.138

debe contener nuestro nombre y gran número de veces la fotografía, como ejemplos, están la credencial para votar, la licencia de conducir, la cartilla militar, etc.

1.3.2. Características psicológicas

Son todas aquellas formas de pensar y actuar de un individuo. Así por ejemplo, podemos saber quien es la persona de la que se está hablando con el simple hecho de escuchar dichas características.

1.3.3. Voz

Es el “sonido que el aire expelido de los pulmones produce al salir de la laringe, haciendo que vibren las cuerdas vocales”.¹⁶

La identificación de una persona por medio de la voz es muy común, por ejemplo, cuando escuchamos alguna estación de radio, sabemos quién está hablando o cantando, sin haberlo visto jamás.

Como veremos mas adelante, en algunos países se aplica la misma normativa para proteger a la voz y a la imagen. Es más, algunos autores consideran que la voz es parte de la imagen, lo cual desde nuestro punto de vista es erróneo, ya que la voz es un sonido, y la imagen en sí no tiene sonidos. Además nada tiene que ver la apariencia de una persona con su voz.

Por otro lado, normalmente la voz humana está dirigida a uno o a pocos interlocutores, razón por la cual se podría reclamar derecho sobre ella, aun cuando se exteriorice en lugares públicos.¹⁷ Esto quiere decir, que si la voz es dirigida al público en general,

¹⁶ Enciclopedia Salvat, op. cit.

¹⁷ FERREIRA RUBIO, Delia M., El Derecho a la intimidad, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1982, p.114

entonces no alcanzaría protección -salvo que por medio de la captación y difusión de la voz una persona se le dañe por ejemplo en su honor-.

1.3.4. Palabras o frases celebres

Este punto se refiere a que las personas pueden ser identificadas por cosas que dicen comúnmente. Por ejemplo, si escuchamos la frase "aguántame el corte", instantáneamente pensamos en Nino Canún.

1.3.5. Objetos relacionados a la persona

Aquí, se hace referencia a animales o cosas que se asocian con determinada persona, ya porque las vista, sean su instrumento de trabajo o simplemente las lleve consigo normalmente. Podemos citar como ejemplo, que si escuchamos hablar de alguien quien porta unas botas de charol, automáticamente imaginamos al Presidente actual de México.

1.3.6. Imagen

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término imagen proviene de *imago, imaginis*. Y lo define como "figura, representación, semejanza, y apariencia de una cosa".¹⁸

Veamos primero lo que dice la doctrina acerca de la imagen, y luego hagamos algunas reflexiones sobre ello.

La imagen es una copia, una reproducción de la realidad, de un modelo, utilizando para ello cualquier medio idóneo. La imagen es, así, una forma de representarse la realidad, una

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. T. II, 20ª ed, España, 1984, p. 757

vía de conocimiento. Este problema del conocimiento de los objetos a través de su imagen constituye un problema afrontado desde antiguo por la filosofía. Recordemos que Platón en su teoría de las ideas y su alegoría de la caverna, refería que no era posible conocer las ideas directamente sino sólo a través de sus imágenes, de sus sombras. Las ideas, que conforman el "mundo verdadero" no pueden ser percibidas por los sentidos sino sólo por el pensamiento. El mundo de los sentidos, que es el mundo de la experiencia, el de las imágenes, representa de modo imperfecto el mundo verdadero, el de las ideas.¹⁹

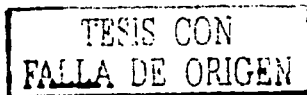
Según algunos doctrinarios -principalmente españoles-, la imagen es la reproducción del aspecto físico de una persona mediante cualesquiera procedimientos -pintura, grabado, fotografía, escultura, representación teatral, etc.-, o la reproducción por cualquier medio, de los rasgos físicos de una persona que la hagan fácilmente reconocible -incluyendo, la caricatura-. Es decir, la entienden como "...la reproducción o representación gráfica de la figura humana en forma sensible y reconocible mediante un procedimiento técnico o mecánico de reproducción".²⁰

Los autores mencionados se manifiestan por lo tanto a favor de una imagen perteneciente a cada persona. Sin embargo, hay algunos que se manifiestan en contra de dicha existencia, así, Vercellone dice que existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la posición del cuerpo visto y el de la persona que ve; según, en fin, el modo de ver de esta última. Por consiguiente, no se puede decir que exista la imagen de una persona, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes distintas para cada cuerpo como cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea visto en el futuro por otras personas.²¹ A lo que Pacheco agrega que la imagen de una persona, no le

¹⁹ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, Derecho la identidad personal, pp.139-149

²⁰ DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, y Manuel PONS GONZÁLEZ, Diccionario de Derecho Civil, Comares, España, 1999, p. 468 y ROVIRA SUEIRO, María E., El derecho a la propia imagen, Colecc. Estudios de responsabilidad civil 2, Comares, España, 2000, pp. 6 y sig.

²¹ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats BUENAVENTURA PELLISÉ, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XI, F. Seix Editor, España, 1977, p. 304



pertenece completamente a ella, sino sólo en tanto que es reflejo de su personalidad, trae su recuerdo.²²

Por nuestra parte, consideramos que son erróneas las anteriores ideas acerca de la imagen, al menos en lo que respecta a ser el objeto tutelado por el Derecho a la Propia Imagen. Para nuestra explicación, podemos partir de que en general definen a la imagen como “la reproducción o representación gráfica de la figura humana en forma visible y reconocible mediante un procedimiento técnico o mecánico de reproducción”. Ahora bien, si atendemos a lo que la palabra “reproducción” significa, esto es: “... acción y efecto de reproducir, o cosa que reproduce o copia un original”. Y que “Reproducir es sacar una copia en uno o muchos ejemplares, de obras de arte, objetos arqueológicos, textos, etc.”²³ Entonces, es una aberración hablar de una reproducción de la figura humana, ya que esto sería prácticamente hacer una copia de la persona, y, por lo tanto consistiría en una clonación y no en una imagen.

En ese orden de ideas, la “representación” es una sustitución o imitación de la realidad²⁴. Por lo tanto, si hablamos de representación de la figura humana estamos haciendo referencia a una imitación de esa figura, la cual se plasmará en un soporte material. Un ejemplo, lo constituye la caricatura, la cual es una representación de la imagen la personal, aunque de forma burlesca.

Por lo anterior, consideramos que es erróneo hablar de reproducción o representación, además el Derecho a la Propia Imagen se encarga de proteger no a la reproducción o representación, sino proteger a la imagen de posibles reproducciones o representaciones, como son las fotografías.

Respecto a las ideas de visible y reconocible, como veremos más adelante, estos son requisitos para configurar la violación al DIMA. En cuanto al término “gráfico”²⁵, es la

²² PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op. cit., p. 133

²³ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Selecciones Reader's Digest, México, 1986 T. 10 p. 3224-5

²⁴ Ídem

²⁵ Íbidem T.5, p. 1684

referencia a una descripción que presenta las cosas con mucha claridad, lo cual no es relevante porque en la violación al DIMA con que sea reconocible basta, es decir, no necesita ser demasiado claro.

Ahora, recordemos que una de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia nos daba acerca de la imagen, era el término “apariencia”, el cual viene del latín *Apparentia*, y se refiere al aspecto exterior de una persona o cosa²⁶.

Por lo tanto, la imagen como objeto del DIMA, la entenderemos como el **“aspecto físico exterior de una persona”**.

Como veremos más adelante, el bien tutelado del DIMA es la semblanza, la efigie, el aspecto físico exterior de la persona. **Ella no puede separarse, o aislarse del sujeto mismo. Aquello que se expone o divulga, no es más que la expresión material u objetiva de la imagen, pero no se confunde con la imagen misma que integra la persona.** Una cosa es la imagen, irrevocablemente unida al sujeto, y otra es la expresión objetiva de la misma. Una expresión objetiva puede ser la captación que se hace tal cual, por ejemplo, en una fotografía o un video, o sólo con los rasgos principales como una caricatura, mediando entre ellos un cuadro, una escultura, etc. Lo que se tutela es la imagen, impidiendo que ella, al ser expresada objetivamente en cualquier soporte material, se exponga o divulgue sin el consentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.²⁷

Así definida la imagen, consideramos que está integrada por la silueta, y las características físicas particulares de una persona -incluyendo los rasgos-.²⁸: A continuación analizamos a que se refieren dichos conceptos.

²⁶ *Ibidem* T.1, p. 203

²⁷ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, *op. cit.*, p. 145-6

²⁸ Algunos de estos conceptos son considerados por algunos autores, solamente como conceptos individualizadores y herramientas para identificar a determinada persona.

Encontramos tres acepciones de la palabra silueta:²⁹

- a) dibujo de un objeto hecho con sólo su contorno;
- b) vista que presenta un objeto recortándose sobre un fondo más luminoso; y
- c) contorno de una figura.

Para los efectos del presente trabajo, entenderemos la palabra silueta, como el contorno de la figura de una persona. Realmente es poco común identificar a una persona por su silueta, sin embargo, sí es posible; por ejemplo, la silueta del rostro de Alfred Hitchcock.

El segundo de los elementos de la imagen lo constituyen las características físicas particulares de cada persona. Éstas están constituidas por la estatura, complexión, color de ojos, estilo y color de cabello, cejas, pestañas, barba, bigote, orejas, nariz, boca, dientes, etc. Así como algún tatuaje, cicatriz o demás señas particulares. Dentro de las características físicas particulares se distinguen los rasgos o semblante.

La palabra rasgo es definida como “facción del rostro”³⁰. Es decir, como rasgos entenderemos aquellas características del rostro de alguien. Por su parte, el término “semblante” es definido como: cara o rostro humano; o representación del ánimo en el rostro.³¹ No requiere mayor explicación este punto, ya que numerosas son las veces que uno distingue a una persona de las demás sólo por su rostro.

Un ejemplo de la utilización de las características físicas particulares de una persona, es cuando se hace la descripción de quien se dice cometió un ilícito, para su identificación y captura.

²⁹ Enciclopedia Salvat, op. cit.

³⁰ Idem

³¹ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, op. cit. T. 11, p. 3471

Cabe mencionar que la imagen también es referida como efigie, ya que este vocablo viene del Lat. *Effigies*, de *effingere*, -representar-; y significa imagen de una persona real y verdadera.³²

Por último, agregamos que Palomar dice que “propia imagen es para cada cual, la suya que merece el respeto de los demás y crea ciertos límites para la reproducción”.³³ Es decir, cada persona tiene su propia imagen y como veremos más adelante es la única titular de la misma.

En lo que respecta a las características de la imagen, podemos decir que en ésta prevalecen los rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás. Estamos frente a una de las características de la persona que, en los rasgos fundamentales, no varía de modo natural, salvo por la implacable erosión del tiempo. Claro está, que no nos referimos a desfiguraciones motivadas por accidentes, quemaduras o por efecto de la cirugía estética.³⁴

Ahora, se hace necesario mencionar que los instrumentos o medios técnicos que permiten la captación, representación o expresión objetiva de la imagen, y con ello muchas veces la lesión del DIMA puede ser entre otros:

- o Fotografías.
- o Dibujos, grabados -incluyendo la caricatura- o retratos.
- o Esculturas.
- o Videos.
- o Películas.

Los cuales según su naturaleza se pueden muchas veces hacer del conocimiento público, por medio de:

³² *Ibidem* T. 4, p. 1214

³³ PALOMAR DE MIGUEL, *Diccionario para juristas*, T. I, Porrúa, México, 2000, p. 794

³⁴ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, *op. cit.* p.139

- Libros.
- Artículos periodísticos.
- Televisión.
- Internet.
- Fotografías.

Es muy importante señalar, que no identificamos la imagen con la tela pintada, el mármol esculpido o el papel fotográfico impresionado; es decir, con el *corpus mechanicum* en que la figura humana fue expresada.³⁵ La imagen es el aspecto físico del sujeto de modo que no se confunde con la *res material* en que *a fortiori* se materializa la expresión de dicho aspecto.

Los dispositivos para captar imágenes son principalmente las cámaras fotográficas y las filmadoras. Pero existen muchos aparatos mediante los cuales las imágenes pueden ser captadas sin que la persona se dé cuenta.³⁶

³⁵ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats BUENAVENTURA PELLISÉ, op. cit. p. 317

³⁶ Por ejemplo, puede ser una cámara con teleobjetivo, así como dispositivos que se fabrican en tamaño minúsculo que resultan difíciles de detectar. Estos aparatos pueden operar automáticamente, en forma que entren en funcionamiento tan sólo cuando una persona entra en la habitación, o cada ciertos intervalos periódicos. También, es posible ocultar en una habitación un ojo de televisión muy pequeño, que envía imágenes a un receptor situado a una o dos cuerdas de distancia. El empleo de "fibras ópticas" permite obtener que la luz doble esquinas y que se instalen cámaras de televisión en otro lugar distante. Asimismo, se construyen cámaras de televisión de un tamaño igual al de una caja de cigarrillos y cuyo lente —que operaría separadamente— tiene el diámetro de un cigarrillo. Hay lentes telescópicos tan potentes que permiten fotografiar una página escrita a máquina desde una distancia de 100 metros. Intensificadores de luz suministran visión normal con mala luz del día o luz de luna y visión aceptable en noches sin luna. Los estabilizadores de imágenes permiten obtener fotografías nitidas aunque se tomen desde automóvil o helicóptero que viajan a buena velocidad. La cinta de televisión —*videotape*— permite conservar imágenes en movimiento con el sonido correspondiente. Con sistemas de televisión a control remoto puede mantenerse vigilancia de habitaciones, calles y establecimientos comerciales y bancarios. La luz infrarroja permite fotografiar todo lo que sucede en una habitación oscura donde se ha instalado una fuente invisible de rayos infrarrojos, mediante bombillas especiales que se colocan en lámparas y que parecen estar apagadas. También se puede proyectar desde fuera, a través de ventanas no cubiertas, un haz de luz invisible infrarroja, que permitirá fotografiar todo lo que ocurre adentro en la oscuridad. De igual manera, hay sustancias aparentemente sólidas, capaces de dejar pasar la luz infrarroja, aunque no permitan el paso de la luz ordinaria, que pueden ser usadas como tabiques divisorios. Asimismo, existen aparatos en miniatura que combinan un televisor con un transmisor, que pueden captar y remitir a la larga distancia lo que se capta en la oscuridad —mediante luz infrarroja— o con luz común. NOVOA MONTREAL, Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información, 1ª ed., Siglo XXI, México, 1997, pp. 94-5

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El uso de los mecanismos técnicos para la captación de las imágenes, se puede muchas veces basar en que el rostro del hombre como recurso expresivo de fuerte impacto ha demostrado sus posibilidades en la publicidad, en los docudramas del nuevo periodismo y en las formas más clásicas del periodismo gráfico. El significado estético, dramático, simbólico contenido en la imagen humana se redescubre y se intensifica en esa actuación sobre la imagen asistida por medios técnicos. A nadie se le oculta que el montaje de texto-imagen o imagen-música, los distintos ritmos y resoluciones que pueden darse a la imagen, o su misma situación entre otras dos –en una página de periódico o en un espacio televisivo–³⁷ permite unas variaciones de sentido y del registro de la emocionalidad que sólo gracias a los recursos técnicos es posible.³⁸

La imagen está muy vinculada al concepto de identidad personal, a continuación veremos en qué consiste ésta y cuál es esa fuerte relación con la imagen.

1.3.6.1. Vinculación de la imagen con la identidad personal.

La identidad personal es la proyección social de la personalidad, se configura como algo dinámico, en constante movimiento, aunque el ritmo del cambio varíe de persona a persona; a diferencia de la imagen, que es la parte estática de la personalidad.

La imagen podría considerarse como el envase de la espiritualidad, en cuanto ésta es síntesis de la totalidad o globalidad del patrimonio cultural de la persona. La imagen es la muestra exterior de ese cuerpo, su contorno visible, mientras que la identidad personal es la proyección social de lo peculiar y dinámico de cada sujeto, de su personalidad, con sus aspiraciones, sus vocaciones y vivencias.³⁹

Su conexión con la imagen se debe, en primer lugar, a la unidad esencial y de fundamento que presentan los derechos de la persona, en cuanto ambos derechos tutelan

³⁷ Agregaríamos que es posible también en una página de Internet, en carteles, trípticos, etc.

³⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p.34

³⁹ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, op. cit. p.139-141

sólo fracciones o manifestaciones particulares de un mismo ente, como es el ser personal. En segundo lugar, cabe resaltar que la imagen tiene que ver con la identificación del sujeto, con la identidad estática, mientras que la identidad personal es dinámica.

La vinculación esencial que existe entre identidad personal, en su versión dinámica, e imagen, hace posible que no sean escasas las situaciones en las que se produce una aparente superposición de las dos figuras jurídicas. Ellas ocurren cuando la imagen es el ocasional vehículo mediante el cual es dable lesionar la identidad personal.⁴⁰

Enseguida veremos, que en la imagen convergen una serie de valores que la hacen trascendente en nuestra sociedad -no en vano llamada "sociedad de la imagen"- . A saber, dichos valores son el individualizador, el comunicativo social, el publicitario o comercial, el religioso y el afectivo.

1.3.6.2. Valores de la imagen

Valor individualizador

Al señalar que la imagen individualiza, se insiste en la idea de que mediante ella se percibe la presencia de un sujeto humano; el cual está diferenciado de su entorno social. No hay por lo tanto, una referencia a la especie humana, o a un tipo de hombre o de mujer, sino que la imagen apunta siempre a un alguien concreto, único, diferente y diferenciable de todos los demás seres humanos.

A pesar de que existen otros rasgos individualizadores como el nombre, la imagen es fundamentalmente signo de identidad e individualidad.⁴¹ Imaginemos, por ejemplo, el caso de un vagabundo amnésico, nacido en un lugar cuyo Registro Civil ha sido destruido.

⁴⁰ Ibidem p. 141

⁴¹ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 26

Aunque no pueda hallarse persona alguna que lo reconozca, será siempre una persona simplemente identificable por su imagen.

Valor comunicativo

La imagen humana, al poseer esa capacidad o aptitud para integrarse en un proceso de comunicación, es susceptible de hacerlo en diferentes niveles que hoy se consideran dentro de las relaciones comunicativas. Así, y como es comúnmente aceptado, la imagen cumple un papel relevante en la comunicación interpersonal, y lo cumple también en un primer nivel grupal –el ámbito familiar, por ejemplo– o en un nivel grupal más amplio, como puede ser una comunidad de vecinos, una asociación, etc.; con la generalización de los medios de comunicación social, la imagen humana irrumpe en un proceso comunicativo de ámbito universal –o al menos potencialmente universal–.⁴²

De este modo, en la actualidad, gracias a la utilización de medios de comunicación, como la televisión y el Internet, la imagen se transmite a distancia en cuestión de segundos. Tan es así, que sólo a la importancia de la visión de la imagen de una persona con quien se dialoga, se debe la innovación telefónica, que permite contemplar la imagen del interlocutor simultáneamente a la audición de sus palabras. Y años antes, el origen y, en nuestros días, el esplendoroso desarrollo del cinematógrafo –fotografía en movimiento– muestra también de modo palmario la trascendencia que la sociedad otorga a la proyección de la imagen de las personas.

Es indudable que la figura de las personas que nos circundan influye en la mayor o menor corriente de simpatía que en nosotros despiertan nuestros semejantes. La atracción, al menos la inicial hacia una persona, viene con frecuencia determinada por el aspecto exterior de ésta. El valor comunicativo radica en que a través de la imagen, no sólo se conoce de modo inmediato a la persona, sino que mediante ella se perciben estados emocionales, actitudes, y comportamientos. Aunque cabe mencionar, que en ese proceso

⁴² *Ibidem* p. 33

comunicativo no sólo se presenta la imagen, sino que también va acompañada de la forma de vestir, de comportarse, de hablar, etc.

Valor publicitario

En la actualidad, el valor publicitario, también conocido como comercial, económico o pecuniario,⁴³ radica en que la imagen es utilizada en actividades como la publicitaria, que exige -como una de las claves de su eficiencia- un grado máximo de comunicatividad e inmediatez en su contenido; o los experimentos que se están realizando en estos últimos años sobre las posibilidades expresivas de la imagen humana con el *videowall*.

Es un uso habitual en nuestra sociedad, que actores, actrices, modelos o deportistas hagan de su imagen un objeto de comercio. El desarrollo de la publicidad -no sólo en su expresión concreta de presentación de productos con finalidad persuasiva, sino como fenómeno modal, hoy presente en todas las actividades en las que convergen comunicación y empresa, o comunicación e instituciones-, ha contribuido de una manera extraordinaria a la generalización del uso comercial de la imagen. Al mismo tiempo que ha suscitado una nueva perspectiva en el estudio del DIMA.

Amat dice que el valor comercial es el

“derecho a controlar el uso comercial de la propia identidad y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado u obtenido sobre nuestra imagen [...] se trata del derecho que los anglosajones denominan “*right of publicity*”. El cual podría definirse como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales.”⁴⁴

⁴³ Muchos autores le llaman valor, potencia o dimensión patrimonial de la imagen. Pero nosotros, en lo personal, preferimos denominarla comercial o publicitaria, puesto que ellos hablan de la existencia de una dimensión patrimonial de la imagen, al lado del derecho a la propia imagen como uno de los derechos de la personalidad, los cuales como veremos adelante, son la parte no pecuniaria del patrimonio de una persona.

⁴⁴ AMAT LLARI, Eulalia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, España, 1992, p. 4

Ana Azurmendi explica el valor económico de la imagen con los siguiente argumentos⁴⁵:

“Autores como Gitrama, han fundamentado el hecho de la patrimonialización de la imagen en la autonomía que ésta puede llegar a alcanzar. Otros como J. M. Pascual Quintana sitúan la dimensión patrimonial de la imagen humana en un ámbito diferente al de la personalidad, y otros como F. Igartua Arregui, más recientemente, se refieren a la dimensión patrimonial de la imagen como “un derecho que reconoce a personas notorias o a aquellas cuyos bienes de la personalidad tienen un valor especial”⁴⁶.

Cabe señalar que muchos autores dicen que el valor publicitario de la imagen sólo existe para personas famosas, lo cual es erróneo ya que si pensamos en una persona que no es famosa, ni bella físicamente, pero que tiene una nariz muy grande, su imagen tendrá un valor publicitario extraordinario si se utiliza en comerciales de pañuelos. Con ello queremos decir, que todas las personas tienen un valor publicitario en su imagen, aunque no sean utilizables o utilizadas en todos los casos. Asimismo señalaremos que el objeto de comercio no es la propia imagen, sino la facultad de difundirla.

Valor religioso

Son famosas las discusiones habidas a lo largo de la historia a propósito del culto por medio de las imágenes. Frente a las sectas que lo han negado -iconoclastas, valdenses, diversas tendencias protestantes-, los cánones de los concilios de la Iglesia católica han mantenido el culto de las imágenes. Ya que el Éxodo, Cáp. XX, versículo 4, que dice: “no harás para tí imagen de escultura, ni figura alguna de las cosas que hay arriba en el cielo, ni abajo en la tierra, ni de las que hay en las aguas debajo de la tierra”; versículo 5: “no las adorarás, ni rendirás culto.” Pero he aquí que después de Jesucristo cambia la apreciación relativa a las imágenes. Los primeros cristianos preferían designarlo mediante signos o símbolos: monograma, cruz, cordero, pez... Hay que esperar al siglo IV para que aparezca

⁴⁵ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 37. Cuando habla de patrimonial, léase como económico para efecto de este apartado, por las razones antedichas.

⁴⁶ El término patrimonialización entiéndase como valoración pecuniaria, ya que como veremos mas adelante está mal empleado, ya que el DIMA es un derecho patrimonial pero no económico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el crucifijo; y a las decisiones del Concilio Quinisexto -año 692- para ver aparecer las imágenes de los santos con las de Cristo y la Virgen, así como las escenas bíblicas que la Iglesia había desarrollado ya para instrucción de los fieles analfabetos.

Tal importancia tienen las imágenes en el mundo religioso, que el 7 de Mayo de 2001, la Arquidiócesis Primada de México interpuso un recurso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el cual pide "derechos" sobre imagen de Cristo, pretendiendo obligar a la autoridad a tomar en cuenta su opinión antes de permitir el empleo de la imagen de Jesucristo para actos de culto fuera de los templos que no sean reconocidos por el arzobispado.⁴⁷

Valor afectivo

La fotografía, por ejemplo, tiene realmente tal fuerza expresiva que casi sustituye a la persona misma; refleja con tal exactitud los rasgos de un sujeto, que nos lo presenta con análoga fidelidad. Nos representamos mentalmente los seres a quien vemos. Mucha gente conserva entre sus más estimados objetos, las fotografías de las personas queridas. Es más, a veces es considerado como una especie de sacrilegio tirar a la basura las imágenes de los antepasados. Asimismo, cada vez son menos las personas que emprenden un viaje sin llevar consigo una cámara fotográfica o una de video. También abundan quienes filman

⁴⁷ Incidente de revisión 645/2000 interpuesto ante el máximo tribunal del país. El asunto tuvo su origen cuando la Arquidiócesis detectó que se publicitaba "profusamente" un evento religioso en el estadio Azteca, sin que se especificara la asociación o Iglesia convocante. En los anuncios del evento se usaba la imagen de Cristo, "lo que provocó confusión entre el pueblo creyente", el cual podría pensar, según el recurso interpuesto, que la convocante al evento era precisamente la arquidiócesis primada de México. La representante legal de la arquidiócesis, fija su postura: "No pasa por alto para mí representada el ecumenismo -aún por su duro tránsito-, ni la buena fe de los organizadores -del evento en el Azteca-, pero habiendo de por medio un registro constitutivo de derechos, el mismo otorga a sus beneficiados derechos que recíprocamente deben respetar todas las Iglesias". Como parte de estos derechos y obligaciones de las asociaciones religiosas, el documento incluye "no realizar actos que pudieran atender al ámbito de protección, tanto del registro como de las personas". Señala que los permisos que entrega la Subsecretaría de Asuntos Religiosos, dependiente de la Secretaría de Gobernación, para la realización de actos de culto público fuera de los templos son "criticables", porque la ley no obliga a la dependencia a especificar el permiso "y a quién se lo dio". Cabe señalar que en primera instancia fue interpuesto un amparo ante el juez sexto en materia administrativa, el cual fue rechazado, y posteriormente el arzobispado interpuso el recurso de revisión en contra de la decisión del juez federal ante la Corte.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

momentos especiales con sus seres queridos por ejemplo, cuando nacen los hijos, cuando caminan por primera vez, la fiesta de los quince años, etc.

Ya analizado lo correspondiente a la imagen de las personas; ahora se hace necesario comentar lo relativo al patrimonio, ya que como veremos, el DIMA está ubicado dentro de los derechos de la personalidad, y éstos a su vez forman el patrimonio no pecuniario de las personas. Para lo cual partiremos de la idea de patrimonio, veremos sus teorías más representativas, así como sus elementos, para poder al fin ubicar al DIMA dentro del mismo; y con ello estaremos listos para entrar de lleno al DIMA en el segundo capítulo.

1.4. Patrimonio

El vocablo “Patrimonio” proviene del término latino *patrimonium*, y significa: hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes, o bien, bienes propios que se adquieren por cualquier título. También se identifica con la palabra riqueza. Riqueza por su parte, significa abundancia de bienes, y bien o bienes significan utilidad en su concepto más amplio. “De aquí resulta que si el patrimonio está formado por los bienes, no hay razón para suponer que la idea de “bienes” se reduzca a las cosas económicas. Tan es “bien” en su sentido gramatical, el tener un millón de pesos, como es de igual manera un “bien” tener un buen nombre, un nombre limpio ante la sociedad”.⁴⁸

Tradicionalmente, se había sostenido que desde el punto de vista jurídico, patrimonio

“...es el conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona. Se utiliza la expresión poderes y deberes en razón de que no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, sino que también lo podrían ser las facultades, las cargas y, en algunos casos el ejercicio de la potestad, que se pueden traducir en un valor pecuniario.”⁴⁹

⁴⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio*. 6ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 51

⁴⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano*. T. III, 15ª ed., -Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM-Porrúa, México, 2001, p. 2353

Siguiendo ese orden de ideas se decía que el patrimonio tiene dos elementos, uno activo y el otro pasivo. El activo se constituye por el conjunto de bienes y derechos; y por el pasivo por las cargas y obligaciones susceptibles de una apreciación pecuniaria. Los bienes y derechos que integran el activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos y el pasivo por deberes personales o cargas u obligaciones reales.⁵⁰

Sin embargo, ha surgido una corriente que incluye dentro del patrimonio a los derechos de la personalidad -o patrimonio moral o no pecuniario- por las razones mencionadas al comenzar este punto.

Gutiérrez y González⁵¹ como uno de los representantes de esta corriente, considera que el patrimonio

“es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho” el cual tiene las siguientes características:

- a) Comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les dé un trato genérico, y por lo mismo que se les estime como una universalidad.
- b) Se comprenden en él, no sólo bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral, no pecuniario.

Existen varias teorías para explicar el patrimonio; sin embargo, las dos más importantes son: la clásica y la moderna.

⁵⁰ Idem

⁵¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., p. 53

1.4.1. Teoría Clásica -patrimonio-personalidad-

Esta teoría es una elaboración de la escuela francesa de Aubry y Rau. Esta tesis definió al patrimonio como

“...el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero, considerados formando una universalidad de derecho.”⁵²

El patrimonio para estos autores, constituía una entidad abstracta, diferente de los bienes y obligaciones que lo integran, de tal manera que esos elementos pueden cambiar, disminuir, aumentar, o inclusive desaparecer totalmente, sin que el patrimonio desaparezca, ya que permanece uno e invariable durante toda la vida de su titular. También conciben al patrimonio como una emancipación de la personalidad y la expresión de la potestad jurídica de que está investida una persona como tal.⁵³ Entre persona y patrimonio existe un vínculo permanente y constante.⁵⁴ Los principios que integran esta teoría son:⁵⁵

- a) Sólo las personas pueden tener un patrimonio, en tanto que sólo ellas son sujetos de derechos y obligaciones, si deudor es el que responde con sus bienes del cumplimiento de sus deberes, sólo las personas pueden tener un patrimonio, pues sólo ellas pueden ser deudoras. Aunque no todos los sistemas jurídicos lo adoptan. Así por ejemplo, en los EE.UU. e Inglaterra, se han dado casos en donde millonarios excéntricos han dejado como herederos a animales.
- b) Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio.
- c) Cada persona sólo tendrá un patrimonio, lo que resulta de la consideración de su universalidad y de la indivisibilidad de la persona a quien se atribuye. No es posible que la persona pueda tener más de un patrimonio, toda vez que éste, es una emanación de la

⁵² PLANIOL Y RIPERT cit. por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., p. 40

⁵³ Ídem

⁵⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Loc. Cit.

⁵⁵ El análisis de los principios está hecho con base a Ernesto Gutiérrez y González, y al Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

persona; todos sus bienes y deudas forman una masa única. Sin embargo, agregan los propios autores de esta tesis, que este “principio de la unicidad del patrimonio”, sufre por mandato de ley algunas excepciones como se ve en el caso de que una persona tenga dos patrimonios, cuando hereda uno y lo recibe a beneficio de inventarios, a más de su patrimonio particular.

d) El patrimonio es inseparable de la persona. Podrá enajenar todo o parte de los elementos de su patrimonio, pero no podrá quedarse sin éste. Considerado como universalidad el patrimonio sólo es susceptible de transmitirse *mortis causa*. Si en vida pudiera enajenarse todo el patrimonio, significaría que la personalidad podría enajenarse.⁵⁶

La teoría clásica ha sido criticada, por ejemplo, Geny dice que si el patrimonio permite explicar porque los acreedores pueden dirigirse contra un bien cualquiera del deudor, y la transmisión universal del difunto es comprensiva de todas las cargas, esta solución es inútil por que es incapaz de servir de justificación a todas las soluciones legales, pues la técnica jurídica, lejos del dominar la ley, está justificada solamente si la explica por entero; es un obstáculo para el desenvolvimiento de las nociones jurídicas que podría hacer la jurisprudencia. Geny indica a este respecto la existencia de patrimonios constituidos en funciones que tienen validez jurídica, a través de la beneficencia pública, sin que exista una persona de derecho privado. Rojina dice que es artificial y ficticia, y vinculada hasta confundirse con la capacidad, ya que dicha teoría llegó a considerar que el patrimonio puede existir aun sin bienes presentes y con la sola posibilidad de adquirirlos en un futuro.⁵⁷

Gutiérrez y González comenta las siguientes críticas:

a) Desde la definición misma se critica la noción clásica del patrimonio. Ya que se dice que el patrimonio es el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciable en dinero, y decir esto es muy estrecho, pues hay ciertos derechos que en un

⁵⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Loc. Cit.

⁵⁷ Ibidem, p. 2354

momento dado aún son apreciables en dinero, y sin embargo, ya forman parte del patrimonio.

b) La crítica más seria, es la que considera un error el decir que la persona necesariamente tiene un patrimonio, pues hacer tal afirmación implica confundir: patrimonio con capacidad. Entendiendo ésta, como la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones, y de ejercitarlos. Hay dos capacidades, la de goce -que es la aptitud jurídica para ser titular de derechos, deberes y obligaciones-, y la de ejercicio -aptitud de ejercitar esos derechos, deberes y obligaciones, una vez que se tienen-. La persona siempre tiene capacidad para adquirir bienes, pero esa aptitud de adquirir no es el patrimonio. Puede, como adelante se verá, no tener patrimonio en un momento dado, y sí se tiene capacidad para adquirir bienes, capacidad que al ejercitarse determinará de nuevo la existencia de un patrimonio.

c) Otra crítica es la que va contra la consideración de que la persona sólo puede tener un patrimonio. Ya que es posible que si un individuo es heredero y acepta una herencia, en virtud del beneficio de inventario tendrá el patrimonio heredado y el propio.

d) Finalmente, es falso que el patrimonio sea inseparable de la persona. No se puede sostener en forma válida, que el ser humano no pueda durante su vida transmitir todo su patrimonio pecuniario a otra persona, o en un momento dado también no tenerlo. Tal afirmación parte del erróneo punto de vista de confundir la capacidad con el patrimonio. Se puede dar que una persona no tenga patrimonio en virtud de enajenarlo todo -por ejemplo, una donación que no se haya declarado nula-, o por no haberse ejercitado aún su capacidad -por ejemplo, un recién nacido abandonado-.

Cabe agregar que ésta es la doctrina seguida por la legislación mexicana, especialmente en lo relativo a la indivisibilidad.

1.4.2. Teoría Moderna -patrimonio-afectación-

Esta teoría desvincula las nociones de patrimonio y personalidad y evita su confusión, sin que esto signifique negar una obvia relación. Su base radica en el destino que en un momento determinado tienen los bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico y organizados autónomamente. El fin al cual pueden estar afectados los bienes, derechos y obligaciones considerados como universalidad, igual puede ser jurídico que económico. Además considera que una persona puede tener distintos patrimonios, en razón de que puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, así como que dichos patrimonios, considerados como masas autónomas, pueden transmitirse por actos entre vivos.⁵⁸

Así por ejemplo, si una persona quiere montar una fabrica de lácteos, adquirirá el terreno donde estará su planta, construirá la nave, adquirirá maquinaria, materia prima, etc., y esto será su patrimonio de afectación industrial. Supongamos que triunfa su negocio y se vuelve millonario, y entonces decide comprarse una mansión, la amuebla, se compra automóviles lujosos, etc. Irá creando su patrimonio de derecho común.

Rojina Villegas dice que se requieren, los siguientes elementos:

- a) Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin.
- b) Que este fin sea de naturaleza jurídico-económica.
- c) Que el derecho organice con fisonomía propia y, por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones. Si no se cumplen estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación.⁵⁹

⁵⁸ Idem

⁵⁹ ROJINA VILLEGAS cit. por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., p. 49

1.4.3. Campos del patrimonio: pecuniario y moral

Al principio, como hemos visto, se pensaba que al patrimonio sólo lo formaban bienes de naturaleza económica. Sin embargo, se puso en crisis a esta teoría con las ideas de Von Ihering, el cual sostuvo, que el elemento patrimonial conocido como “obligación”, podía tener un objeto no sólo pecuniario, sino que apuntó casos de “obligaciones” con un objeto o contenido de tipo moral o afectivo. No obstante, los conservadores llegaron a considerar que si bien es cierto que puede haber obligaciones con un objeto que no sea pecuniario, esas obligaciones no se pueden considerar de índole patrimonial, sino que, son necesariamente “extrapatrimoniales”.

Mascareñas dice que si el patrimonio es, básicamente, un elemento de cohesión de diversos derechos y obligaciones sujetos a una misma titularidad, para someterlos a principios comunes, tradicionalmente ha venido teniéndose por divisa del mismo su carácter económico. Existen, con todo, derechos “extrapatrimoniales” que garantizan a la persona posiciones o estados, no susceptibles, en general, de estimación pecuniaria. Aun sin llegar a la idea extrema de que no existen derechos subjetivos fuera del patrimonio, podemos pensar en integrar todos los derechos de la personalidad, aun todos los extrapatrimoniales, en la idea del patrimonio moral de la persona. Si el patrimonio en su aspecto económico viene a constituir la base de sustento material de la persona en el seno de la sociedad en que vive, la representación económica de la persona en el medio social, el patrimonio moral agrupará en un solo conjunto sus derechos y obligaciones de naturaleza que merezca tal calificativo.⁶⁰

Esta doctrina se haya en congruencia con la Teoría Clásica o subjetiva, en cuanto considera al patrimonio como emanación o prolongación de la personalidad humana, en cuanto llega a afirmar que el patrimonio es la misma personalidad individual en sus relaciones con el mundo exterior que la rodea. Si el patrimonio es una noción abstracta pero implicativa de una íntima relación entre aquél y la personalidad, lógico es concluir que los atributos más estrecha y significativamente vinculados a la personalidad, los que

⁶⁰ MASCAREÑAS, Carlos E., op. cit. p. 328

constituyen la más íntima emanación de ésta, los que por antonomasia llamados derechos de la personalidad, pueden y han de incluirse en la noción omnicomprendiva del patrimonio.

Si se prefiere abandonar como idea central de la teoría del patrimonio la de la persona titular o la de la personalidad, para centrar aquél en la idea de fin, como quiere la tesis objetiva o realista, o más ecuanímente la dirección legalista, nada obsta tampoco a la configuración de un patrimonio moral. Sería a los fines a alcanzar por la persona, ya que no a la persona misma, donde habría que ligar la noción del patrimonio todo y, por ende, denominado patrimonio moral.⁶¹

El régimen aplicable a ese patrimonio moral de la persona no puede ser el mismo aplicable a los bienes o derechos patrimoniales económicos. Incluso sus principios rectores pueden ser completamente opuestos. El destino de los económicos sería su desenvolvimiento en el medio social, su comunicación exterior, mientras que los morales propenden a rechazar dicha comunicación y se dirigen hacia el pudor.

Así expuesta la doctrina, no hay duda de que, como señala L. Martín, el patrimonio moral puede constituir asiento de todos los derechos de la personalidad en el lado activo. Y en el pasivo podrían considerarse englobados el deber para con el donante, las obligaciones naturales, el deber del heredero de respetar a su causante, la deuda alimenticia, etc.⁶²

Es innegable que lo que obliga a pensar que los derechos de la personalidad no forman parte del patrimonio es la dificultad que representa su valoración en dinero; sin embargo, esto no implica que no pertenezca al mismo. Ejemplo de la valoración en dinero que se da a determinados bienes “extra-patrimoniales” es el caso del pago susceptible de ser exigido cuando se daña la reputación de uno de los esposales al romper la promesa de matrimonio sin justa causa. Es claro, que una obligación no implica necesariamente una cuestión económica. Si la obligación se define como el vínculo jurídico que da a una persona la

⁶¹ *Ibidem*, p. 329

⁶² *Idem*

posibilidad de pedir a otra un dar, hacer o no hace, es notorio que esta obligación también puede ser de índole moral o de afección y no necesariamente material reducida a los aspectos pecuniarios.⁶³

En resumen, el patrimonio está formado por dos grandes campos, que son el económico o pecuniario, y el moral, no económico o de afección, al cual también puede designársele como derechos de la personalidad.

1.4.4. Derechos de la personalidad

Estos derechos también son conocidos como “derechos personalísimos”, “derechos primordiales”, “derechos individuales”, “derechos autopersonales”, “derechos sobre la propia persona” o “derechos subjetivos esenciales”.

La teoría sobre un derecho general de la personalidad tiene sus precedentes en la Alemania del siglo XVIII, para quienes los llamados bienes de la personalidad conforman una esfera unitaria que viene a identificarse con el perenne derecho natural. Esta doctrina se mantiene durante el siglo XIX y será en los últimos años de ese siglo cuando va alcanzar su configuración más plena. Gierke y J. Kohler son sus principales representantes.⁶⁴

Según la tesis monista, hay un solo derecho de la personalidad, un derecho sobre sí mismo *-jus in se ipsum-* y los demás posibles derechos -como el honor, intimidad e imagen- serían como emanaciones o derivados de la personalidad, carentes de propia autonomía jurídica. Esta tesis es la clásica de Gómez de Amescua y apenas se mantiene hoy en día.

La postura intermedia de Larenz es la que estima que hay un derecho general de la personalidad, que es el derecho al respeto que se ha de atribuir a todo individuo como persona; éste es el fundamento de los derechos especiales de la personalidad, que, como

⁶³ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit. p. 22

⁶⁴ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 60

verdaderos derechos subjetivos múltiples, se refieren a aspectos o manifestaciones concretas -nombre, imagen, vida, etc.-. Al no estar muchos de éstos regulados legalmente, si se produce un ataque a la personalidad se verá si es subsumible en alguno de los derechos especiales de la personalidad y si no lo es, se examinará si existe una violación del derecho general de la personalidad.

La tesis pluralista es la que se acepta hoy comúnmente, y se corresponde con el concepto y estructura del derecho subjetivo y de los derechos de la personalidad. Estos son varios, distintos e independientes, aun formando especies del mismo género. En su variedad, recaen sobre manifestaciones inherentes a la misma persona, como son el honor, la intimidad y la imagen.⁶⁵

Mucho se han confundido los derechos de la personalidad con los derechos del hombre, garantías individuales, y derechos humanos. La confusión se debe a que los derechos innatos, preexistentes al Estado, surgidos a partir de las concepciones ius naturalistas, adquirieron, durante el siglo XVIII, matices políticos para ciertas reivindicaciones sociales, y así una noción más pública que privada. Sin embargo, las garantías individuales son derechos oponibles a todo tercero, es decir, son *erga omnes*, aunque el Estado tenga el papel de reconocerlos y sancionar sus violaciones. La confusión es válida en tanto que en el fondo de cada uno de los derechos de la personalidad, como el derecho a la reserva o a la integridad física y tantos otros, yacen derechos humanos o derechos del hombre como la libertad o la dignidad.⁶⁶

Los derechos de la personalidad se distinguen de las garantías individuales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en que estas últimas constituyen un límite al ejercicio de los poderes de las autoridades públicas frente a los gobernados y tienden fundamentalmente a hacer posible la libertad política del pueblo, en un régimen democrático representativo.

⁶⁵ Las tres tesis fueron obtenidas de O'CALLAGHAN, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Unidas, España, 1991, p. 165-6.

⁶⁶ BURGEOA ORIHUELA, Ignacio cit. por LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 9

Tampoco deben confundirse con los derechos humanos. Éstos tienden a procurar la seguridad corporal y en ciertos casos anímica de los seres humanos también frente a los demás estados miembros de la comunidad internacional. Valen no sólo frente a los gobiernos de organización liberal, sino frente a todo gobierno de una u otra nación, cualquiera que sea su organización política. Se caracterizan por tratar de establecer normas internas que expresan la solidaridad humanitaria.

No deben confundirse los derechos de la personalidad con los atributos de la personalidad –propriadamente son atributos de la persona–. Los atributos son calificativos que el ordenamiento jurídico confiere a la persona determinada con el fin de individualizarla a través del nombre, ubicarla en el espacio –domicilio– o en el ordenamiento jurídico –estado civil y estado político–, como instrumentos técnicos para la aplicación de las normas jurídicas que legalmente correspondan.⁶⁷

Los derechos de la personalidad existen por su propia naturaleza, con independencia de que el legislador los haya proclamado. No son creación de ningún Estado o poder público, sino que éste sólo puede reconocer que existen antes de cualquier declaración oficial.⁶⁸

Borda dice que la persona natural, por el hecho de existir, tiene la protección del derecho. Esta protección se manifiesta de diversas formas, ante todo, se le reconocen ciertos atributos jurídicos –atributos de la persona–, que se estiman inseparables de ella. Estos atributos son: los derechos de la personalidad, el nombre, el estado, la capacidad y el domicilio.⁶⁹

1.4.4.1. Concepto

Larrondo los define de la siguiente manera: “los bienes de la personalidad –entendida ésta como la abstracta posibilidad de tener derechos y obligaciones frente a sí y frente a los

⁶⁷ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *op. cit.*, p. 337

⁶⁸ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, T. II, V. III, Bosch, España, 1983, p.232

⁶⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho Civil*, Parte general I, 11ª ed., Perrotti, Argentina, p. 968

demás-, es decir, facultades concretas de las que está investido todo aquél que tiene personalidad.”⁷⁰

Galindo Garfias menciona que “...los derechos de la personalidad comprenden un conjunto de prerrogativas o facultades y poderes que tutelan o garantizan a la persona, el goce de sus facultades y el libre desenvolvimiento de su personalidad.”⁷¹

Siguiendo a Castán podemos decir que se les ha definido como aquellos derechos que, a diferencia de los patrimoniales –económicos–, garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad –Gierke– o bien aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona –De Cupis–⁷²

Beltrán de Heredia dice que

...si se tiene en cuenta el poder o facultad del sujeto, podrán ser considerados como aquellos derechos que atribuyen el goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos esenciales de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad, o simplemente el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros está unido indisolublemente; algo así como el derecho de la persona a ser fin en sí misma y a afirmarse y desarrollarse como tal. Si por el contrario, se da más importancia al reconocimiento o protección que el derecho objetivo atribuye a aquella titularidad, podrá hablarse de derecho a exigir que el hombre sea reconocido como plena personalidad ética y espiritual. Finalmente, si lo que se destaca es el objeto al que afectan y las cualidades inherentes al mismo, puede decirse que son derechos que nacen con el hombre y viven con él inseparablemente, que en este sentido son esenciales, pues constituyen el mínimo indispensable del contenido de la personalidad.⁷³

Sternberg dice que son aquellos derechos patrimoniales que no pueden establecerse por cualquiera en todo tiempo y de manera general, sino que van unidos a determinadas condiciones personales: de esto se infiere que el derecho sobre bienes inmateriales va siempre ligado a un derecho de persona o personalidad. Son derechos de exclusión, absolutos, pero su característica se condensa en la circunstancia de tratarse de derechos de

⁷⁰ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 10

⁷¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit. p. 335

⁷² CASTÁN TOBENAS, José, cit. por HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit. p. 49

⁷³ idem

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

actividad como lo son sus derechos básicos y primarios: los de la persona y la personalidad. El bien que en tales derechos tiene valor patrimonial es indivisible, ya que no existe en ellos un objeto patrimonial inmediato, sino una potencia patrimonial y precisamente por eso son distintos de los derechos reales y les atribuimos el nombre de Derechos sobre bienes inmateriales.⁷⁴

El Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM menciona que los derechos de la personalidad "...constituyen un tipo singular de facultades reconocidas a las personas físicas para el aprovechamiento legal de diversos bienes derivados de su propia naturaleza somática, de sus cualidades espirituales y en general de las proyecciones integrantes de su categoría humana".⁷⁵

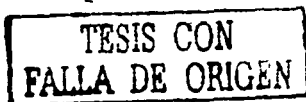
Gutiérrez y González dice que "son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizados por el ordenamiento jurídico."⁷⁶

Para nosotros, los derechos de la personalidad, son aquellos derechos subjetivos privados, patrimoniales no pecuniarios, oponibles *erga omnes*, de los cuales gozan las personas durante toda su vida y a veces mas allá de ésta, y que protegen la vida y la dignidad de los individuos, para el logro del libre desarrollo de las personas dentro de la sociedad, quienes son el fundamento del orden jurídico, político y social.

⁷⁴ HERCE DE LA PRADA, Vicente, El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión, Vol. I, José Ma. Bosch Editor, España, 1994, p. 35

⁷⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit. p. 1055-6

⁷⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., p. 776



1.4.4.2. Caracteres

La doctrina como siempre, no se pone de acuerdo en cuáles son los caracteres de los derechos de la personalidad; sin embargo, a continuación presentamos un extracto de aquellos atribuidos por los diferentes autores:⁷⁷

a) Son derechos subjetivos;⁷⁸ porque garantizan el goce de las facultades del individuo. Los "...derechos de la personalidad -no la personalidad misma- por una parte quedan objetivados y surgen como "bienes jurídicos" y por lo tanto son materia de los correspondientes derechos subjetivos."⁷⁹

Aunque Von Thur dice que los derechos de la personalidad no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, por el hecho de hallarse protegidos jurídicamente, pues les faltan las que él estima características que señalan la existencia de un derecho subjetivo: la posibilidad de decidir sobre el nacimiento y la extinción del derecho, su transmisibilidad y renunciabilidad. Por eso concluye que se tratan de bienes humanos que no concede el orden jurídico, aunque gocen de la protección de las leyes. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que no es tanto la posibilidad de decidir sobre el nacimiento o la extinción del derecho subjetivo lo que caracteriza la existencia de éste para su titular, sino la posibilidad de ejercitarlo y defenderlo; y que sin duda existen derechos subjetivos intransmisibles e irrenunciables.⁸⁰

Cabe señalar que como derechos subjetivos protegen bienes, los cuales son la vida, la integridad física, la imagen, etc. Pero dichos bienes deben ser susceptibles. Esta susceptibilidad es la aptitud para ser objeto de relaciones jurídicas reconocidas por el derecho objetivo. Dicha susceptibilidad depende de la utilidad y la apropiabilidad del bien.

⁷⁷ Es un resumen de las características que les atribuyen autores como: Ignacio Galindo Garfias, Jorge A. Sánchez-Cordero Davila, el Instituto del Investigaciones Jurídicas en su Diccionario Jurídico Mexicano, Guillermo Cabanellas, Guillermo A. Borda, Fernando Herrero Tejedor, y Beltrán de Heredia.

⁷⁸ Algunos autores sostienen que los derechos de la personalidad no coinciden con la categoría de derecho subjetivo, porque la persona no puede al mismo tiempo ser sujeto y objeto de derechos, facultades y obligaciones.

⁷⁹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit. p. 339

⁸⁰ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats BUENAVENTURA PELLISÉ, op. cit. p. 315

En el caso del DIMA es evidente su utilidad -la protección de la imagen de las personas-. Ahora bien, respecto a que la imagen es apropiable, no lo es tanto porque constituya una entidad dicha imagen con existencia separada de la persona retratada -la apropiabilidad no requiere plena separación del sujeto-, cuanto porque existe la posibilidad de un reconocimiento de titularidad exclusiva de este sujeto sobre aquel objeto, de modo que elimine la de otras personas sobre el mismo.⁸¹

b) con carácter privado; el contenido de cada derecho singular es lo que define si son públicos o privados, es decir, aunque un derecho esté protegido por las leyes penales, no deja de ser privado. Son derechos privados, porque lo que tratan de asegurar a cada individuo es el goce de su propio ser privativo y personal, tanto físico como espiritual o moral, no su actuación externa o pública. Además el titular es la persona desde un punto de vista privado, aunque por ejemplo, ejerza un cargo público o sea muy famosa.

c) Son derechos innatos, naturales, originales u originarios y vitalicios: porque son inherentes a la persona; se adquieren desde el momento de la concepción; y se extingue con la persona. Aunque existen bienes que se protegen mas allá de cuando la vida de la persona se extingue, como es el caso de la imagen -como veremos en el siguiente capítulo-. Además, no está supeditada su existencia al reconocimiento expreso por parte de un sistema legislativo. Aunque otros autores los entienden como aquellos que no necesitan la realización de ningún determinado acto jurídico para su nacimiento, para venir a la existencia, pues resulta suficiente a su respecto con el presupuesto general de la personalidad del sujeto.⁸²

d) Esenciales; porque sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud. Además son condición fundamental para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, como ser humano.

⁸¹ Ibidem p. 318 La utilidad se viene a enlazar con la tesis de Ihering sobre la esencia del derecho subjetivo. Se ha dicho que el interés es un bien cuyo goce es útil al hombre, un valor considerado en relación con el sujeto del derecho.

⁸² Ibidem p. 331-2

- e) **Absolutos**, porque pueden oponerse a las demás personas, *-erga omnes-*; Pero no lo son en su contenido, pues están condicionados por las exigencias de orden moral y las de orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.
- f) **Son generales** porque toda persona goza de ellos.
- g) **Son individuales**, porque lo es el interés que protegen. Además, porque son reconocidos concreta y específicamente a favor de cada persona individualmente considerada.
- h) **Personalísimos**, porque sólo su titular puede ejercitarlos.
- i) **Variables**, porque su contenido obedece a las circunstancias en que se desarrollan.
- j) **Son imprescriptibles**, porque el transcurso del tiempo no los altera o extingue.
- k) **Patrimoniales**, porque forman parte del patrimonio de las personas, es decir, son el patrimonio moral, no económico o no pecuniario de cada persona.
- l) **Indisponibles**, -inalienables, intransferibles o intransmisibles-; pues el sujeto carece de disposición sobre los mismos, entendida como la facultad o poder de realizar un acto cualquiera que decida el destino del derecho, haciendo dejación de su titularidad. Lo contrario supondría tanto como permitir la dejación de la propia persona, en todo o en parte, en virtud de la inherencia antes señalada. Como consecuencia son también intransmisibles –aunque Beltrán de Heredia dice que no es absoluto-.
- m) **Irrenunciables**; porque no pueden desaparecer por la voluntad; en consecuencia de la indisponibilidad.
- n) **Inembargables**, no pueden ser materia de embargo alguno.

- o) Son individualizados por el ordenamiento jurídico.
- p) Internos, por su consistencia particular y de conciencia.
- q) Confieren la facultad para exigir del Estado protección, y que garantice el ejercicio de la categoría de persona, y para exigir de cualquier particular respeto a las cualidades que integran dicha categoría -bienes morales: vida, integridad corporal, honor-.
- r) Su lesión provoca un daño moral, no resarcible en dinero sino compensable.
- s) Se imponen al derecho objetivo por su naturaleza sustancial.
- t) Su objeto no es la persona titular, sino la protección de su vida y dignidad. El objetivo primordial de su protección no es otro sino sancionar o impedir las perturbaciones ocasionadas por otros particulares a un bien estrictamente privado o particular.
- u) Insustituibles. No se pueden sustituir.

Galindo Garfías dice que la nota característica de estos derechos, es que no se trata propiamente de un conjunto de derechos atribuidos a su titular, sino de deberes impuestos a los miembros del grupo social en sus relaciones con todos los otros integrantes que les obliga a respetar la dignidad y la calidad intrínseca de todas las personas. El bien jurídico protegido por esos derechos esenciales, no es la persona misma –sujeto–, sino su dignidad personal –objeto– no tanto en cuanto se relacionan con la persona, sino en tanto son materia de tutela jurídica, contra abusos y usurpaciones por otros sujetos.⁸³ A lo cual agregamos que los derechos de la personalidad no sólo nos dan protección contra esos abusos y usurpaciones, sino que en algunos casos nos pueden conceder la facultad de disponer del bien protegido –como el caso del DIMA, en el cual, como veremos, existe un aspecto consistente en la facultad de disposición de cada persona sobre su imagen–.

⁸³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit. p. 339

1.4.4.3. Clasificación

La doctrina no se pone de acuerdo tampoco en una clasificación única, así que mencionaremos las más representativas y ubicaremos al DIMA en cada una de ellas – aunque a veces no sea reconocido de manera autónoma, sino implícita en algún otro derecho-.

César Molinero los agrupa en: a) inherentes a la persona -**imagen, voz, nombre-**, b) los referentes a su patrimonio moral o creativo -**honor, fama, creación intelectual-**, c) los del ámbito territorial -**domicilio, privacidad, intimidad-**; y d) derechos de participación consentida -**correspondencia, comunicación o audiovisual, secreto profesional y cláusula de conciencia-**. El mismo autor da tres perfiles de los derechos de la personalidad: 1.- de naturaleza estrictamente personal, 2.- de carácter patrimonial de la persona, no en el sentido de los ius privatistas de bienes de carácter material y físico, sino de patrimonio inseparable con la dignidad de cada sujeto que puede tener valor intensamente subjetivado, pero que, en su aspecto más general, responden a criterios de relativa y fácil objetivación, en estos últimos esta la imagen; y 3.- los derechos subjetivos de ámbito territorial -**domicilio, información-**.⁸⁴

Campogrande divide los derechos de la personalidad en derechos de la persona física y derechos de la persona en sentido moral. Entre estos últimos incluye los derechos al honor, al nombre, el de autor y **el derecho a las representaciones propias; esto es, el derecho a la imagen.**

Perreau, establece la distinción entre los derechos del individuo como tal, los que tiene como miembro de una familia y los que ostenta como miembro del Estado. Entre los primeros distingue a su vez tres grupos: derecho a exigir de todos el reconocimiento de su individualidad -**nombre-**; los derechos relativos a la individualidad física -**vida, integridad**

⁸⁴ MOLINERO, César, Teoría y fuentes del derecho de la información, 2ª ed., Escuela Superior de Relaciones Públicas, E.U.B., España, 1995, p. 133-5

corporal, salud, fuerza muscular y **defensa de la figuración de la imagen**;- los derechos relativos a la individualidad moral -honor, libertad, respeto al trabajo intelectual-.

De Cupis, el autor que en la doctrina moderna ha dedicado mayor atención a los derechos de la personalidad, los agrupa de la siguiente manera: a) derecho a la vida y a la integridad física; b) derecho a la libertad; c) derecho al honor y a la reserva -este último incluye al **Derecho a la Propia Imagen**-, d) derecho a la identidad personal y e) derecho moral de autor.

Gangi los clasifica en: a) derecho a la Vida; b) derecho a la integridad física; derecho de disposición del propio cuerpo y del propio cadáver; c) derechos de libertad; d) derecho al honor; e) **Derecho a la imagen**; f) derecho moral de autor e inventor; g) derecho al secreto epistolar, telegráfico y telefónico.

Messineo, los llama derechos autónomos de la personalidad, dentro de los cuales considera al derecho al nombre, el derecho personal de autor, el derecho sobre el propio cuerpo, el **DIMA**, el derecho sobre las memorias íntimas y el derecho al secreto epistolar.

Mazeaud estima ser derechos de la personalidad: a) los derechos a la integridad física; b) los derechos a la integridad moral y c) el derecho del trabajo. Dentro del segundo grupo, el que primeramente estudian como derecho de la personalidad es el **derecho de la imagen**, seguido de los derechos a la libertad individual, a la libertad para contraer matrimonio, al honor, a los sentimientos de afecto, al secreto y al nombre.

Martín Ballesteros los divide en tres grandes grupos: a) derechos a la individualidad -nombre, domicilio, estado civil, raza, patrimonio, profesión-; b) derechos relativos a la existencia física -vida, integridad física, facultades de disposición del propio cuerpo-; c) derechos morales -**imagen**, secreto, honor, de autor, de familia, sobre recuerdos familiares y sepulcros y las llamadas libertades públicas-.⁸⁵

⁸⁵ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats BUENAVENTURA PELLISÉ, op. cit. p. 310

Castán Tobeñas los sistematiza del siguiente modo: a) derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos –nombre-; b) derechos relativos a la existencia física o inviolabilidad corporal -vida, integridad física, facultades de disposición del propio cuerpo, partes separadas del cuerpo y cadáver-; c) derechos de tipo moral -libertad personal y honor-; d) derechos a la esfera secreta de la propia persona -secreto de la correspondencia e imagen-; e) Derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales.

De Castro y Bravo, quien propugna la sustitución del concepto de los derechos de la personalidad por el de los bienes de la personalidad, los ordena del siguiente modo: a) bienes esenciales de la personalidad -vida, integridad personal, libertad-; b) bienes sociales e individuales de la personalidad -bienes individuales y sociales, honor y fama, bienes corporales y psíquicos, intimidad personal, **reproducción de la imagen**, consideración del autor-. Asigna trato aparte al nombre y a las manifestaciones de la protección *post mortem* de la personalidad.⁸⁶

Basándose en la clasificación del profesor De Castro, y siguiendo la sistemática de Martín Ballester, Herce hace la siguiente clasificación: a) bienes primarios o de la existencia humana -vida e integridad corporal-; b) bienes de la personalidad secundarios de tipo moral -el derecho de autor, así como la reserva y como manifestaciones concretas de la misma: el honor, el secreto en sus diversas manifestaciones, la intimidad y la **propia imagen**-; c) bienes de la individualidad -las libertades individuales y las de las personas jurídicas-.⁸⁷

Antonio Cano, considera a la vida y a la integridad como básicos de entre los derechos de la personalidad, y luego engloba los restantes derechos como libertades básicas. Así: libertad ideológica y religiosa; la intimidad; el honor, la **propia imagen**, inviolabilidad de domicilio, derecho a elegir la residencia y circulación dentro del propio país, la libertad de expresión, reunión y asociación; derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

⁸⁶ *idem*

⁸⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 22

Podemos subsumir en esta categoría el derecho de participación en las funciones públicas que lleva coherentemente a los derechos de sufragio activo y pasivo.

Beltrán de Heredia los divide en: a) derechos a la identificación personal, que comprende el uso del nombre, el pseudónimo y de los títulos nobiliarios. b) derechos a la Vida y a la integridad física, que garantiza la inviolabilidad corporal; c) derechos a la integridad moral, el honor y la reserva, con sus diversas manifestaciones, como el secreto y la **Propia Imagen**; d) derecho a la libertad, en todas sus manifestaciones.⁸⁸

Gutiérrez y González los divide en tres grupos: 1.-Parte social pública que comprende: a) derecho al honor o reputación; b) derecho al título profesional; c) derecho al secreto o reserva -secreto epistolar, inviolabilidad del domicilio, secreto telefónico, secreto profesional, secreto de disposición de bienes por última voluntad, y **Derecho a la imagen**-; d) derecho al nombre; e) derecho a la presencia estética; f) derechos de convivencia. 2.-Parte afectiva que comprende: a) derechos de afección familiares; b) derechos de afección de amistad. 3.-Parte físico-somática: a) derecho a la vida; b) derecho a la libertad; c) derecho a la integridad corporal; d) derecho de disposición del cuerpo humano.

Por nuestra parte proponemos la siguiente clasificación:

- a) Parte físico-somática: derecho a la vida, derecho a la integridad corporal, derecho de disposición del cuerpo humano, derecho de disposición del cadáver, derecho a la salud, derecho a la presencia estética.
- b) Derechos de la individualización personal: derecho al nombre o al pseudónimo, derecho al uso de títulos nobiliarios, derecho al título profesional, derecho a la voz, y **Derecho a la Propia Imagen**.
- c) Derechos que afectan la moral de la persona: derecho a la integridad moral, honor, intimidad, derecho sobre memorias íntimas.
- d) Derechos de autor e inventor.

⁸⁸ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 56

- e) **Derecho al secreto:** secreto epistolar, secreto profesional, secreto telefónico, secreto telegráfico, secreto de disposición de bienes por última voluntad.
- f) **Derechos del ámbito territorial:** derecho al domicilio, derecho a elegir la residencia, derecho a la privacidad.
- g) **Libertades públicas:** libertad para contraer matrimonio, libertad ideológica y religiosa, y circulación dentro del propio país, la libertad de expresión, reunión y asociación.
- h) **Derecho de elección del trabajo,** derecho de elección de profesión, derecho a elegir una forma de vida y destino personal.
- i) **Derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión.**
- j) **Derechos políticos:** derechos de sufragio activo y pasivo.
- k) **Parte afectiva:** derecho de afección familiar; derecho de afección de amistad, derechos de convivencia, derechos sobre recuerdos familiares y sepulcros.
- l) **Derecho a tener atributos de la persona:** estado civil, nacionalidad y patrimonio.

Ya establecida una clasificación de los derechos de la personalidad, ahora veremos el por qué de su existencia y cuál es la protección que otorgan.

1.4.4.4. Utilidad, objeto y protección.

La individuación de un bien deriva de la individuación de una necesidad, y considerando que las exigencias de la vida, de la integridad física, de la libertad, del honor, etc. constituyen auténticas necesidades específicas y esenciales, todas ellas merecen la consideración de bienes, que se corresponden a las diferentes facultades personales.⁸⁹

El objeto de estos derechos es proteger el interés que el bien material o inmaterial representa para su titular, por lo cual, el Derecho lo reputa digno de protección y a través de las correspondientes acciones que la ley establece.

⁸⁹ DIEZ DÍAZ, Joaquín cit. por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, op. cit., p. 52

Puig Ferriol dice que su utilidad en el ámbito jurídico, es en cuanto operan como instrumento eficaz para que el ser humano pueda exigir que sea reconocido como personalidad plena, para lo cual quien se sienta lesionado en un bien personal, ha de poder accionar no sólo para obtener el resarcimiento del daño sufrido, sino también para que se tomen las medidas oportunas para que cese en el futuro toda actividad que pueda dañar su esfera espiritual.⁹⁰

Su objeto es un adecuado disfrute de los bienes fundamentales de las personas y se basan en la idea, como afirma Roger Nerson, de que el hombre tiene un cuerpo, que desea salvaguardar su integridad física, y además que desea conocer, en el plano afectivo y moral, la felicidad o al menos vivir en paz y no sufrir atentados contra su libertad, honor o intimidad. Por ello tienen una consideración doble, tanto en el aspecto público, es decir, las sanciones penales o administrativas que se impondrán cuando estos derechos no sean debidamente respetados, como desde un ángulo privado en el que se debiera estar perfilado su contenido.⁹¹

En su protección Beltrán de Heredia distingue un aspecto estático y otro dinámico. En los derechos de la personalidad, la obligación de respeto y abstención desde el punto de vista pasivo, es genérica e indeterminada. Su infracción consiste en la violación, intromisión, perturbación u ofensa que ocasiona un daño moral. La protección, que en su fase estática se cifra, en el respeto de la intimidad, cumpliendo cada uno el propio deber de abstención, en el momento dinámico tiende a la reparación del daño causado mediante el abono indemnizatorio de una compensación o equivalente económico, con independencia de la sanción penal, si a ella hubiese lugar.⁹²

Cabe señalar que según Degni se puede hacer extensiva la protección a las personas jurídicas pero con límites.⁹³

⁹⁰ PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de derecho civil*. T. I, VI, Bosch, España, 1979, p. 68

⁹¹ Cit. por Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., p. 723

⁹² HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 57

⁹³ *Ibidem* p. 56

Ahora bien, para nosotros, la protección que otorgan los derechos de la personalidad tiene como fin último el cuidado de la vida y la dignidad de las personas.

1.4.4.5. La vida y la dignidad de las personas como principios rectores

Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos, irrenunciables, oponibles *erga omnes* cuyo objeto está constituido por los atributos y manifestaciones esenciales de la personalidad, derivados de la dignidad humana, y necesarios para el efectivo logro del libre desarrollo de la vida persona.⁹⁴

La dignidad la entenderemos como “el decoro de las personas, honor, respeto que se le debe a una persona, estimación, honra”.⁹⁵ Así, la dignidad tiene su finalidad principal, como lo afirma Gorrotxategi⁹⁶, en el pleno desarrollo de la persona dentro de la sociedad, protegiendo su dimensión moral e impidiendo su humillación. Su destino es procurar la privacidad suficiente para que se mantenga una calidad de vida que permita el desarrollo del hombre.

Así, el art. 10 de la Constitución española dice que: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” Con esto supone la consagración de la persona y de su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, existe una doble positivación de la dignidad de la persona y de sus consecuencias. La primera supone una concreción no sólo del valor primordial de la persona en los ordenamientos, sino también de los derechos que le son inherentes y de la personalidad en cuanto tal. En este primer nivel se está dotado de fuerza vinculante tanto para los particulares como para los poderes públicos –como dice el art. 9.1 de la

⁹⁴ Constitución Española art. 10.1

⁹⁵ Diccionario de la Real Academia Española, op. cit. p. 530

⁹⁶ Cit. por LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 30

Constitución española-, las consecuencias jurídicas de la personalidad, y entre ello destacan los derechos de la personalidad. El segundo nivel viene constituido por el reconocimiento explícito de los más importantes derechos de la personalidad como derechos fundamentales: como la vida, la libertad en sus diversas manifestaciones, el honor, la intimidad y DIMA.⁹⁷

La imagen es una encarnación, una plasmación, de los rasgos esenciales de la personalidad -de su individualidad y su capacidad comunicativa en primer término-. En consecuencia, la imagen participa de la dignidad personal propia del ser humano. Aquí, también, se deriva la exigencia de su adecuada protección. El hecho de que esté en juego la dignidad personal del hombre es la razón primera de la existencia de tal protección.⁹⁸

A lo largo de este capítulo vimos los términos de persona y personalidad; asimismo, analizamos a la imagen de las personas ubicándola dentro de aquellos conceptos que permiten la identificación, reconocibilidad e individualización de cada individuo en la sociedad. Posteriormente mencionamos en qué consiste el patrimonio, sus teorías más importantes y sus componentes, uno de los cuales lo constituyen los derechos de la personalidad, los cuales fueron estudiados. En nuestro siguiente capítulo, trataremos a fondo la protección que se le da a la imagen por medio de uno de los derechos de la personalidad: “el Derecho a la Propia Imagen”.

⁹⁷ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit. p. 18

⁹⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 25

CAPITULO SEGUNDO: DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

2.1. Antecedentes

En Roma había varias instituciones, por ejemplo el *ius imaginis* o *ius imaginum*, que alcanzan importancia durante la República, consistentes en un privilegio que se otorgaba a determinados nobles para realizar una máscara de cera tomada sobre el cadáver de sus antepasados que hubiesen desempeñado el consulado, la pretura y otras altas magistraturas; las cuales conferían el derecho de que se hiciera de ellos un retrato o un busto, que tenía obligación de conservar celosamente su descendencia y que se exhibía o se paseaba procesionalmente en conmemoraciones triunfales o funerarias de la familia. Esta costumbre de carácter honorífico respondía a la creencia general de que se podía conservar la personalidad de la persona representada si se mantenía una de sus partes esenciales como es el rostro.⁹⁹

La Enciclopedia Jurídica OMEBA dice que las estatuas se erigían a los príncipes y a los grandes hombres, inculcándose hacia ellos, a través de su estatua, una cierta veneración y un profundo respeto. A estas estatuas otorgaron los romanos ciertos privilegios, como el consagrado por una Constitución de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio que concedía el derecho de asilo a aquellos individuos que se acogían a las estatuas de los príncipes. El respeto a estas imágenes a perseverado a través del tiempo, se conservó durante la Edad Media y aún se guarda en la época actual. Una muestra nos la ofrece Escribche cuando dice que: "el que usare deshonorar a sabiendas la estatua u otra imagen que represente la persona del rey, comete alevosía, y si fuere hombre honrado debe ser

⁹⁹ *Ibidem*. p. 26 y CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. T. III, 21ª ed., Heliasta S.R.L., Argentina, p. 121

desterrado del reino para siempre y perder lo que del Rey hubiese recibido; más siendo de inferior clase, incurre en la pena de muerte."¹⁰⁰

Existía una figura que se conocía como *iniuria indirecta*, y era aquella que se dirigía sobre ciertos objetos, un retrato por ejemplo.¹⁰¹

También existía el *actio iniuriarum* creado para la protección de los derechos de la personalidad, y el cual era ejercido cuando existían lesiones al honor, y cuyo fin era obtener una ganancia para el actor a través de multas impuestas al agresor. El *actio iniuriarum* evolucionó hasta el punto que se amplió a la difamación escrita o verbal y a los ultrajes al pudor. Posteriormente con la Ley Cornelia -67 a.C.- se permitió a la víctima elegir entre la *actio iniuriarum* o una persecución por delito de carácter público, y finalmente, en época de Justiniano las injurias fueron relegadas exclusivamente al campo del derecho público.

La revolución social, política, religiosa y cultural del cristianismo se tradujo en el asentamiento de las bases de los llamados derechos de la personalidad al declarar la fraternidad universal y la inviolabilidad de la persona, así como de sus prerrogativas individuales y sociales, asignando de manera incipiente el dominio del individuo sobre sí mismo.

En el Medioevo, en la Edad Moderna y en los albores de la Contemporánea hicieron grandes progresos la pintura y la escultura, pero la índole de estas obras no permitía otros retratos que los verificados por comisión, y, por ello, no se concebían las reproducciones subrepticias. Ya que no existían los procesos mecánicos de hoy para multiplicar las copias de un cuadro o busto, sino que la obtención de éstas exigía que se recurriera a una nueva pintura o modelado, lo cual, a su vez, reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causahabientes, y sólo se podía dar el caso -por lo que atañe a las lesiones contra el respeto debido al efigiado- improbable

¹⁰⁰ Ley 18, tít. 13, parte 2ª cit. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. XIV, Edit. Driskill S.A., Argentina, 1990, p. 968. El vocablo usare se traduciría como "suela", ya que a los que sólo deshonrasen una vez la imagen del Rey, no habría de ser castigado sino con otras penas más suaves.

¹⁰¹ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit. p. 34

de estar aquellos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente – aunque estamos conscientes de que en algún caso excepcional hubiera artistas con memoria fotográfica y que no necesitarán una persona posando u otra obra para elaborar su arte-. Pero de todos modos, la ofensa debía perder gravedad y no significaba un verdadero peligro social, dado el escaso alcance difusivo del retrato por las pocas reproducciones legítimas o ilegítimas que de él podrían hacerse; sin embargo, aun prescindiendo de la gravedad cuantitativa, es decir, de la que atiende al número de las copias sacadas y fijándonos únicamente en la cualitativa, que hace referencia a lo que en el retrato haya de indiscreto, tampoco tenía importancia la cuestión, porque en tales reproducciones solía presentarse el titular de la imagen con la seriedad propia de una obra que debía reservarle el afecto y veneración de sus descendentes o de la corporación a que perteneciera, no siendo factible sorprenderle en escenas íntimas, más o menos confesables, pero, en general dignas de tutela contra cualquiera inoportuna publicidad de las mismas.¹⁰²

Durante el renacimiento surgió con más necesidad de afirmar la independencia de las personas -durante la época antigua el sujeto estaba inmerso en la sociedad a la que pertenecía, es decir, a la *polis* o *civitas*- y a la tangibilidad de los derechos humanos. Así, la privacidad es considerada como “un privilegio de minorías selectas que hacen valer ante un grupo de su facultad, de aislarse, de encasillarse y de evitar toda interferencia en su vida privada y la posibilidad consecuente de disponer de ella”.¹⁰³ En esta época aparece la figura de *potestas in se ipsum* o *ius in corpus*, a través de la cual se le da el señorío sobre su propio cuerpo, permitiéndole cualquier cosa respecto a él.

En el siglo XVIII, con el surgimiento de la corriente *ius naturalista*, los derechos de la personalidad recibieron un replanteamiento al afirmarse que estos derechos eran innatos al hombre, y que existían aun sin ser reconocidos por el Estado. En el siglo XIX llega la corriente positivista, y con ella el Código Civil Alemán de 1842, el austriaco de 1810; el de

¹⁰² Ruiz y Tomas en DE CASSO Y ROMERO, Ignacio *Diccionario de Derecho Privado*, T. I 2ª reimpresión de la 1ª ed., Labor S.A., España, 1961, p. 1483

¹⁰³ FLORES FLORES, Armando, *Implicación jurídica de la imagen como proyección jurídica de las personas físicas*, Tesis profesional de licenciatura, UNAM, Facultad de Derecho, Seminario de patentes, marcas y derechos de autor, México, 1989, p. 107

Portugal de 1867; el de Rusia de 1845; el de Inglaterra de 1865 y el de Suiza de 1888, reconocieron los derechos de la personalidad y, a grandes rasgos el Derecho a la Imagen.

La invención de la fotografía marca un parteaguas en lo que se refiere a la protección de la imagen.¹⁰⁴ Lo que interesa proteger con la creación de ésta al principio sólo son los derechos del autor sobre la fotografía; si hasta el momento se habían reconocido las prerrogativas de los autores de obras artísticas, de los escritores, la creación fotográfica exigía una protección similar.¹⁰⁵

Las leyes sobre propiedad intelectual y artística de Alemania -1876-, Austria -1885- y Bélgica -1886- suponen un primer paso en el reconocimiento del DIMA. La ley alemana del 9 de enero de 1876, de derechos de autor sobre las obras de arte figurativo, señala en su artículo 8º que si el autor de una obra de arte figurativo enajenase la propiedad, esta enajenación no llevaría consigo el derecho de reproducción; sin embargo, si se tratase de retratos o de bustos, el derecho de reproducción pasaría al que haya encargado la obra. Es decir, que la facultad de reproducir la imagen humana pertenece a quien ha encargado la fotografía, la pintura o la escultura y no al sujeto cuya imagen se ha fijado sobre alguno de estos soportes. Hay una intuición de que cuando se trata de la imagen humana, el autor de la obra de arte sufre restricciones en sus prerrogativas habituales. Pero el problema jurídico que se plantea es irresoluble en estos momentos al no existir ni una doctrina elaborada, ni un precedente legislativo y jurisprudencial que pueda dar luz sobre el tema.

¹⁰⁴ Su origen data de 1727, año en que Johann H. Schulz descubrió que las sales de plata se oscurecían al exponerse a la luz; Giacomo Battista Beccaria descubrió la sensibilidad del cloruro de plata en 1757, y en 1822 J. N. Niepce hizo la primera fotografía con una cámara oscura y una placa sensible a la luz; L. Daguerre descubrió en 1837 que una imagen formada sobre una lámina metálica plateada, cubierta con una capa de yoduro de plata, se podía revelar exponiéndola a la acción de vapores de mercurio. Sin embargo, el invento de la fotografía actual se atribuye a W. H. Fox Talbot quien, en 1841, da a conocer en la Academia de las Ciencias de París que exponiendo a la luz dentro de una cámara un papel sensibilizado, produjo un negativo, del que obtuvo la imagen positiva por impresión sobre otro papel, por las mismas fechas, M. Blanquart-Eurard consigue popularizar la fotografía sobre papel; al poco tiempo, M. Dubroni crea las primeras cámaras portátiles, en 1851 F. Scott Archer dio a conocer el procedimiento del colodión húmedo, utilizado hasta la introducción de la película transparente para fotografía y cine por G. Eastman en 1884. La fotografía en color data de 1861 cuando James Clerk Maxwell describió una técnica para producir tres colores exponiendo tres placas distintas a través de tres filtros diferentes; no obstante, hasta 1935 no se fabricaron rollos de película en color, que pronto se popularizaron. *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, op. cit., Tomo V, p. 1519 y Ana Azumendi, op. cit. pp. 51-2

¹⁰⁵ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., pp. 51-2

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ley austriaca reconocía que es a la persona representada en la pintura, grabado, fotografía, etc., a quien le corresponde el consentimiento para que el autor pueda ejercer sus facultades. Admitía que en el caso del fotógrafo profesional, éste tenía las prerrogativas sobre el retrato. El art. 13 decía que respecto a los retratos fotográficos, el ejercicio del derecho de autor se hallaba vinculado en todo caso al consentimiento de la persona reproducida o de sus herederos, y se exceptuaban las fotografías realizadas de oficio.

El 22 de marzo de 1886 se promulga la Ley Belga del Derecho de Autor, que exponía en su art. 20 que ni el autor, ni el propietario de un retrato tenían derecho de reproducirlo o de exponerlo públicamente sin el consentimiento de la persona representada, o de los derechohabientes durante los 20 años que siguen a la muerte del retratado.

Son varios los países que en la segunda mitad del Siglo XIX promulgan leyes sobre la propiedad intelectual y artística, que no realizan ningún tipo de distinción entre las obras que tienen por tema la imagen humana y las que no lo tienen. En Inglaterra, el Acta de 1842 extiende la protección legal existente para el *copyright* a los retratos; y la ley del 29 de julio de 1862 aplicará este mismo principio. Las disposiciones del Acta del 8 de julio de 1870 -sección 85-1113- en Estados Unidos; la Ley Española del 10 de enero de 1879 y el Reglamento correspondiente; y la Ley Noruega del 12 de mayo de 1877 sobre la protección de las fotografías siguen el ejemplo británico. Por su parte, Dinamarca -Ley del 29 de diciembre de 1857-, Portugal -Código Civil, Cáp. 2º, aprobado por la ley del 1 de junio 1867-, Suiza -ley del 10 de agosto de 1877-, y Francia -ley del 14 de julio de 1866- optan por no regular los derechos de autor de la fotografía.¹⁰⁶

Las primeras sentencias judiciales sobre el DIMA van a tener lugar en Francia, y sus jurisprudencias de la segunda mitad del siglo XIX se sintetizan en los siguientes puntos¹⁰⁷:

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 55

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 56-7

- A) El artista no tiene derecho a exponer un retrato en un lugar público sin el consentimiento de la persona representada o del propietario del retrato -Tribunal Civil del Sena, 11 de abril de 1855-.
- B) Nadie puede, sin el consentimiento formal de la familia, reproducir y entregar a la publicidad los rasgos de una persona en su lecho de muerte, cualquiera que haya sido la celebridad de esta persona y la mayor o menor publicidad unida a los actos de su vida. El derecho a oponerse a esta reproducción es absoluto y se funda en el respeto que merece el dolor de las familias, y no puede desconocerse sin herir los sentimientos más íntimos y más respetables de la naturaleza y de la piedad domestica -Tribunal Civil del Sena, 16 de junio de 1858-.
- C) Los herederos de una persona fallecida pueden siempre manifestarse contrarios, no sólo a que un retrato sea puesto a la venta, sino también a que constituya el objeto de una publicidad cualquiera, aun cuando la persona representada hubiera autorizado su venta y su difusión. Los tribunales están facultados, según las circunstancias, para entregar a la familia las pruebas y los clichés que hayan podido quedar en manos del autor. -Tribunal del Sena, 11 de noviembre de 1859-.
- D) La concesión definitiva y perpetua de publicar un retrato fotográfico, sólo puede resultar de un contrato formal, y en su defecto, la persona que durante un tiempo más o menos largo ha consentido en la venta de su retrato, gratuitamente fotografiado, tiene el derecho de retirar su consentimiento tácito y pagando el precio del retrato, prohibir al fotógrafo su venta -Tribunal Civil del Sena, 14 de marzo de 1860-.
- E) Si toda persona tiene el derecho de impedir que un retrato o un busto se exponga y venda sin su autorización, no puede impedir la posesión a un comerciante de buena fe sino mediante una equitativa indemnización -Tribunal Civil del Sena, 22 de abril de 1872-.
- F) La concesión precaria que una persona ha otorgado para hacer uso de su retrato, no puede interpretarse como una abdicación a favor del fotógrafo de un derecho inalienable,

que por su naturaleza es esencialmente personal -Tribunal Civil del Sena, 4 de abril de 1884-.

G) Debe darse a la imagen la publicidad comprendida en los límites y fines dispuestos por el efigiado -Tribunal Civil del Sena, 26 de abril de 1896-.

En la doctrina francesa, fue Vanois quien primero proclamó el principio de libertad del retratado. Para este autor el artista es libre para reproducir cuanto quiera mientras no cometa injuria ni difamación. El retrato que no tiene nada insultante, nada tiene de reprehensible.¹⁰⁸

Fue hacia 1890 cuando, a través de un artículo, Samuel de Warren y Louis D. Brandeis¹⁰⁹ elaboraron teóricamente el conocido "*right to privacy*", entendido como la posibilidad de estar en la soledad, en contacto íntimo con la familia, el círculo de amigos o un equipo de trabajo dentro del anonimato y a distancia con respecto de los extraños. El antecedente inmediato de la noción "*The right of privacy*" está en la expresión acuñada por el juez Th. Cooley, en 1879: "*the right to be let alone*", el derecho a ser dejado en paz.

Este artículo derivó de las constantes violaciones que, a través de publicaciones periodísticas, así como de las irrupciones a los recintos íntimos de las personas, comenzaban a acrecentarse a partir de la invención de la fotografía; Warren y Brandeis observaron la necesidad de impedir la circulación no autorizada de retratos particulares. El DIMA se plantea con una doble vertiente: como derecho a gozar de una esfera privada, y como derecho a verse libre de una explotación comercial de la propia imagen.¹¹⁰

El momento no se hizo esperar, tres años después de la publicación de "*The Right to privacy*", un tribunal utilizó por primera vez la expresión acuñada por los dos abogados. Se trataba del caso Marks vs Joffa, fallado por el Tribunal de Nueva York. El demandante -un

¹⁰⁸ Vanois, La liberté du portrait, Paris, 1894, cit. por ROMERO COLOMA, Aurelia Ma., *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985, p.85

¹⁰⁹ BRANDEIS, Louis D. y Samuel Warren, *Derecho a la intimidad*, del artículo "*The Right to Privacy*" publicado en Harvard Law Review, No 4, Diciembre 15 de 1890, pág. 193

¹¹⁰ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 75

actor y estudiante de leyes- había visto su retrato publicado en el periódico propiedad del demandado –Der Wächter-, formando parte de un concurso de popularidad al que se oponía. La sentencia estimó la demanda y declaró su derecho a ser dejado en paz –la sentencia declara que ningún periódico e institución prescindiendo de su importancia, tiene el derecho a usar el nombre o la fotografía de nadie para tal propósito -compararlo con otro para que los lectores voten por el que les parezca mejor- sin su consentimiento.

A partir de ese momento se multiplican las resoluciones judiciales al respecto, especialmente en materia de protección a la propia imagen. Así, el caso “*Carliss vs Walkar Co.*” Resuelto en Massachussets en 1894, que tiene especial interés por tratarse de la primera resolución en este nuevo campo de un tribunal federal, por referirse al pleito a personas de dos estados diferentes. Y sienta una importante distinción entre el derecho a la intimidad de las personas públicas y las privadas. La viuda de un conocido inventor se quejó de una fotografía de su marido inserta en una biografía publicada por la sociedad demandada, sin su consentimiento. La Sra. Carliss perdió el pleito, porque, según el Tribunal, un político, un autor, un artista, o inventor, que busca y desea el reconocimiento público, se puede decir que ha entregado este derecho al público.

Keissner publica en 1896 *Das Recht am eigenem Bilde*, en el cual dice que la imagen es una huella de la propia personalidad, pero lo es en cuanto que la imagen forma parte del cuerpo¹¹¹. Asimismo propugna una protección absoluta del DIMA, que se extendía incluso a la legítima defensa, llegando a sostener que si alguno quería por sorpresa y en contra de nuestra voluntad, hacernos una fotografía, podíamos lícitamente llegar hasta romperle el aparato fotográfico en la cabeza al fotógrafo.¹¹²

Kohler, Cohn, Von Blume y Giesker conciben la imagen humana con un carácter medial con respecto a otros derechos. Cohn y Von Blume concluyen que no es necesario reconocer

¹¹¹ *Ibidem*, p. 63

¹¹² DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, parte gral., Tomo I, Civitas, España, 1988, p. 197

un nuevo derecho, puesto que el antiguo derecho al honor es suficiente para proteger al individuo contra la publicación de un retrato.¹¹³

Un acontecimiento que manifiesta el interés que en el ámbito jurídico alemán había suscitado la cuestión de la existencia del DIMA es la petición efectuada en el XXVI Congreso de juristas alemanes, celebrado en Berlín en 1902, de que el DIMA fuera abiertamente reconocido. Según señala M. Rica Barberis, Keysnner y Gareis eran los relatores del Congreso y plantearon que uno de los temas para debatir fuera si la imagen personal era o no objeto de un derecho.

Fue Ennecerus quien realizara una propuesta a favor del reconocimiento del DIMA tras una exposición en la que defendió los criterios básicos que, en su opinión, cabía seguir para aplicar ese derecho. Se refirió en particular a una serie de situaciones en las que no era necesario el consentimiento de la persona retratada: las imágenes de la historia contemporánea; imágenes en las que la persona aparece de modo accidental; las fotografías de reuniones o actos públicos en los que la persona representada ha tomado parte; las fotografías no hechas por encargo si su publicación o exhibición tiene una finalidad artística; Ennecerus se refiere también a las necesidades de la justicia como uno de los supuestos que eximen del consentimiento del retratado o de sus parientes. En ninguno de estos casos, añadía, puede darse una lesión a un interés legítimo del retratado, o de sus parientes más próximos en el caso de que hubiere fallecido.

El ambiente general del congreso no era favorable a un reconocimiento del DIMA, pero el resultado de la intervención de Ennecerus fue la aprobación de una cláusula en la que se solicita la tutela por ley contra la abusiva explotación que optara por una mayor delimitación de los contornos del DIMA o, bien, por dejar que fueran los jueces quienes fueran estableciéndolos.

La propuesta del Congreso de Juristas de 1902 tuvo su réplica en el XXVII Congreso celebrado en Innsbruck en 1904. Los relatores serían Wildhagen y Rietschel. El primero

¹¹³ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 64

manifestará su oposición a que el DIMA se reconozca como un derecho separado del derecho de autor. Rietschel propone reconocer el DIMA, pero contemplando únicamente aquellos casos en los que la difusión y exposición pública suponga una lesión a los intereses de la persona representada o de sus familiares.¹¹⁴

En 1902, el Tribunal Regional de Berlín dictó una sentencia, de fecha 21 de noviembre, en la que la imagen se concibe como manifestación externa de la personalidad y, en cuanto tal, exige una protección adecuada.¹¹⁵

Constituyendo el primer reconocimiento legislativo del DIMA -como apunta Visintini, ante el clamor suscitado por el comportamiento de dos fotógrafos que habían publicado la imagen del Canciller Bismark en el lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes.¹¹⁶-, la Ley Alemana de 1907 sobre Derechos de Autor en Artes Plásticas y Fotografía se decidirá por una línea intermedia entre las posturas adoptadas en los dos congresos. Por su interés se reconocen los puntos que se refieren al DIMA: el art. 22 dice que los retratos no pueden difundirse o exponerse públicamente sin la autorización de la persona representada. En el caso de duda sobre el consentimiento, se considera dado cuando el retratado recibe una compensación por dejarse retratar. Después de la muerte de la persona reproducida hará falta el permiso de sus parientes más próximos. El art. 23 hace referencia a que se permiten, sin el consentimiento exigido por el artículo 22, la difusión o exposición pública: de las imágenes del dominio de la historia contemporánea, las imágenes donde las personas no son más que elementos accesorios del paisaje o de otro lugar; las imágenes de reuniones, cortejos o sucesos en los que las personas representadas han participado; y los retratos que no se hayan hecho por comisión, siempre que su exposición y difusión sirva a un interés superior del arte. Siempre que en estos casos no se lesione un legítimo interés del retratado o, en el caso de que éste haya muerto, de su cónyuge. Por último, el art. 24 menciona que el retrato puede ser reproducido, divulgado o

¹¹⁴ Ibidem, pp. 67-8

¹¹⁵ Ibidem, p. 71

¹¹⁶ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 94

expuesto públicamente por la autoridad pública por necesidades de la justicia y de la seguridad pública sin el consentimiento del retratado o de su cónyuge.¹¹⁷

Por otro lado, se reconoció en algunos estados de los Estados Unidos, el derecho a la vida privada disponiendo que era delito el uso de fotografías o del nombre sin el consentimiento expreso de la persona. De esta forma comenzaron a estudiarse casos como el siguiente. El caso de *Robertson vs Rochester Folding Box Company* –1902-; supuso un paso atrás; motivado porque esta compañía utilizó el retrato de una señorita para anunciar harina, con la leyenda, la flor de la familia. El primer tribunal que se ocupó del caso consideró que se había invadido un derecho de intimidad: el derecho a ser dejado en paz. Pero en apelación, en una votación de 4 contra 3, tras una fuerte disensión, se rechazó la doctrina de Warren y Brandeis, declarando que no existía el DIMA, y que la demandante no tenía título de protección contra tal conducta. La razón que expuso fue que en la legislación vigente estaba penada la publicación maliciosa de un retrato cuando se exponía a una persona al desprecio, ridículo o difamación, pero esa no era la intención de la publicación demandada. Es decir, no se quería reconocer el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Además de la falta de precedente, el carácter puramente moral del daño, la gran cantidad de litigios que originaría, la dificultad de trazar una línea entre las personas públicas y las privadas, y el miedo a la indebida restricción de la libertad de prensa. Existía la pretensión de que con la legislación vigente sobre difamación era suficiente para regular las nuevas situaciones que se estaban planteando. La minoría disidente –que tenía como representante al juez Sh. C. Gray- emitió una *dissenting opinion* apoyando la sentencia inicial. Aquí los criterios personales y propietaristas se emplean sin excesivo rigor con el objeto de dar la razón a la parte que se considera –quizás sin demasiados argumentos jurídicos- injustamente dañada. Con la ley en la mano no se podía calificar de ilegítima la actuación de la sociedad que había usado la fotografía de la joven, pero está claro que se había producido una situación injusta. La *dissenting opinion* se centraba en:

¹¹⁷ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. pp. 68-9

- el derecho a la intimidad es un derecho personal que viene a ser un complemento del derecho a la inmunidad de la persona. Consecuentemente cada persona es titular de un derecho sobre su imagen;
- es necesario tener en cuenta que existen en este momento unas nuevas condiciones que afectan a las relaciones entre las personas y que exigen una mayor extensión de los principios legales vigentes. Por lo tanto es necesaria una protección frente al uso publicitario de la imagen, sin el consentimiento de la persona representada
- la persona tiene la misma propiedad en el derecho a ser protegido contra el uso de su rostro con propósitos comerciales, como los tendría si hubiera publicado sus obras literarias.

De la fórmula del *Right of privacy* como derecho a ser dejado en paz, se ha pasado a un nuevo concepto integrado también en el *Right of privacy*: el derecho a ser protegido contra el uso comercial de la imagen. No respetar este derecho produce un daño moral que, en principio, es irreparable. Tal idea unida a la de la exclusividad del titular sobre el objeto del derecho, refuerzan el predominio de los criterios personalistas sobre los patrimonialistas en la concepción del DIMA.¹¹⁸

La sentencia había originado una fuerte polémica en la prensa, que dio como resultado que en 1903, en la sesión legislativa de la Cámara del Estado de Nueva York, se decidiera adoptar una serie de medidas para proteger la utilización del nombre y de la imagen con fines de publicidad. Fruto de esa iniciativa fueron las secciones 50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de Nueva York. La sección 50 está encabezada por el epígrafe de "*Right of privacy*"; y dispone que para el uso comercial del nombre o de la imagen de una persona viva, debe darse su consentimiento escrito o, en el caso de los menores, de sus padres o tutores. El artículo establece que se incurrirá en responsabilidad penal cuando esto no se cumpla. La Sección 51, por su parte, establece acciones civiles de cesación de la ofensa y de indemnización por el daño producido. Esta normativa tiene el mérito de ser la

¹¹⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. pp. 78

primera que sienta el principio de ilicitud de la utilización con fines publicitarios de una imagen de una persona sin su consentimiento. Tras su aprobación en Nueva York, surgen normas semejantes en los Estados de Virginia, Utah y Oklahoma.¹¹⁹

En 1904, por primera vez un Tribunal Supremo -el de Georgia- sanciona en el caso *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, la utilización publicitaria del rostro de una persona sin su consentimiento. Dicho Tribunal, en 1905, rechazó la solución dada en el caso *Roberson*, aceptó la tesis de Warren y Brandeis, y reconoció la existencia de un derecho a la propia imagen, y, con más amplitud, el derecho a la intimidad de la vida privada. Esta resolución se ha convertido en el caso guía, dando lugar a innumerables decisiones judiciales. Así, en 1909, el Tribunal Supremo de Kentucky dictó una sentencia semejante. Se ratifica de este modo la validez del *Right of privacy* con su doble contenido de defensa de la vida privada del individuo, y de evitar el uso comercial de la propia imagen sin el consentimiento de la persona representada.¹²⁰ En al caso en que *Daily Times Democrat* publicó un retrato de una joven en un parque al momento en que la corriente de aire le levantaba el vestido el tribunal resolvió que sí se violó el derecho a la privacidad en virtud de que hay cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas.¹²¹

Pascual Quintana señala el origen jurisprudencial en Francia, en una sentencia del Tribunal del Sena de 1902 que recoge Vicente y Gella al decir que no cabe fotografiar a nadie sin su consentimiento, salvo si se trata de personas que por sus funciones o profesión, brillantes por sus servicios, notoriedad presente o pasada ofrezcan un interés especial y siempre que de ello no se les siga perjuicio alguno.¹²²

Pero, según Ana Azurmendi, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza supone el primer reconocimiento jurisprudencial del DIMA. En este caso sí se justifica la protección debida al derecho a partir del principio general *alterum non laedere* inducido en

¹¹⁹ Idem

¹²⁰ *Ibidem*, p 79

¹²¹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La persona en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª ed. 2ª Reimp., Panorama, México, 1998, pp. 109-110

¹²² HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.* p. 16

el art. 1902 del código civil español. En su considerando 4º, se recogen los criterios que sigue el tribunal en materia de DIMA:

“...dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, ya estimados como cualidades de la propia persona, derechos innatos o derechos esenciales o fundamentales, porque constituyen el núcleo alrededor del cual giran todos los demás, se encuentra el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible, con entera independencia del objeto material en que se contiene -DIMA-...”. “Toda vez que por constituir la exteriorización de la imagen una misteriosa impronta de la personalidad, nadie, sin estar debidamente autorizado puede propagar, mediante ilustraciones, la efigie de una persona aunque se muestre en público y el público le conozca...”.¹²³

La teoría del derecho general de la personalidad traspasa las fronteras alemanas y encuentra una buena acogida en los autores franceses y, en un mayor grado, en los italianos. En Francia, el estudio que mejor expresa la influencia de la doctrina alemana es “*Les droits de la personnalité*”, de E. H. Perrau, publicado en 1909. Para este autor la imagen es un rasgo de la personalidad, y defiende la existencia de la nueva categoría de derechos cuando la mayoría de los autores no lo admiten y la jurisprudencia se muestra indecisa en la argumentación de sus sentencias. En la clasificación que hace de los derechos de la personalidad -derechos del individuo como tal, como miembro de la familia, y como miembro de la sociedad-, sitúa la imagen en el grupo de los derechos del individuo como tal, concernientes a la individualidad física. El derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la fuerza muscular, serán otros derechos que integran este grupo.¹²⁴

En 1913 en Francia H. Fougerol publica “*La figure humaine et le droit*”. Este autor se extiende en la polémica existente sobre la existencia o no de un DIMA y sobre la naturaleza jurídica de este derecho. Se refiere en concreto a la distinción entre derecho de autor y DIMA y pone en duda la convivencia de la noción de propiedad aplicada a la imagen humana. Esta obra representa una excepción en el panorama doctrinal francés del momento. La imagen, en términos generales, se consideraba como parte integrante de la propiedad intelectual y artística. Y se entiende que los primeros autores que tratan extensamente el

¹²³ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 155

¹²⁴ *Ibidem*, p. 71

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tema del DIMA la consideren como un aspecto particular dentro del sistema de la propiedad. La jurisprudencia de estos años manifiesta una cierta resistencia a abandonar el criterio propietario dominante en el tema del DIMA.

En Francia, la obra de R. Nerson, "Los Derechos Extrapatrimoniales", se considera un hito en la doctrina de los derechos de la personalidad y sobre el DIMA. En ella, considera que la imagen humana es un derecho de la personalidad independiente del derecho a la vida privada y del honor. Afirmando que aún considerando la imagen como una manifestación del derecho sobre el propio cuerpo, no es admisible la noción de propiedad como definitoria de la naturaleza del derecho. Para Nerson, el DIMA debe clasificarse entre las manifestaciones de la individualidad moral.

En cuanto a la legislación sobre el DIMA, el tema que más preocupa sigue siendo el uso publicitario de la imagen. El DIMA se reconoce en EE.UU. por los tribunales en 1923, como bien puede observarse en la sentencia dictada por la Corte del Estado de NY, que dice: "no se permite usar para reclamo o comercio la fotografía de las personas vivas sin el consentimiento expreso de las mismas".¹²⁵

En el Estado de Nueva York, el artículo 50 de la *Cahill's Law* de 1930, dispone que incurre en delito quien utilice para la publicidad propia, o ponga en comercio, el nombre o la imagen de una persona viva sin su consentimiento, o el de sus padres o tutores en el caso de los menores. Una normativa análoga existe en el Estado de Utah, en el Código de Virginia de 1950, y en Oklahoma. Podría, pues, concluirse que no existe un reconocimiento positivo de carácter federal del DIMA, pero sí es destacable la proliferación de normas que de un modo u otro tutelan algunos de sus aspectos.

En la legislación y jurisprudencia italianas y alemanas de esos años el DIMA continúa gozando de un status jurídico dualista entre el derecho de autor y los derechos de la personalidad.¹²⁶

¹²⁵ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, op. cit., T. XIV, p. 969

¹²⁶ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 81

En Italia, el DIMA se sitúa también en el marco jurídico de los derechos de autor. La reflexión sobre sus peculiaridades características, aquellas que de forma evidente le diferencian del derecho de autor, va a dar origen a una corriente de opinión que defenderá la autonomía del DIMA. Los primeros autores que se plantean la pregunta de si existe o no un derecho del individuo sobre su imagen son M. Amar y Rosmini. Para Amar si existe un DIMA. Lo concibe como una manifestación del derecho al propio cuerpo, puesto que la imagen no es otra cosa que la reproducción de éste. La principal facultad derivada del DIMA es entonces la plena disposición sobre la imagen, de forma que el titular tiene la potestad exclusiva de rechazar el que su figura sea reproducida. En su misma línea están Fadda y Bensa, F. Piola Caselli y V. Campogrande.

Muy pronto se publicaron una serie de trabajos que apuestan por un concepto de la imagen más personalista. Se trata de los artículos de B. Dusi, Ricca Barberis y E. Rava. En esas obras se observa ya una notable influencia de la teoría alemana sobre el derecho general de la personalidad. Si Dusi y Ricca Barberis se van a referir a la imagen como una manifestación más de la personalidad, Rava inaugura en Italia una noción que obtendrá una amplia aceptación en los sectores doctrinales del país hasta nuestros días: el DIMA, dirá, es uno de los principales aspectos de la *riservatezza*.¹²⁷

Será más importante el giro que a esta normativa dan los autores y la jurisprudencia, al interpretarla desde una óptica típicamente personalista. Son tres los hitos legislativos del periodo:

a) La Ley Italiana sobre Derechos de Autor de 1941, artículos 96 a 98. La cual sustituye a la anterior de 1907 y al Decreto-Ley sobre Derechos de Autor de 1925. Sus artículos 96, 97 y 98 son muy semejantes a los artículos 22, 23 y 24, de la Ley Alemana sobre Derechos de Autor de 1907. Se establece la necesidad del consentimiento de la persona retratada para la exposición, reproducción o venta del retrato; exige una serie de medidas para el caso de la imagen de la persona fallecida; contempla las limitaciones en el ejercicio de este derecho -muy similares también a las establecidas en el artículo 23 de la Ley Alemana-; y determina

¹²⁷ *Ibidem*, p. 71 y sig.

que en el caso de un retrato encargado debe haber un pacto sobre su uso entre la persona retratada y el fotógrafo. La exposición, publicación y venta de la imagen nunca puede provocar un perjuicio al honor y reputación a la persona retratada. La expresión interés público del artículo 97 supone una mayor presencia de los medios de comunicación como factor determinante en la normativa sobre la imagen. Pero la fuerte vinculación del DIMA con el derecho de autor continúa circunscribiendo aquel en un régimen propietario. ¹²⁸

b) El Código Civil de 1942, artículo 10. Trata el abuso de la imagen de un tercero, prohíbe la exposición o publicación de la imagen de una persona sin su consentimiento. Este artículo se incluye entre las normas sobre protección civil de los derechos de la personalidad –arts. 5 a 10-, y debe considerarse como complementaria a los artículos sobre el consentimiento de la persona retratada en la Ley de Derechos de Autor.

c) La Constitución Italiana de 1947, artículo 2º. Este artículo dice que la república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya como individuo, ya en las agrupaciones donde se desarrolla su personalidad. Ese reconocimiento genérico de los derechos de la personalidad será determinante en el desarrollo del DIMA. ¹²⁹

Los antecedentes de la novedad jurídica en Italia son el “*Recht an der eigenem Geheimnisphere*” formulado por Giesker en 1905, en “*Das Recht der Privaten an der eigenem Geheimnisphere*” ambos en Alemania, y el *Right of Privacy* estadounidense. Los autores que dedican atención a la imagen humana como objeto de derecho los tomarán como modelo para la configuración del “derecho la *riservatezza*”. Destacan en este periodo A. De Cupis con su obra “El Derecho de la Personalidad” publicada en Milán en 1942; y la de A. Rava “Instituciones de Derecho Privado” publicada en Padova en 1938, son las que introducen en el lenguaje jurídico italiano la expresión de “Derecho a la *riservatezza*”, aplicándola al DIMA y al derecho al secreto. ¹³⁰

¹²⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 82-3

¹²⁹ *Ibidem*, op. cit., p. 83

¹³⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 84

El crecimiento de un periodismo de escándalo, el perfeccionamiento cada vez mayor de los medios de captación visual y sonora, y la jurisprudencia –que empezó a admitir el derecho a la *riservatezza*–, han contribuido al afianzamiento de esta noción frente a la consideración del DIMA como un derecho independiente. El derecho a la *riservatezza* –definido como ese interés cualificado de cada individuo a que no sean transmitidas por los medios de comunicación las circunstancias y los hechos de la vida privada– contempla la necesidad del consentimiento de una persona para que su rostro sea reproducido y puesto en comercio, admite la excepción de este principio para las personas famosas e impone, como medida derivada del respeto a la dignidad personal, que las imágenes no perjudiquen el honor y la reputación de las personas.¹³¹

El primer texto en que se reconoce explícitamente el derecho al honor, a la reputación y a la vida privada y familiar viene constituido por la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948. Su art. 5º declara: “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Inspirándose en el citado precepto, la Convención europea para salvaguardar de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, declara en su art. 8 lo siguiente: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su art. 12 se establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su Vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a

¹³¹ Ibidem, p. 86

su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Esta disposición fue reproducida posteriormente en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -1966- y en el artículo 8 de la Convención de la Salvaguarda de los Derechos del hombre y de la Libertades Fundamentales de 1950.

En Alemania la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, reconoce en el art. 2º, los derechos de la personalidad y establece al mismo tiempo el respeto a los derechos de los demás como uno de los principales criterios a la hora de la concurrencia con otros derechos humanos. Art. 2.1: "todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral". El Tribunal Supremo Federal se ha apoyado en tal artículo para desarrollar una amplia jurisprudencia sobre la vida privada y sobre el derecho a la propia imagen. Curiosamente, dos de las sentencias que han abierto este camino a partir del reconocimiento del derecho general de la personalidad, se ocupan del DIMA. En ellas el DIMA es un aspecto del derecho de la personalidad distinto del derecho a la vida privada y el derecho al honor.

En el sector doctrinal estadounidense, la idea de que el DIMA, como elemento esencial del *Right of Privacy*, constituía uno de los derechos más valiosos de los ciudadanos, estaba preparado el terreno para su reconocimiento como un derecho humano.

J. Ravanas defiende que el DIMA es un derecho de la personalidad cuyas prolongaciones patrimoniales son esenciales, mientras que el derecho estadounidense, desde los primeros momentos del *Right of Privacy*, ha mantenido la distinción entre el derecho a ser dejado en paz, referido a la vida privada, y el derecho a evitar que otro use la propia imagen con fines comerciales; hasta el punto de que, desde los años cincuenta, este último aspecto del *Right of Privacy* ha llegado a constituir un nuevo derecho con sustantividad propia: el *Right of publicity*, o derecho de toda persona a explotar publicitariamente su nombre y su imagen, de carácter patrimonial.¹³²

¹³² *Ibidem*, op. cit., p. 188

El derecho al valor publicitario de la imagen tal y como se conoce hoy¹³³, aparece en 1953 a raíz del caso “*Haelan Laboratories Inc. Vs Topps Chewing Gum Inc*”. El demandante configuraba su derecho como derecho a la intimidad y el juez Jerome Frank declaró que se trataba de un uso comercial de la imagen. El demandante había contratado con un jugador para usar sus fotos en el envoltorio de un chicle y éste le había concedido el derecho en exclusiva; el demandado, también fabricante de chicles, conociendo la existencia del primer contrato, indujo al jugador a que le dejara utilizar también su fotografía. Para el demandante el jugador únicamente había permitido que se utilizara su foto, ya que el derecho a la intimidad no puede cederse, sino sólo consentirse el uso. La Corte Suprema contraargumenta que además de su derecho a la intimidad un hombre tiene derecho al valor publicitario de su fotografía.¹³⁴

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo Federal decidió en 1965, en el caso *Griswold vs Connecticut*, que el *Right of Privacy* está reconocido por la Constitución de los EE.UU., en la Cuarta Enmienda. Con ello el DIMA, uno de los elementos más importantes del *Right of Privacy*, adquiere también reconocimiento constitucional como derecho humano. Las relaciones del derecho a la información con el DIMA no se mencionan en el texto constitucional, pero se consideran inherentes al *Right of Privacy*, cuando éste contempla entre sus supuestos básicos que no existe agresión al derecho cuando media el interés público informativo y cuando el tratamiento que se da a esos datos obtenidos -se incluye también la imagen de una persona- es el adecuado y no se distorsiona o tergiversa la realidad.

El 22 y 23 de mayo de 1967, tiene lugar en Estocolmo el Congreso de Juristas Nórdicos sobre el derecho a la intimidad, organizado por la Sección Sueca de la Comisión Internacional de Juristas. Participaron expertos de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Austria, Brasil, Ceilán, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, India, Japón, Países Bajos, observadores del Consejo de Europa, Instituto Internacional de

¹³³ Por nuestra parte –como veremos mas adelante- no reconocemos la existencia de un derecho al valor publicitario la imagen, sino más bien de una utilización del DIMA pero con fines económicos.

¹³⁴ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pp. 25-6

Prensa, Comisión Jurídica y *Press Council* del Reino Unido, Federación Mundial de Asociaciones de las Naciones Unidas, y Centro de la Paz Mundial por el Derecho.

Dentro de sus resoluciones, en lo que se refiere a los elementos que integran la intimidad, entiende que consiste en el derecho para el individuo de vivir como él pretende, estando protegido contra: a) toda injerencia en la vida privada, familiar y doméstica; b) todo atentado a su integridad física o mental o a su libertad moral o intelectual; c) todo atentado a su honor o a su reputación; d) toda interpretación perjudicial dada a sus palabras o a sus actos; e) la divulgación intempestiva de hechos molestos en relación con su vida privada; f) la utilización de su nombre, de su intimidad o de su imagen; g) toda actividad tendiente a espiarle, vigilarle u hostigarle; h) la interceptación de su correspondencia; i) la utilización malévola de sus comunicaciones privadas, escritas u orales; j) la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional.¹³⁵

En el supuesto concreto del DIMA, queda claro que dentro del ámbito del derecho a la vida privada, tal y como lo plantean las conclusiones del Congreso, queda protegida frente a la utilización por parte de otros, frente al espionaje y la toma de fotografías o películas sin el consentimiento del titular, pero existen otros aspectos también esenciales del DIMA que no quedan protegidos. La explotación comercial de la propia imagen, la revocabilidad del consentimiento dado para su publicación y difusión, por ejemplo.

A los 9 meses de promulgarse la Resolución del Consejo de Europa, se celebra en Bruselas un Coloquio Internacional sobre el Convenio Europeo de Derechos del Hombre. Dos de los participantes plantearán en sus intervenciones el tema del DIMA. Se trata de J. Velu y D. Becourt. Ambos hacen referencia al Congreso de Juristas Nórdicos y a la reciente Resolución del Consejo de Europa y concluyen que el DIMA, tal y como está protegido por el artículo 8º del Convenio, constituye una parte del derecho a la vida privada.¹³⁶

¹³⁵ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., pp. 43 y sig.

¹³⁶ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 116

La resolución 2450, del 19 de diciembre de los 68, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ofrece otro indicio de que el DIMA está implícitamente reconocido en el artículo 19. La Resolución -que tiene un inmediato precedente en la recomendación que la Conferencia Internacional de los Derechos del Hombre, celebrada en Teherán meses atrás, había hecho a las Naciones Unidas-, plantear la necesidad de estudiar los problemas que los logros de la ciencia y de la tecnología producen en el ejercicio de los derechos del hombre, en particular en lo referente al respeto de la vida privada de los individuos.¹³⁷

2.2. Concepto

Flores Flores hace una adaptación del concepto dado por Gutiérrez y González, y queda de la siguiente manera: DIMA es "...aquel derecho, individualizado por el ordenamiento jurídico de cada época y cada país, que está relacionado con aquellos bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas y psíquicas que se atribuyen al ser humano, relativas al deseo de permanecer en el incógnito, en el anonimato, sin intromisiones o indiscreciones ajenas, así como a tener derecho a los beneficios económicos que resulten de la difusión o de la divulgación de dichas proyecciones".

No aceptamos la definición anterior, ya que la imagen no está constituida por las proyecciones psíquicas, sino sólo por el aspecto físico exterior; además no se refiere al deseo de permanecer en el anonimato, pues que el DIMA va más allá y nos otorga la facultad de decidir cuando y como nuestra imagen es publicada.

El DIMA pretende el respeto a la esfera íntima y personalísima del sujeto y permite a éste impedir que su imagen sea explotada comercialmente sin su consentimiento.¹³⁸

Esta definición no la aceptamos ya que si bien la imagen puede ser un medio para atentar contra la esfera íntima de las personas, no se limita eso -como veremos mas

¹³⁷ *Ibidem*, p. 103

¹³⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, parte General, 8ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 274

adelante-. Además, también existe la posibilidad de explotar la imagen de una manera no comercial.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA y Víctor Pérez dicen que DIMA es “aquel derecho que la persona tiene a su propia representación externa”.¹³⁹

Gherzi dice que “...es el derecho que tutela y protege la apariencia física de una persona, su aspecto exterior tiene que ver con la identificación del sujeto en su fase estática, -es relativamente disponible dado que es posible de aprovecharse económicamente-.”¹⁴⁰

Estas dos últimas definiciones están muy limitadas, no nos hablan de qué facultades goza el titular de dicho derecho.

Seguendo a Sainz de Varanda, Herce de la Prada lo define como “el derecho a reproducir o representar la figura humana, en forma reconocible con entera independencia del objeto material en que se contiene”.¹⁴¹

La anterior concepción es errónea, ya que como habíamos explicado en el capítulo anterior no se deben utilizar los vocablos representar ni reproducir respecto de la imagen.

El DIMA se contempla como aquél que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción y distribución de la imagen de la persona.¹⁴²

“Derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, y proclamando que la violación del mismo comporta un atentado contra los derechos fundamentales de la persona”.¹⁴³

¹³⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, op. cit., T. XIV, Driskill S.A., Argentina, 1990, p. 968 y Pérez Vargas, Víctor, *Derecho Privado*, 3ª ed. Litografía e imprenta LIL S.A., San José, Costa Rica, 1994, p. 91

¹⁴⁰ GHERSI, Carlos Alberto, *Derecho Civil*, parte general, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 203

¹⁴¹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 17

¹⁴² IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, S. A., España, 1991 p. 13

¹⁴³ *Derechos Fundamentales*, ed. Preparada por J.L. Albacar López, Serie Azul-Leyes Civiles, Trivium, España, 1993, p. 750

Estas dos últimas están limitadas sólo al aspecto negativo del DIMA –el cual veremos más adelante-. Además vuelven a utilizar el término reproducción el cual como dijimos es erróneo respecto a la imagen.

Puig Ferriol: “reproducción por cualquier medio -pintura, dibujo, fotografía, grabado, escultura, representación teatral- de los rasgos físicos de una persona que la hagan fácilmente reconocible -incluyendo pues la caricatura-.”¹⁴⁴

El DIMA no es una reproducción, es un derecho de la personalidad, por ello la anterior es incorrecta.

“El Dima consiste en su esencia última en el poder de impedir la reproducción de nuestra persona por cualquier medio -fotografía, grabado, dibujo, etc.- o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento.”¹⁴⁵

DIMA es el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible, con entera independencia del objeto material en que se contiene.¹⁴⁶

Ambas definiciones hablan de reproducción, lo cual ha quedado asentado es erróneo, por lo tanto son incorrectas.

Estrada Alonso¹⁴⁷ y Laura Cabezuelo lo definen como la “facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona, para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles”. También hay violación al DIMA si se acentúan defectos físicos padecidos por una persona o se plasman gestos habituales en ella en una caricatura.¹⁴⁸

¹⁴⁴ PUIG FERRIOL, Luis, *op. cit.*, p. 107

¹⁴⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, y Antonio GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, 7ª ed., Tecnos, España, 1990, p. 370

¹⁴⁶ HERRERO TEJEDOR, Fernando, *op. cit.*, p. 96

¹⁴⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.*, p. 130

¹⁴⁸ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la Intimidad*, Tirant lo Blanch, España, 1998, p. 77 y sig.

La definición es incompleta, al limitarse sólo al aspecto positivo del DIMA –el cual veremos mas adelante-, y respecto a lo que agrega Cabezuelo sólo es otra forma de violación al DIMA.

Ma. Llamazares dice que “...desde un punto de vista positivo, consiste en la facultad que el ordenamiento jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de que forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisonómicos reconocibles, así como su voz o su nombre; y desde el punto de vista negativo, puede definirse como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento.”¹⁴⁹

Se acerca más a una correcta definición del DIMA; sin embargo, incluye la voz y el nombre dentro del DIMA, lo cual es erróneo, como lo explicamos en el anterior capítulo.

Se escinde en dos facultades: a) aparecer como tal externamente y poder reproducir la propia imagen en el tráfico jurídico; b) evitar que cualquier tercero pueda utilizar en el tráfico esa imagen propia; consiste en el poder de decidir -consentir o impedir- la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio -fotográfico, dibujo, grabado...-, así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento.¹⁵⁰

La recién citada definición es un poco confusa cuando dice “...aparecer como tal externamente...”; además habla de nuevo de reproducción de imagen, lo cual es erróneo.

Cabanelas dice que es la facultad que a cada persona corresponde, o debe corresponder, para prohibir o autorizar que su figura o imagen sea reproducida, utilizada o exhibida, con fines lucrativos o sin ellos.¹⁵¹

¹⁴⁹ Siguiendo la opinión de Estrada Alonso, en LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, España, 1999, p. 270

¹⁵⁰ *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, Director Alfredo Montoya Melgar, Civitas, España, 1995, p. 5279

¹⁵¹ CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p.103

La imagen no es susceptible de reproducirse, si entendemos que reproducción es hacer una copia del original, y esto sería clonación.

Además, el bien tutelado del DIMA es la semblanza, la efigie, el aspecto físico exterior de la persona. Ella no puede separarse, o aislarse del sujeto mismo. Aquello que se expone o divulga, no es más que la expresión material u objetiva de la imagen, pero no se confunde con la imagen misma que integra la persona. Una cosa es la imagen, irrescindiblemente unida al sujeto, y otra es la expresión objetiva de la misma. Lo que se tutela es la imagen, impidiendo que ella, captada por cualquier medio, se exponga o divulgue sin el consentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.¹⁵²

Por nuestra parte, el derecho a la propia imagen es aquel derecho de la personalidad, que nos permite elegir cuando, como, en donde, cuantas veces, cuanto tiempo y quien puede hacer una expresión material u objetiva de nuestro aspecto físico exterior –imagen- como puede ser por medio de la captación, y dicha expresión sea o no: publicada, divulgada, explotada comercialmente independientemente del fin con que se realice y el cual nos da las acciones correspondientes en caso de la no-observancia de lo anterior.

Una vez definido el DIMA veamos su contenido.

2.3. Contenidos positivo y negativo

El contenido de este derecho tiene una doble dimensión: positiva y negativa. El contenido positivo es entendido como la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen. Este aspecto lo ejerce la persona que posa para un pintor o para un fotógrafo –el cual no podrá exhibir o publicar el cuadro o la fotografía- y lo ejercen también, profesionalmente, los modelos o artistas de los que se obtienen imágenes para

¹⁵² FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, op. cit., p. 145-6

publicidad, películas, etc. La dimensión positiva significa la facultad por parte de su titular de poder actuar de una forma plenamente libre sobre la propia imagen. Esto significa la posibilidad y libertad de poder exponerla hacia el exterior: de hacer que la capten, de publicarla, exponerla o incluso comerciar con ella.¹⁵³

El aspecto negativo se entiende como la facultad para impedir la obtención o/y publicación de la imagen por un tercero que no tenga el consentimiento del titular de dicha imagen. En este aspecto se incluye la publicación que altera la imagen con un trucaje o le da un sentido anómalo por un pie de foto inconsciente.

La facultad de exclusión es destacada asimismo por la Sentencia Española de 29 de marzo de 1988: "...la reproducción o difusión mediante procedimiento técnico o mecánico y sin autorización de la persona a la que pertenece la imagen, tendrá un derecho a su protección y, en su caso, un eventual derecho a una indemnización."¹⁵⁴

Como en todo derecho existen sujetos activo y pasivos, ahora es turno de estudiar aquellos que corresponden al DIMA.

2.4. Sujetos activo y pasivo en el Derecho a la Propia Imagen.

Hay una diferencia significativa entre decir derecho a la imagen y derecho a la propia imagen. Si se habla de derecho a la imagen *in genere*, el ámbito de aplicación del derecho es mucho más amplio: se extiende a las personas jurídicas, al retrato literario y a las diversas formas externas de referencia a la personalidad. Al subrayar el carácter propio de la imagen, el objeto del derecho queda bien acotado: se trata de la imagen humana personal, cuyo titular es el propio sujeto.¹⁵⁵

En el DIMA vamos a encontrar dos tipos de sujetos: el activo y el pasivo.

¹⁵³ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 33

¹⁵⁴ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 116-8

¹⁵⁵ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 31

El sujeto activo es el titular del DIMA, el cual es el individuo legitimado para permitir o impedir la utilización de su imagen con fines pecuniarios o no. Sin embargo, existe la posibilidad de que además del titular del derecho se permita entablar la acción en caso fallecimiento de éste a otras personas las cuales como veremos podrán ser las que él designe en su testamento, sus herederos o legatarios. En vida del titular el único legitimado es el propio interesado, como titular del derecho lesionado, lo cual no es óbice para que su ejercicio lo lleve a cabo por medio de representante voluntario. En el caso de que fuese menor o incapacitado, el ejercicio de la acción corresponderá a sus representantes legales y en todo caso debería ser al Ministerio Público. Así, en España según el art. 4.4 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor se establece que sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada física, jurídica o entidad pública.¹⁵⁶

El titular del DIMA, como en cualquier otro derecho de la personalidad, es por excelencia la persona física.

Las personas jurídicas al no tener una existencia corporal, carecen de figura, de fisonomía, de naturales signos somáticos; no actúan, en fin, sino por medio de sus órganos de representación, que no son sino personas físicas con todos los atributos de tales.¹⁵⁷ Las personas jurídicas no tienen imagen en el sentido de aspecto físico externo. Como consecuencia lógica, no se aplica a las personas jurídicas la normativa referente al DIMA, pues lo que habitualmente entendemos por imagen de una empresa, o una institución, no entra dentro del objeto de este derecho.¹⁵⁸ Además, se ha dicho que la persona jurídica carece de derechos de la personalidad, que sólo corresponden a la persona física, el ser humano. Por tanto, por una y otra razón, no puede hablarse de DIMA de la persona jurídica.¹⁵⁹

¹⁵⁶ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 168-171

¹⁵⁷ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 304

¹⁵⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 28

¹⁵⁹ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., p. 154

Así lo confirma la Sentencia de 4 de VII de 86, del Juzgado de 1ª Instancia no 19 de Madrid al decir que “la persona jurídica no tiene... propia imagen”.¹⁶⁰

Aunque autores como Amat dicen que puede existir derecho a la imagen de un conjunto de personas, cuando éstos tienen una personalidad conjunta, como puede ser el caso de grupo musical.¹⁶¹

Otro problema que surge respecto a la titularidad del DIMA es el caso de los animales, existe una postura que habla de que no pueden ser titulares del DIMA ya que éstos “... desde un punto de vista corpóreo-material, poseen también una figura, una *factes*; pero es evidente que no cabe hablar de propia imagen. La fisonomía animal no tiene un principio individualizador tan radical como el que existe en el ser humano”.¹⁶²

Pero existen autores que dicen que los animales pueden ser también titulares del derecho a su imagen, que naturalmente corresponderá a sus amos. Más aún, hay quienes dicen que lo mismo puede defenderse para los objetos inanimados, como puede ser un coche con características especiales.¹⁶³

Por nuestra parte consideramos que sólo las personas físicas pueden ser titulares del DIMA.

Y por el otro lado, encontramos al sujeto pasivo que es por un lado el Estado tanto porque debe omitir ser sujeto de acción lesiva contra el DIMA cuanto porque debe, tanto en vía preventiva como en vía reparadora, actuar de modo que los particulares y grupos sociales no integrados en el aparato del Estado omitan acciones lesivas del derecho. Asimismo, están especialmente cualificadas como sujetos pasivos personas físicas como los profesionales de la información, -como fotógrafos, periodistas..., así como los artistas, -pintores, realizadores de cine, actores, humoristas...-. También los grupos sociales como

¹⁶⁰ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 254

¹⁶¹ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 14

¹⁶² AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit. p. 24

¹⁶³ AMAT LLARI, Eulalia, loc. cit.

las empresas dedicadas a la información, las agencias de información, los periódicos, las cadenas de televisión...

El legitimado pasivamente, esto es, el sujeto susceptible de ser demandado será, en principio, la persona que utilice la imagen de otra persona sin su consentimiento, y que dicha utilización no esté protegida por alguna de las excepciones del DIMA –que más adelante veremos-.

El verdadero problema que plantea este tipo de legitimación reside en una cuestión muy puntual pero de gran proyección práctica: los daños ocasionados al DIMA a través de un medio de comunicación. En ese sentido, resulta ineludible hacerse eco del problema de la posible aplicación de una norma como en el caso español, del art. 65.2 de la LO 14/1996 de Prensa e Imprenta, el cual establece que la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directivos, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario. La responsabilidad solidaria que en el mismo establece y, por lo tanto, su vigencia, porque entre otros del director del medio periodístico y de la propia empresa editora, se justifica en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del editor o del director, ya que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunde, así como de las fotografías o caricaturas que se presentan; como quiera que el director tiene derecho a veto sobre el contenido de todos los originales del periódico -art. 37 de la citada ley-, sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa -prohibida por art. 20.2 de la Constitución Española- y ello hace evidente que exigirle responsabilidad civil por las lesiones que puedan causarse al DIMA de alguien y que, por tanto, pueden imponérsele la reparación de los daños que su ejercicio incorrecto o abusivo ocasione a terceros. Lo mismo cabe afirmar de la empresa editora, ya que a ella corresponde la libre designación del editor –art. 40.1 de la Ley de Prensa e Imprenta-.¹⁶⁴

Ya hemos definido al DIMA, conocemos su contenido y quienes son los sujetos del mismo. Ahora es turno de estudiar su naturaleza jurídica.

¹⁶⁴ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 176-187

2.5. Naturaleza jurídica

Existen varias posturas acerca de la naturaleza del DIMA. Algunos autores como Ochoa Restrepo llegan a considerarlo como un derecho *sui generis*, pues posee muchas analogías con el derecho al propio al cuerpo, al honor, al nombre, derecho de autor o el derecho de propiedad.¹⁶⁵ Otros dicen que al tener un capital moral, el derecho en estudio pertenece a los llamados morales.¹⁶⁶ A continuación veremos las posturas más importantes sobre su naturaleza.

2.5.1. Derecho de autor

Los teóricos alemanes y la jurisprudencia angloamericana, que habla de un “copyright” natural del sujeto sobre sus propios rasgos.¹⁶⁷

Nicolás Coviello dice que una persona no tiene derecho alguno sobre su propia imagen, en cambio, en el caso en que esa imagen aparece en un cuadro, estatua o placa fotográfica, ella pasa a ser materia del Derecho de autor.

Se dice que el DIMA guarda estrecha relación con el derecho de autor, equiparando el DIMA con el derecho que tiene un escultor sobre su estatua. El derecho de autor de acuerdo al art. 11 de la Ley Federal de Derechos de Autor, “...es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el art. 13 de esta ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial.” No encontramos una relación entre este concepto con lo que entendemos por DIMA. Sin embargo, cabe señalar que las obras mencionadas por el art. 13 son las fotográficas, de caricatura, historieta, dibujos, pinturas, televisión, etc. En las cuales es posible el uso de imágenes de cualquier persona.

¹⁶⁵ FLORES FLORES, Armando, *op. cit.*, p. 124

¹⁶⁶ HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.*, p. 229

¹⁶⁷ CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil*, Tomo1, Vol. 1, traducción de la 1ª ed. Francesa con adición de conversión al Derecho Español por Manuel Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, España, 1960, p. 324

Así, el derecho de autor no sólo busca proteger el derecho del artista sino el derecho que pueda derivarse del uso de la imagen de un tercero dentro de su obra, pero en ninguna es equiparable el DIMA.

Además, en el DIMA no encontramos el elemento volitivo, él cual si encontramos dentro del derecho de autor. Así, una persona no crea su imagen pues ésta le es dada a partir de una información genética que él no decide de forma alguna, mientras que la obra artística, intelectual o científica de un individuo es posterior a él y fruto de una creación y trabajo intelectual.

2.5.2. Derecho de propiedad

Una parte de la doctrina consideró el DIMA en la categoría de los derechos reales. En este sentido se pronunciaron tratadistas como Pouillet, Fadda y Bensa y Piola Caselli.¹⁶⁸

Algunos autores sostienen que el DIMA es un derecho de propiedad con el consiguiente carácter absoluto -esta elaboración parte de la consideración de un derecho de propiedad sobre el propio cuerpo que, posteriormente, se identifica con la imagen-.¹⁶⁹

Fadda y Bensa dicen que el DIMA se halla comprendido en el área de un derecho de propiedad sobre cosas incorporales. Si el que goza de los derechos de la personalidad puede usar de ellos libremente sin intervención de terceros, si puede impedir la violación por parte de éstos y si se encuentra en la misma posición que el propietario, no hay que atenerse estrictamente al objeto, sino considerar que existe un derecho real. La estructura íntima de este derecho y la relación del sujeto con el objeto son idénticas en estos derechos de propiedad sobre cosas incorporales -entre los que incluyen el relativo a la imagen- y la propiedad ordinaria.¹⁷⁰

¹⁶⁸ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 35

¹⁶⁹ CARBONNIER, Jean, Loc. Cit.

¹⁷⁰ MASCARENAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisá, op. cit., p. 334

En este sentido se manifiestan también Von Blume -derecho de propiedad-, Ihering -derecho real-, Amar y Piola Caselli -dominio absoluto de la persona sobre sus rasgos-, y Couhín que considera al Dima como corolario del derecho de propiedad.¹⁷¹

Son cuantiosas las razones que se oponen a considerar el DIMA como derecho de propiedad. Es evidente que, fácticamente y aun abstracción hecha del derecho de autor de la obra artística o fotográfica -propiedad intelectual o artística-, puede existir un propietario, en sentido real, del retrato, que no sea ni el autor ni el retratado. Es absurdo pensar en general en la concurrencia de distintos derechos de propiedad sobre una misma entidad real sin que exista copropiedad o condominio; luego hay que inferir que el del retratado, como tal, no es un derecho de propiedad. Pero además, el retratado, carece del pleno *ius disponendi*, que es sin duda el atributo más esencial del dominio. No puede cambiar por otro derecho el que tiene a su imagen. No puede desprenderse de él. Si autoriza a otra persona su publicación, su comercialización, no por ello deja de ser titular del derecho; únicamente ha cedido de modo parcial la facultad de reproducción y publicación, seguramente a cambio de un beneficio, bien espiritual -fama, popularidad, propaganda- o bien material, concretamente económico. Mas así como el propietario puede transmitir totalmente a otro su derecho dejando de ser titular del mismo, la persona, carece de análogo *ius disponendi* en relación con su DIMA. Más aún, el derecho al retrato no es susceptible de expropiación, ni puede adquirirse por prescripción. Y aún prescindiendo de la idea del dominio, con todos sus atributos y consecuencias, y ciñéndonos a la más genérica del derecho real, cuyos más salientes caracteres -poder inmediato y exclusivo sobre una cosa, oponibilidad *erga omnes*- parecen convenir al DIMA, estimamos que no es necesario ni útil vincular el derecho al retrato al área de los derechos reales. Hay muchos derechos absolutos que no son derechos reales; por ejemplo, los derechos de estado civil de las personas. Una persona puede mantener frente a todos su condición de hijo legítimo; pero esto no es un derecho real.¹⁷²

¹⁷¹ ídem

¹⁷² íbidem, p. 335

2.5.3. Derecho Subjetivo

De Castro y Bravo define al derecho subjetivo como “una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona -como miembro de la comunidad jurídica-, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”.¹⁷³

Burgoa dice que es la facultad que la norma jurídica objetiva concede a cualquier sujeto, de donde deriva su denominación. Esa facultad no entraña simplemente un poder de obrar, sino una potestad de exigencia que debe ejercitarse frente a otro sujeto distinto del titular de dicha facultad, el cual es obligado a cumplir o actuar las pretensiones que reclamen a través del ejercicio de ésta.¹⁷⁴

Los derechos subjetivos pueden ser de diferente contenido, tales como civiles -*lato sensu*-, sociales, administrativos, políticos y públicos según la fuente de la que emanen y la índole de las obligaciones correlativas y de los sujetos obligados. Los derechos subjetivos civiles -*lato sensu*- dimanen de relaciones de coordinación que generalmente se entablan entre particulares.

“Debemos reconocer que la persona individual, generalmente quiere proteger su propia imagen contra la difusión incontrolada de las reproducciones de la misma; tiene un marcado interés en salvaguardar el monopolio, que estima pertenecerle, en punto a representación o utilización de su imagen. Voluntad -poder de obrar- al servicio de un interés. He aquí la esencia de un derecho subjetivo a la propia imagen”.¹⁷⁵

Por nuestra parte, reconocemos que la naturaleza del DIMA es ser un Derecho subjetivo privado, el cual establece una relación que tiene por un lado al titular y por el otro a la sociedad, la cual debe respetar la voluntad de aquel respecto su imagen.

¹⁷³ De Castro y Bravo cit. por MOLINERO, César, op. cit., p. 144

¹⁷⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., p. 116-7

¹⁷⁵ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 319

2.6. Su ubicación dentro de los Derechos de la personalidad

Ahora bien, a ese derecho subjetivo privado que es el DIMA en el capítulo anterior lo ubicamos dentro de los derechos de la personalidad, los cuales definimos como **aquellos derechos subjetivos privados, patrimoniales no pecuniarios, oponibles *erga omnes*, de los cuales gozan las persona durante toda su vida y a veces mas allá de ésta, y que protegen la vida y la dignidad de los individuos, para el logro del libre desarrollo de las personas dentro de la sociedad, quienes son el fundamento del orden jurídico, político y social.**

Existen muchas posturas que aunque reconocen al DIMA como un derecho de la personalidad, no se ponen de acuerdo en su ubicación dentro de éstos. A continuación veremos las principales teorías respecto de su ubicación.

2.6.1. Derecho a la intimidad y a la vida privada

Algunos tratadistas dicen que el DIMA está contenido dentro de la vida privada o intimidad. Pero para empezar, es necesario aclarar que es muy frecuente que los doctrinarios confundan el término vida privada¹⁷⁶ con el de intimidad, y los usen indistintamente, de hecho, muchas legislaciones así lo hacen también; pero veremos que no son lo mismo.

“El concepto de vida privada es muy amplio, genérico y engloba a todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona. A esto último le denominamos intimidad.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ Conocida como “*Privacy*” en el derecho anglosajón, y “*Vie Privée*” en el derecho francés.

¹⁷⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 2000, p.50

Sin embargo, cada persona elabora su propio concepto de vida privada o su intimidad con grados, rangos y caracteres diferentes. Lo que para algunas personas es objeto de la reserva más extrema, es o puede ser para otra un orgullo el que se conozca.

Rebollo Delgado dice: "Pertenece a mi vida privada el ámbito matrimonial, mis hijos, mis padres, pertenece a mi intimidad cómo configuro aquél ámbito, como lo llevo a efecto. Es conocida mi situación civil, si viven mis padres o tengo hijos -vida privada-. Si es mi voluntad han de desconocerse mis relaciones sexuales, o los detalles de ésta -intimidad-. La intimidad es la lejanía, la vida privada lo más próximo desde la perspectiva de los demás".

178

En las violaciones del derecho al respeto de la vida privada, la ilicitud recae sobre la interferencia en la esfera privada, porque se intenta impedir el conocimiento o acceso a la misma.

En México, las cuestiones constitucionales que la protegen y limitan son: art. 4º -derecho a decidir libremente sobre el número y esparcimiento de los hijos-, 6º -derecho de terceros, límite de libertad de expresión-, 7º, 16 -la prohibición de toda injerencia en la esfera privada del individuo, sea en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, así como la inviolabilidad tanto de la correspondencia, que bajo cubierta circule por las estafetas, como del domicilio, por parte de miembros de las fuerzas armadas en tiempo de paz-, 24 -libertad de religión y correlativamente, la de practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo en los templos o en su domicilio particular-, 29 -suspensión de manera general y temporal del ejercicio de estos derechos y libertades, a fin de hacer frente a situaciones graves de emergencia-, 103 I y 107 -el otorgamiento y las condiciones básicas de ejercicio del recurso de amparo, destinados a garantizar el respeto de los derechos y libertades reconocidos-.

El C.P. de 1931 fija las sanciones aplicables a cualquiera que haya violado alguno de los aspectos que comprende el derecho a la vida privada -art. 173-5, 210-11, 282-5 y 348-359-.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.51

La Ley de Imprenta -de 1917- contempla supuestos de violación -art. 1º fracc. I-IV, 4, 7, 9-31, 34 y 35-; la Ley de Vías Generales de Comunicación -de 1940- da obligaciones, prohibiciones y sanciones -a. 377-80, 383, 422, 423, 442, 467, 571, 576-578 y 592-. En jurisprudencia la vida privada es la que se refiere a las actividades del individuo como particular, en contraposición a la vida pública, de modo que para determinar si un acto corresponde a la vida privada hay que atender al carácter con que se verificó.

La Suprema Corte en una ejecutoria dice que se entiende por vida privada: "las actividades del individuo como particular, en contraposición a la vida pública, que comprenden los actos del funcionario o empleado en el desempeño de su cargo".¹⁷⁹

El Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas dice que la Vida privada es la "esfera personal exclusiva, jurídicamente reconocida y garantizada como derecho a todo ser humano, a fin de permitirle conducir una parte de su propia existencia de manera autónoma, independiente y libre de injerencias externas indebidas, en relación con algunas de sus convicciones, decisiones o actividades íntimas o con sus relaciones o comunicaciones particulares, atributos personales, vida familiar, reserva domiciliaria, etc..."¹⁸⁰

La doctrina alemana -dice Velu- intenta profundizar en el contenido de la vida privada distinguiendo en ella tres esferas; las cuales se constituirían a modo de círculos concéntricos, representativos de una triple graduación de la vida privada, desde el más permisivo al más restringido. Novoa las explica diciendo que la más amplia, o esfera privada -Privatsphäre-, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la **imagen física de la persona** y su comportamiento aún fuera del domicilio, que no deben ser conocidos sino por quienes se encuentran en contacto con él. Le sigue la denominada esfera confidencial -Vertrauensphäre-, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc.

¹⁷⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., p. 437

¹⁸⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, op. cit., T. II, p. 3238

Finalmente, como círculo concéntrico de menor radio, aparece la esfera del secreto – Geheimsphäre-, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

Sobre la base de la teoría alemana de las esferas, la doctrina italiana –singularmente Bricola- diferencia de forma simplificada dos derecho insertos en la llamada zona privada: el derecho a la reserva –*riservatezza*- y el derecho al respeto de la vida privada. El primero defiende la esfera privada de la divulgación de noticias legítimamente adquiridas por el sujeto; y mediante el segundo se protege al sujeto de interferencias externas en esta esfera. En el derecho al secreto de la vida privada quedan incluidos el secreto de correspondencia, las conversaciones privadas, la inviolabilidad del domicilio, el secreto profesional que deben guardar determinadas personas; al prohibir el uso de los nombres ajenos; y la **imagen**. Asimismo, Franceschelli estima que el interés protegido por las normas de la imagen personal es justamente la aspiración a la no-divulgación de algo en que se sustancia la reserva en sentido amplísimo.

Con ello -indica Morales- el derecho a la *riservatezza* presupone la existencia de un conocimiento o acceso a la vida privada ajena lícitamente verificado. Por tanto, el objeto protegido en este son los deberes de discreción o sigilo sobre las circunstancias relativas a la esfera privada de otro; la infracción del derecho aparece desde el momento en que es quebrantado el deber de reserva, ya que la ilicitud recae sobre la divulgación o revelación de los hechos a personas ajenas a la esfera de confianza. A tales parámetros jurídicos responden las relaciones que se entablan con los profesionales de la medicina o del derecho.

Numerosos autores¹⁸¹ sostienen que el Derecho a la Propia Imagen es una manifestación del derecho a la intimidad, del derecho a la vida privada, "...pues dado su valor general individualizador, ha de formar parte de esa zona nuclear de la personalidad que el derecho a

¹⁸¹ Entre ellos Mosset Iturraspe, Carranza, Romero Coloma, Zannoni, Ravanás, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón

la intimidad protege.”¹⁸² Romero Coloma sostiene una tesis según la cual el DIMA es un derivado o una consecuencia lógica o natural del derecho a la intimidad en el sentido de que toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca, de tal forma que la intimidad puede quedar perjudicada.

Bajo Fernández defiende que el DIMA es una manifestación concreta del derecho a la intimidad, de forma que para considerarlo lesionado basta que, sin consentimiento del titular, se haga pública una imagen del mismo que signifique intromisión en la esfera de la intimidad, es decir, en ese ámbito personal donde enraiza la personalidad. Consecuentemente, no se trata de un derecho absoluto del que derive la prohibición de la publicidad arbitraria de la imagen, salvo consentimiento del titular. Por el contrario, entiende que debe ser considerado como un derecho derivado de la esfera de intimidad, que puede quedar limitado por otros intereses de carácter público o colectivo.¹⁸³

Ruiz Miguel hace la diferenciación entre el DIMA y el derecho a la intimidad personal cuando manifiesta que “la propia imagen en privado es inequívocamente parte del derecho a la intimidad. Por lo que hace a la propia imagen en público, parece que no será parte del derecho a la intimidad, si bien cabría defender la prohibición de publicar la imagen más allá de lo consentido por el titular.” A lo que Rebollo agrega que la intimidad personal tiene un referente singularizado, el individuo, su físico y su psíquico. La propia imagen también parte del sujeto físico, pero ambas tienen sentidos diferentes. La intimidad personal tiene una proyección *ad intra*, mientras que la propia imagen la tiene *ad extra*. No es menos cierto que la propia imagen, al igual que el derecho a la intimidad es el ejercicio de una libertad, de una pretensión o la reafirmación de la propia personalidad. Pero el DIMA no traspasa esa barrera psicológica o moral. Se queda en lo periférico del sujeto, independientemente del lugar donde éste se encuentre o si es éste público o privado.¹⁸⁴

¹⁸² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, El Derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, Montecarlo S.A., Madrid, España, 1984, p. 125

¹⁸³ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 80-93

¹⁸⁴ REBOLLO DELGADO, Lucrecio, op. cit., pp. 174-5.

El derecho a la *Riservatezza* es definido como "...un bien que consiste en excluir a los terceros del conocimiento de cuanto atañe a la persona".¹⁸⁵ Varios autores consideran que la reserva contiene a:

a) el secreto epistolar, y

b) el Derechos a la Propia Imagen, el cual incluye a la imagen de parientes, y excluye casos excepcionales, como son la notoriedad de la persona y fotografías de acontecimientos públicos. Este derecho permite que se pueda impedir la exhibición y la publicación del propio retrato, fotográfico o no -en Italia: art. 10 del cód. civil; art. 96 y sig. ley del 22/04/1945-. Pueden prohibirse en los casos excepcionales si se lesiona el decoro de la persona o sus parientes.

Gitrama estima favorable el enlace del DIMA con la idea de protección a la reserva de la vida privada, pero disiente de quienes lo encuadran en el concepto de derecho al secreto: el DIMA no se refiere a un secreto, sino a la reserva que el titular tiene reconocida del uso de su imagen. Como el nombre de la persona, debe hallarse protegida su imagen, y ni el uno ni la otra son secretos.

De Cupis considera la imagen humana como la primera manifestación de la *riservatezza*; establece una clara distinción entre la *riservatezza* y el honor; y sitúa ambos derechos como categoría de los derechos de la personalidad. Justifica su postura doctrinal argumentando que el DIMA, a la hora efectiva del tener que tutelarlos, o se reconduce a la esfera del honor -porque sólo podría aplicarse una protección sobre la imagen cuando su difusión sea perjudicial para la reputación de la persona representada- o se reconduce a la esfera de la *riservatezza* -la esfera íntima de la vida privada, aquellas circunstancias y ambientes sustraídos a la vista de terceros y en los que se desarrolla parte de nuestra vida-. Para el autor italiano, fuera de esta esfera el sujeto se halla expuesto a la mirada de los demás, sin que pueda evitar ni impedir que sus facciones, su imagen real, sean

¹⁸⁵ BRANCA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado. Porrúa, México, 1978, traducción de Pablo Macedo a la 6ª ed. Italiana, Editore Bologna, Roma, Italia, 1975, p. 106

contempladas por todos. Todas las personas, también las que desempeñan un oficio público o las que gozan de esta celebridad por otros motivos, tienen esa esfera de su vida privada que los demás debe respetar.¹⁸⁶

Contrasta con su concepción personalista del DIMA su postura radical en el tema de la indemnización pecuniaria. Afirma que, siendo una facultad exclusiva de cada persona oponerse a la difusión de su imagen en relación con la esfera íntima de su vida privada, o con aquel sector de su vida que está tras los muros domésticos, es también de su dominio exigir un precio por dar el consentimiento para su difusión. Concluye que cuando se realiza la difusión abusiva de la imagen, se produce un daño patrimonial -que debe ser indemnizado- además del daño irreparable de la revelación del ámbito privado de la vida personal.

De Cupis se está refiriendo al DIMA cuando habla de poner precio al consentimiento de difusión, pero la asimilación que ha hecho entre el DIMA y el derecho a la *riservatezza*, hace que aplique este mismo criterio a otros aspectos de la personalidad que en principio no pueden ser puestos en comercio, como es el caso del secreto -que está contemplado también como parte integrante de la *riservatezza* -.

Esta contradicción del planteamiento de De Cupis pone de manifiesto que el DIMA no se adecua al status jurídico de la *riservatezza*, aunque en determinados aspectos y circunstancias converja con ella. Sin embargo, la obra de este autor ejerce una notable influencia en la doctrina y jurisprudencia italianas, hasta el punto de que la inicial consideración de la imagen como vinculada al derecho de autor y con unas características semejantes a las de las prerrogativas del autor sobre su obra, va a ser sustituida por otra en la que la imagen constituye un elemento del derecho a la *riservatezza*. Se ha dado el paso a una concepción más personalista de la propia imagen, pero la adscripción de este derecho al derecho a la *riservatezza*, hace que el proceso hacia el status jurídico propio de la imagen humana se haya quedado a medio camino.¹⁸⁷

¹⁸⁶ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 84-5

¹⁸⁷ *Idem*

Balaguer Callejón considera que la imagen constituye un derecho autónomo respecto a los de la intimidad, ya que la imagen hace referencia a un derecho puramente externo en contraposición a la intimidad que consiste precisamente en un derecho a que no sean revelados aspectos íntimos de la personalidad.¹⁸⁸

Por nuestra parte, consideramos que el DIMA es un derecho independiente de la Vida privada, de la intimidad y de la reserva, debido a que la imagen no siempre se protege del público, tan es así, que las modelos, por ejemplo, viven de que su imagen sea divulgada, claro que normalmente relacionada a algún producto. Sin embargo, estamos conscientes de que la imagen puede ser un medio para violar aquellos derechos, tal es el caso de los “*Paparazzi*”, quienes a pesar de que el personaje público se sustrae de las cámaras, ellos captan imágenes de relaciones amorosas o detalles de la vida de aquellos que querían mantener lejos del ojo público.

2.6.2. Derecho al honor

El honor es aquella estimación que hay hacia una persona, y de allí que dependiendo de quien venga vamos a encontrar la división que se hace, así habrá un honor objetivo –al que nombramos externo- el cual proviene de las demás personas; y el subjetivo –que nosotros llamamos interno- que es la estima hacia uno mismo.

Existen doctrinarios que afirman que el DIMA es una rama del derecho al honor. En ese sentido, Castán mantiene que la imagen no es protegida por sí misma, como una pertenencia o emanación de la persona, y por consiguiente sólo puede impedirse que alguno pinte o reproduzca la imagen de otro en cuanto su publicidad o difusión cause una ofensa a la personalidad. La tutela de la imagen –afirma- se manifiesta así como una forma o derivación de la protección del honor.

¹⁸⁸ HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.*, p. 30

Orgaz defiende que se trata de una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas, entendido este término como todo ejercicio o lesión a un interés moral cualquiera digno de consideración. No obstante, Vercellone mantiene la clara separabilidad de ambos derechos, señalando cuatro situaciones de relación entre ambos, que esclarecen en gran parte sus respectivos límites:

a) Que se publique el retrato de una persona sin su consentimiento y fuera de las excepcionales hipótesis de libre utilización de la imagen, pero de modo que la corrección de tal retrato excluya todo perjuicio al honor, decoro o reputación del retratado. En este caso no hay sino violación de DIMA.

b) Que la publicación del retrato se realice también sin consentimiento del retratado, pero constituyendo al mismo tiempo un perjuicio al honor, decoro o reputación del retratado. Entonces habrá simultáneamente violación del DIMA y del derecho al honor.

c) Que la publicación del retrato se opere con el consentimiento del retratado o mediante una hipótesis de excepción; y que no resulte dañado el honor, ni el decoro, ni la reputación de la persona efigiada. Entonces no hay violación de ningún derecho.

d) Que la publicación sobrevenga en una de las excepcionales hipótesis de libre utilización del retratado. No habrá entonces atentado contra el DIMA, pero sí contra el derecho al honor, dándose paso a la pertinente pretensión -en sentido material o acción en sentido procesal- de represión en vía penal, con la secuela de la petición de resarcimiento por responsabilidad civil".¹⁸⁹

Por nuestra parte, podemos decir que el DIMA es independiente del derecho al honor, puesto que poco o nada tiene que ver la apariencia física exterior de una persona con la estimación que haya hacia un sujeto, ya por parte de otros o de sí mismo. No obstante, no negamos que pueda utilizarse la imagen de alguien para dañar su honor, especialmente

¹⁸⁹ Ibidem, pp. 25 -26

cuando le agregan algún pie de foto –leyenda- en el cual dicen algo ofensivo o fuera de la realidad¹⁹⁰.

2.6.3. Derecho a la identidad personal

Rietschel dice, que “la propia efigie es la contraseña de la identidad personal; es la individualización figurativa de la persona; autoriza la oposición contra toda injusta divulgación de la contraseña de la propia individualidad y contra toda villana indiscreción ajena”.¹⁹¹

Derecho a la identidad, según Piraino se configura como un interés jurídicamente protegido a no ver tergiversado o alterado el propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional.¹⁹²

Una vez más, el DIMA es considerado dentro de otro derecho, toca el turno al de la identidad personal.

Si consideramos la identidad personal como la determinación del conjunto de signos que distinguen a una persona de todas las demás, ya durante la vida, ya después de la muerte, es indudable que el sujeto de derecho, como unidad que es de vida jurídica y social, ha de contar con tales signos entre sus atributos por cuanto que ha de ser individualizado para tener la consideración de persona cierta no-confundible con las demás. Dentro de esos signos individualizadores cabe distinguir entre los naturales propios de cada individuo que todo hombre lleva consigo como su patrimonio más personalísimo, y que subsisten y se mantienen inalterables a pesar de su desarrollo, y los artificiales, añadidos para el mismo fin. Entre los naturales, unos se refieren a la contextura psíquica y otros a la contextura corporal del individuo, siendo éstos los que constituyen los diversos elementos

¹⁹⁰ Reconocemos que en el honor si existe la “*exceptio veritatis*” la cual consiste en que lo dicho aunque dañe el honor de la persona, no será considerado ilícito siempre y cuando se pruebe que es verdad. Esto no opera por obvias razones en el DIMA.

¹⁹¹ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit. p. 325

¹⁹² HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 41

morfológicos y cromáticos que integran lo físico del individuo, su apariencia exterior, la disposición de sus rasgos, las proporciones de su cuerpo, sus señas particulares. Éstos son aprehendidos a través de los sentidos y fáciles de ser conservados para su posterior reconocimiento. Ellos son los que integran la imagen de la persona y los que permiten enlazar el DIMA con el derecho a la identidad personal, que, salvo algunos atisbos, no ha sido enfocado sino desde el ángulo del derecho del nombre.

Es ilustrativo traer a colación el histórico fallo que, el 6 de mayo de 1974, emitiera el Pretor de Roma.¹⁹³ El problema consistía en la difusión que se le daba a la imagen de dos personas, sin el expreso consentimiento de las mismas, a través de un cartel de propaganda electoral con motivo de un referéndum habido en Italia respecto a la abrogación o no de la ley que consagraba el divorcio. El simple hecho de la divulgación de las imágenes de las personas, constituía en sí mismo un hecho civilmente ilícito. El art. 10 del cód. civil Italiano, como el art. 15 del Peruano, prohíben en general, la divulgación de la imagen de una persona sin contar con su consentimiento, salvo las expresiones que la propia ley establece en base, fundamentalmente, a la trascendencia social del hecho en que se produce la captación de la imagen.¹⁹⁴

En este cartel aparte de la imagen, también es violada la identidad personal de los esfigiados, ya que eran presentados de tal forma que se deducía que eran cónyuges, cuando la verdad no lo eran; se les mostraba como campesinos, cuando en realidad su ocupación era diversa. Además se les hacía aparecer como favorables a la abrogación de la ley sobre

¹⁹³ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, op. cit., p. 142 y siguientes.

¹⁹⁴ El art. 15 del cód. civil peruano prescribe: "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz de una persona se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden".

El art. 10 del cód. civil Italiano dispone: cuando la imagen de una persona o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en el que la exposición o la publicación está consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro, o de la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a solicitud del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el divorcio, es decir, como antivivocistas cuando, por haber sido coautores de ese texto legal, eran indubitablemente partidarios del divorcio.

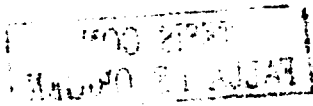
Con el anterior ejemplo, manifestamos que el DIMA es independiente del derecho a la identidad personal, y además es un ejemplo típico de como es posible a través de la imagen física, alterar la personalidad del sujeto, presentarlo con una identidad que no le corresponde. El fallo judicial puso en evidencia, precursoramente, la autonomía de la identidad personal o “imagen social” del sujeto, de lo que constituye su imagen física, la expresión de su contomo corporal o mejor dicho de su aspecto físico exterior.

2.6.4. Derecho a la integridad física

Representantes de la moderna doctrina italiana como Barassi, Bonimi y Degni, estudian el DIMA dentro de los derechos de la personalidad. Concretamente, Degni, además de calificarlo así, lo estudia dentro de la subespecie de los derechos a la integridad física – junto con el derecho sobre el propio cuerpo, y el derecho sobre el propio cadáver -. Misma idea que comparte el español Federico de Castro.¹⁹⁵

Es una doctrina muy interesante, la cual durante el transcurso del trabajo nos hizo titubear respecto de la naturaleza de la Imagen, ya que esta teoría habla de la imagen desde un punto de vista material, lo cual hasta cierto punto es correcto. Sin embargo, nosotros nos inclinamos más hacia la idea de la imagen no sólo material en sí, sino hacia la proyección que tiene, la cual es individualizadora de los individuos. De ahí que en la clasificación que propusimos en el capítulo anterior, la hayamos ubicado dentro de los derechos de la individualización personal, junto con derechos como al nombre, a la voz, etc.

¹⁹⁵ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, op- cit., p. 1485



2.6.5. Derecho sobre el propio cuerpo

Las primeras concepciones doctrinales del siglo pasado en torno al DIMA, nacidas entre los cultores del *ius in se ipsum*, lo consideraban como extenuación del derecho de la persona a su propio cuerpo.

Para Amar, el hombre tiene sobre sí un pleno poder de disposición, ha de tenerlo sobre su misma imagen; está en su derecho al permitir o rehusar que su cuerpo sea “reproducido” en todo o en parte; tiene el pleno dominio sobre su persona física y sobre todas sus manifestaciones, incluida aquella muy particular que es la imagen. Para él, tanto si se atiende al original “reproducido” como si a las “reproducciones” del mismo, no cabe duda de que jurídicamente la imagen es un objeto corporal o material. Afirma incluso que el DIMA es una mera extrinsecación del derecho sobre el propio cuerpo, en cuanto que es el derecho sobre el aspecto exterior de éste, objeto corporal o material por excelencia.

En parecido sentido aduce Campogrande, que la imagen es un quid corpóreo y material que no resulta solamente de un sistema de colores, rasgos y sombras, sino de un conjunto de huesos, músculos y nervios, de cuya particular disposición resulta la fisonomía. Y la misma tesis sustentan Keyssner, Romanelli, Ferrara; y Ricca Barberis para quien la imagen es una cualidad física que sirve de signo para identificar a la persona.¹⁹⁶ Por tanto, tan absoluto como el derecho sobre el propio cuerpo ha de ser el que recae sobre la imagen que lo envuelve y lo viste.¹⁹⁷

Se apoya esto por la Sentencia 27-5-903, Milán, se puede reproducir la figura de una persona sin su asentimiento ni divulgar el retrato, porque cada individuo tiene la libre y exclusiva disposición del propio aspecto y el consiguiente derecho sobre su efigie, que no es sino la exteriorización del derecho sobre su propio cuerpo, siendo precisamente la exteriorización de éste.¹⁹⁸

¹⁹⁶ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit. p. 317

¹⁹⁷ ídem

¹⁹⁸ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, op. cit., p. 1486

Hacemos nuestra la explicación que da Mascareñas respecto de la independencia del DIMA respecto del derecho sobre el propio cuerpo. Para este autor se niega que el DIMA esté dentro del derecho al propio cuerpo, ya que ninguno de los legisladores que expresamente han reconocido y defendido al DIMA han pretendido tutelar mediante tales normas al cuerpo humano; ninguno ha intentado proteger así al hombre de aquellos actos de las demás personas de los cuales pudiere inferirse un daño para su propio cuerpo. Dice Ruiz Tomás que la reproducción arbitraria de la imagen ajena no es capaz de confundirse con una ofensa corporal; no significa lesión del cuerpo de la persona. Por otra parte, cuando se reconoce, el DIMA, se veda el exponer, reproducir, publicar, poner en comercio no la persona -que esto se prohíbe por las normas-, sino el retrato de la persona.¹⁹⁹

2.6.6. Derecho Fundamental

En varios países el derecho en estudio tiene rango de derecho fundamental²⁰⁰ -o garantía constitucional en nuestro derecho-, en España, por ejemplo, está incardinado en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Se garantiza su protección de dos maneras:

- a) es vinculante para los ciudadanos -art. 9.1-, y
- b) para los poderes públicos -art. 9.1 y 53.1- quienes deberán promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud -9.2-.

Además el art. 20.4 señala expresamente al Derecho a la Propia Imagen -así como los derechos al honor y vida privada-, como límite a las libertades reconocidas en el art. 20.1, en sus cuatro apartados: libertad de expresión -20.1 a-, de producción y creación literaria,

¹⁹⁹ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit. p. 325

²⁰⁰ Remitimos al cuarto capítulo de esta obra, el cual se refiere al reconocimiento del DIMA en el derecho extranjero.

artística, científica y técnica -20.1 b-, de cátedra -20.1 c- y de información -20.1 d-. Con ello se les da un contenido negativo a dichos derechos.

Las posibles lesiones del art. 18.1 del texto constitucional provienen fundamentalmente de relaciones interprivatos. Tiene lugar entonces lo que en la doctrina alemana se conoce como “Drittwirkung, o lesión de derechos fundamentales por actos de particulares”. La primera consecuencia que de ello se deriva radica en que tales vulneraciones no tienen acceso directo al recurso de amparo.²⁰¹ Ya que éste se promueve cuando los derechos son vulnerados por autoridades en ejercicio de sus funciones.

En países en los cuales se reconoce constitucional y legalmente al DIMA, las consecuencias de ser considerado derecho fundamental, pueden distinguirse en básicas, prácticas y concretas. Veamos el caso Español:

a) Consecuencias básicas: es un derecho subjetivo privado, de derecho civil, derecho de la personalidad, que al ser elevado a derecho constitucional –fundamental- goza de la protección del Derecho Civil, el cual lo refuerza materialmente con presunción de daño moral y medidas: art. 9 Ley 1982 –las cuales veremos más adelante-; y procesalmente existe un proceso especial de la Ley de 1978, con intervención del Ministerio Fiscal; y gozan, asimismo, de la protección constitucional por medio del recurso de amparo.

b) Consecuencia práctica: al ser desarrollado el art. 18.1 por la LO 1/1982 y aplicársele el trámite procesal de la Ley de 26 de diciembre de 1978, la proliferación de procesos, en la práctica, ha sido inmensa.

c) Consecuencias concretas. Al ser tratados estos derechos de la personalidad como derechos fundamentales, Herrero Tejedor enumera las siguientes específicas consecuencias:

²⁰¹ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 305

- Exigibilidad frente a los poderes públicos, tal como establece el art. 53.1 de la Constitución, mientras que los derechos privados sólo se extienden a las relaciones entre particulares;
- obligan también en las relaciones entre particulares, habiendo recibido por la Constitución su positivación;
- esta positivación se produce no sólo con rango de Ley, sino dentro de la constitución y del marco propio del art. 53.2, que conlleva las medidas cautelares en cuanto a su modificación y las privilegiadas garantías en todos los ordenes;
- goza de mayor protección ante los Tribunales ordinarios, frente al legislador y ante el Tribunal Constitucional,
- goza de carácter público, en un triple sentido: el que deriva de todos los derechos recogidos en el art. 53.2; tiene además intervención, en todo proceso, del M.F.;
- especiales obligaciones respecto al DIMA por parte de los poderes públicos, según el art. 9.2 de la constitución;
- y por último, las normas que lo regulan tienen interpretación extensiva, salvo cuando pugnan con otros derechos fundamentales.²⁰²

En nuestra opinión, el DIMA debe ser reconocido como Derecho Fundamental en todas las naciones, en especial en México. Creemos que debe ser en conjunto con los derechos de la personalidad, los cuales consideramos podrían ser reconocidos quizás en el Art. 4º de la Constitución Mexicana, y ser regulados y protegidos en el Código Civil.

2.6.7. Derecho de propiedad intelectual

Hay posturas que dicen que es una rama del derecho de autor y otra que niega ese carácter al decir que tampoco es un añadido del derecho de autor, sino, es un derecho más de propiedad intelectual, con sus características y peculiaridades con una relación semejante a la que existe entre derecho de patentes y derecho de autor.

²⁰² O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 160-173

Aquí hay algunas similitudes y diferencias que, según estas posturas, tiene el DIMA con el derecho de propiedad intelectual:

- a) En ambos casos el propósito de la protección es recompensar los esfuerzos del titular para potenciarlos en defensa de los intereses de toda la comunidad. Conseguir una imagen con valor pecuniario cuesta a su titular tiempo, esfuerzo, habilidad e incluso dinero. Porque todos nos esforzamos para dar cierto carácter a nuestra imagen.
- b) A diferencia del retrato, la imagen personal no es una obra aunque su custodia se encuentre regulada dentro de leyes de Propiedad Intelectual –como es el caso de México en la Ley de Derechos de Autor, y en Argentina en la Ley 11. 723-. Además, como otros derechos de la personalidad general corresponde que sea legislado en el Código Civil.
- c) La protección que se otorga al autor está pensada en última instancia para beneficiar a toda la sociedad ofreciendo incentivos a la creación. En el caso de la imagen, aunque no se excluye esta finalidad, se trata más bien de proteger a los ciudadanos y especialmente a los famosos del enriquecimiento injusto de otro a costa de su esfuerzo.
- d) El titular del DIMA no es su autor, aunque haya utilizado mucho arte, cirugía o cosméticos en crearla; tanto la suerte como los genes de sus padres son también autores.²⁰³

Reiteramos que se trata de un derecho de la personalidad distinto del que surge de un acto de creación intelectual y, por lo tanto, no tiene la naturaleza propia de un derecho de autor,²⁰⁴ y en general de Propiedad Intelectual.

²⁰³ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 49-66

²⁰⁴ VILLALBA Y LIPSYC, El Derecho de autor en Argentina

2.6.8. Derecho autónomo

La evolución del concepto del DIMA no ha sido pacífica, sino más bien controvertida. En ella es posible distinguir, al menos tres momentos²⁰⁵ en lo que concierne a su comprensión jurídica. En el primero, el DIMA se pretendía mostrar como una “objetivación”. Dentro de esta primigenia posición el derecho tutelaba el retrato como algo material independiente del sujeto.

En un segundo instante, se le negó autonomía. Se consideró solamente que a través de la imagen se tutelaban otros derechos, que podían ser lesionados mediante su ilícita exposición o difusión. Es decir, que la imagen era un bien de la persona digno de protección no por lo que ella misma significaba, sino tan sólo por ser un instrumento que se utilizaba para agravar el honor, la reputación o, más recientemente, la intimidad de la persona. Una muestra de esta posición nos la ofrece el contenido del art. 10 del cód. civil italiano. En este numeral se tutela el decoro y la reputación de la persona, bienes que pueden ser lesionados a través de la imagen.

En un tercer momento, en los tiempos que corren, el bien tutelado es la semblanza, la efigie, el aspecto físico exterior de la persona. **Ella no puede separarse, o aislarse del sujeto mismo. Aquello que se expone o divulga, no es más que la expresión material u objetiva de la imagen, pero no se confunde con la imagen misma que integra la persona.** Una cosa es la imagen, irremisiblemente unida al sujeto, y otra es la expresión objetiva de la misma. Lo que se tutela es la imagen, impidiendo que ella, captada por cualquier medio, se exponga o divulgue sin el consentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.

Puig Ferriol se pronuncia a favor de la autonomía, con otra faceta que es la disponer lícitamente o comerciar con la imagen.²⁰⁶

²⁰⁵ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, op. cit., p. 145-6

²⁰⁶ PUIG FERRIOL, Luis, op. cit., p. 108

Personalmente opinamos que, si bien el DIMA puede presentar concomitancias con el honor, la vida privada, el derecho al cuerpo, la intimidad y otros derechos, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos supuestos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran a aquellos derechos, lo que confirma su condición de valor independiente.

2.6.8.1. Doctrina que niega la existencia del Derecho a la Propia Imagen

Rosmini, en la doctrina italiana, fue el primero en manifestarse contrario a la tesis del DIMA, por carente de apoyo en la norma positiva. Decía que el DIMA estaba contenido en el Derecho al honor. Ma. Romero, está de acuerdo con él "...en que la reproducción de la fisonomía de una persona sólo puede impedirse cuando hiera su estimación o decoro, ocasionándole un perjuicio directo o indirecto. Si se abusa de la imagen con fines ilícitos, el agente está violando el derecho al honor de la persona retratada". Esta autora piensa que cuando mediante la inconsciente publicación de la imagen de una persona se irroga una ofensa a su honor en virtud de las circunstancias que concurran en el modo de difundir la imagen que se trate, puede decirse que se ha violado el DIMA con circunstancias agravantes o, incluso que ha habido concurrencia de violaciones del DIMA y del derecho al honor. Ahora bien, si la publicación del retrato se opera con el consentimiento del retratado y no resultan dañados ni el honor ni el decoro, ni la reputación de la persona retratada, entonces no hay violación de ningún derecho y la divulgación es lícita.²⁰⁷

Vercellone dice que existe la persona con sus rasgos, su fisonomía, sus dimensiones. Esta persona, es decir, su cuerpo, como todos los cuerpos materiales expuestos a la luz, puede ser visto, suscitar en los órganos visuales de otra persona una sensación que naturalmente será distinta cada vez, según la luz existente, el ángulo visual; esto es, según la posición del cuerpo visto y el de la persona que ve; según, en fin, el modo de ver de esta última persona. Por consiguiente, no se puede decir que exista la imagen de una persona, sino un indefinido número de imágenes todas referidas al mismo cuerpo, tantas imágenes

²⁰⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia Ma., op. cit., p. 86

distintas para cada cuerpo cuantas veces ese cuerpo haya sido o sea visto en el futuro por otras personas. Ahora bien; no es correcto hablar de la existencia autónoma de una sensación, al menos en plano jurídico, y, por tanto, es inconcebible la existencia de un derecho sobre ella. Y aun más incorrecto en todo caso resulta decir que sobre la sensación de otro organismo pueda yo pretender derecho alguno -ya que la imagen es una sensación en los órganos ópticos de otro cuerpo-.²⁰⁸

Otros autores opinan que, así como no se puede prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, así tampoco puede negarse la exteriorización de la misma.²⁰⁹ No faltan quienes atacan el DIMA en el sentido de no concebir la efectividad de un derecho de propiedad sobre la imagen, y creen que, por ejemplo, el hecho de intervenir una persona en un acto público o salir a la calle equivale a una *publicatio*, y cualquiera tiene el derecho de sacar libremente su retrato. Además, el DIMA, por sí mismo, es contrario al principio de sociabilidad en virtud del cual no puede negarse al consorcio humano que vea y conozca las facciones de una persona, al igual que tiene derecho a conocer y juzgar su conducta.²¹⁰

Otro grupo de tratadistas -Von Blume, Schuster, Kohler, Cohn- estima que la regulación restrictiva del DIMA sería un golpe mortal al arte. Niega Von Blume, la existencia del DIMA, y cree que de la aplicación práctica de este derecho se derivarían absurdas consecuencias, arrebatando a los artistas las posibilidades de reproducir la figura ajena.²¹¹

Nicolás Coviello dice que una persona no tiene derecho alguno sobre su propia imagen, en cambio, en el caso en que esa imagen aparece en un cuadro, estatua o placa fotográfica, ella pasa a ser materia del Derecho de autor.

²⁰⁸ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 304

²⁰⁹ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, op. cit., p. 1483

²¹⁰ ídem

²¹¹ ídem

2.6.8.2. Doctrina que afirma la existencia del Derecho a la Propia Imagen

Algunos autores como R. Nerson, J. Carbonier y Von Thur, consideran a la imagen como una emancipación de la persona humana, que confiere al sujeto un derecho específico de la personalidad, cuyo objeto es su figura exteriorizada en sus rasgos físicos y cuyo fundamento es la autonomía de la persona respecto de sí misma y de sus manifestaciones.²¹²

Según Campogrande, el DIMA tiene su origen en el *jus in se ipsum*. El DIMA aunque no sea declarado por las leyes, está implícitamente reconocido y tutelado en sus diversas manifestaciones, la falta de un expreso reconocimiento legislativo del DIMA no suministra razón idónea para excluir su admisibilidad. Para Amar, el derecho más excelente es el de la libertad, y hasta que el hombre, con sus personales actos no viola los derechos ajenos, permanece plenamente como árbitro del mismo, o sea, tiene sobre sí un dominio completo y de esta manera lo tiene también sobre la propia imagen. Admite Rica Barberis el DIMA, pero subrogado en el de la personalidad, y afirma que la publicación del retrato no lesiona la figura humana, sino la personalidad; de manera que el DIMA no es diverso del de la personalidad, sino que es la personalidad misma.²¹³

Frente estas tendencias de admisión “indirecta” del DIMA, Degni, entre otros, propugna su admisibilidad directa e independiente. Refutando una de las teorías negativas antes expuestas, afirma que el principio de sociabilidad no encaja aquí del todo, y puede servir sólo como límite del DIMA. Se entiende que a la comunidad humana interesa conocer el estado civil de sus propios semejantes, la condición jurídica de sus bienes; pero no se comprende por qué debe corresponderle también el derecho a conocer su efigie y, además a divulgarla. “La curiosidad no puede elevarse a la categoría de interés social”. “La sociabilidad”, observaron Fadda y Bensa²¹⁴ que “...no puede obligarme a permitir que mi retrato, aunque sea con fin benéfico, se fije en todas las piedras del camino. Así como a toda persona debe reconocérsele el derecho de exponerse al público cuando quiera,

²¹² NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., p. 65

²¹³ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, op. cit., p. 1484

²¹⁴ Notas a Winscheid, p. 656

igualmente debe reconocérsele el derecho de prohibir que su imagen para ser vista permanentemente y por todos”.²¹⁵

2.7. Características²¹⁶

2.7.1. Derecho subjetivo

El DIMA es un derecho subjetivo ya que corresponde a los individuos como simples seres humanos, y se propone asegurarles el goce de su propio ser, físico y espiritual y da la posibilidad de que exija de los demás un respeto y aun el pago de daños y perjuicios cuando sin su consentimiento es utilizada su imagen. Además puede ser protegido por medio de una determinada acción civil, penal o administrativa.

El derecho subjetivo puede ser definido como el poder concedido por el Ordenamiento jurídico a la persona, para la autosatisfacción de intereses dignos de protección. Si se clasifican los derechos subjetivos, por razón de su objeto, la primera categoría que se contempla es la de los derechos de la personalidad. Estos son el poder que el Ordenamiento jurídico concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma.

Dentro de la estructura de derecho subjetivo se distingue el sujeto, el objeto y el contenido. Interesa estudiarlo en relación con los derechos de la personalidad y concretamente, en cuanto aquí interesa, con el DIMA. El sujeto es la persona a quien se le atribuye el poder en el que consiste el derecho subjetivo; es el titular de este poder.

²¹⁵ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, Loc. Cit.

²¹⁶ Vid. Supra Cap. I.

2.7.2. Privado

Lo relativo a la imagen de las personas tiene un claro matiz público en cuanto que al Estado interesa la individualización y el reconocimiento de todos y cada uno de sus ciudadanos, así como la armonía entre éstos en aras del orden público. Por esta razón impone el deber a cada uno de respetar a los demás en todas las manifestaciones lícitas de su respectiva personalidad. Pero ello no autoriza a considerar como Derecho público el DIMA. En éste se da una voluntad individual predominante, unas relaciones privadas entre individuos particulares y un interés neta y directamente privado. No nace el DIMA de relación alguna en que entre los entes sociales revestidos de *imperium* en cuanto tales. Corresponde, en fin, a la persona como ser humano y se propone asegurarle el goce pleno del propio ser físico y espiritual. Es evidente la *utilitas* privada que en él se da.²¹⁷ Cuando el Estado, las administraciones públicas o los entes públicos distribuyen o difunden retratos o imágenes a través de la prensa, televisión y publicidad contratan sin el poder o *imperium* en ellos característicos, es decir, como particulares.²¹⁸

Además, la responsabilidad civil es sanción suficiente para remediar la violación de este derecho, siempre que no implique además atentado al honor de la persona. Se ocupan de él los tratadistas de Derecho Privado, -aunque no siempre- y comúnmente, incluso por las legislaciones que lo tratan, como el Cód. Civil italiano. Aunque a veces puede haber sanción penal, sin mengua de su carácter privado.

2.7.3. Innato, natural, original u originario y vitalicio

El DIMA recibe estas características en tanto que el individuo lo obtiene desde antes de su nacimiento, es decir, las características físicas particulares son adquiridas por el hombre desde el momento mismo de la concepción, por medio de la información genética transmitida por sus padres, duran toda la vida del sujeto y su protección –como veremos- se

²¹⁷ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 332

²¹⁸ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 138

da más allá de la vida. Es claro que dichas características físicas pueden cambiar con el paso del tiempo o adquirirse e integrarse a la imagen.²¹⁹ Por ejemplo, una cicatriz o una operación estética.

Según Mascareñas, si por derecho innato únicamente se entiende aquel que no necesita la realización de ningún determinado acto jurídico para su nacimiento, para venir a la existencia, pues que resulta suficiente a su respecto con el presupuesto general de la personalidad del sujeto, sólo con reservas puede mantenerse que el DIMA sea un derecho innato. En efecto, recordemos que para la mayoría de los autores –no para nosotros– la imagen es la reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible. En consecuencia, el DIMA existiría para cada persona meramente *in potentia* en tanto no se produzca un acontecimiento preciso para su existencia *in actu*, y tal acontecimiento no será otro que aquella reproducción de la figura que constituye la imagen, es decir, el retrato. Pero si por derecho innato se prefiere entender aquel cuya existencia para el particular no debe estar supeditada al reconocimiento expreso por parte de un determinado sistema legislativo, entonces es posible considerar al DIMA como innato.²²⁰

Siguiendo a Gitrama, si por derecho innato se prefiere entender aquel cuya existencia para el particular no debe estar supeditada al reconocimiento expreso por parte de un sistema legislativo. Entonces es posible –y acaso forzoso, bajo el punto de vista iusnaturalista, de la supremacía de lo justo sobre lo legislado– aplicar tal catalogación al derecho en estudio. Tal opinión, sin embargo, para autores como Herce de la Prada parece todavía atrevida. Para este autor el DIMA es un derecho adquirido.²²¹

En nuestra opinión, nos adherimos a la idea de que es un derecho innato, ya que aunque no lo reconozcan las leyes expresamente, existe, aunque estamos conscientes de que en esos casos es más difícil hacerlo efectivo.

²¹⁹ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 24

²²⁰ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 332

²²¹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 32

2.7.4. Absoluto

Apoyamos la idea de que el DIMA es absoluto o de exclusión, lo cual significa que es oponible *erga omnes*, es decir, existe la obligación de todos los miembros de la sociedad de respetar la imagen de la persona.

Aunque existen doctrinarios que dicen que el DIMA no es un derecho absoluto. Según ellos, ningún derecho lo es, porque todos se hallan condicionados en su contenido y en su ejercicio por exigencias de orden moral e incluso por imperativos del orden jurídico, que obligan a compatibilizarlos con los derechos de los demás y las necesidades del bien común.²²²

2.7.5. Irrenunciable

Este punto se refiere a que no puede desaparecer por la voluntad ningún individuo, nadie puede renunciar a su DIMA, ya total o parcialmente. Además, no puede obligarse a nadie que en un momento dado, haya autorizado el uso de una o varias expresiones objetivas de la imagen para que fueran difundidas a cambio de un precio a que no se oponga a posteriores difusiones realizadas sin su consentimiento. No obstante, la autorización para usar dichas expresiones objetivas varía de acuerdo a la voluntad del titular.

2.7.6. Indisponible

El DIMA es indisponible -inalienable, intransferible o intransmisible- ya *Inter Vivos* ya *mortis causa*²²³; pues el sujeto carece de disposición sobre el mismo, entendida como la facultad o poder de realizar un acto cualquiera que decida el destino del derecho, haciendo

²²² MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 333

²²³ Aunque pueda existir una protección a la imagen de una persona después de su muerte, por parte de sus parientes y/o herederos.

dejação de su titularidad. Lo contrario supondría tanto como permitir la de jação de la propia persona, en todo o en parte, en virtud de la inherencia antes señalada.

Es Inalienable ya que el individuo no puede comercializar de manera definitiva con su imagen. Aunque, muchas veces la imagen en el caso de ciertas personas, principalmente por su profesión, es puesta en el comercio –sus expresiones objetivas mejor dicho-, esto no constituye un acto sancionado por las leyes. Sin embargo, la inalienabilidad se refiere a una enajenación definitiva, la cual no es factible debido a la naturaleza del DIMA.

Asimismo, sería absurdo suponer la enajenación de la imagen, ya que constituye algo inseparablemente unido a la persona por el hecho de serlo, ni son alienables las facultades que derivan del DIMA, sino sólo se puede disponer de las concretas consecuencias de tales facultades: así el modelo que brinda su imagen exclusivamente para la ejecución del busto, puede impedir que la expresión objetiva obtenida sirva al artista para otras finalidades.²²⁴

El titular del DIMA no puede desprenderse del mismo, si comercia con su retrato o permite que otra persona haga tal comercio, no habrá transmisión del DIMA. Sólo puede enajenar las expresiones objetivas sobre el soporte material.

2.7.7. Imprescriptible

La persona nunca pierde su DIMA por el efecto del tiempo. Es su único titular, aunque después de su muerte, sus parientes y/o herederos puedan exigir el respeto a la misma.

Respecto a los estragos del tiempo en la imagen es indiferente, por otra parte, que la fotografía fuera obtenida, por ejemplo, en el año 1972 y, que por consecuencia del paso del tiempo el aspecto externo de la demandante en la época posterior en que se utilizó la foto no coincidiera con el que presentaba en aquel entonces; y ello porque el derecho subjetivo fundamental se posee sobre todas las imágenes que ofrece una persona a lo largo de su

²²⁴ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 36

vida, dado que es un derecho que no se extingue por prescripción; y es que, si el objeto de la tutela fuera únicamente la imagen actual del individuo, carecería de explicación que se proteja incluso la imagen de personas ya fallecidas.²²⁵

2.7.8. Inembargable -embargabilidad de los retratos-

Es claro que el DIMA al ser un derecho de la personalidad, tiene la característica de no ser objeto de embargo; lo que se discute es si el retrato –u otra expresión objetiva de la imagen- puede serlo.

Borrel Maciá dice que esta cuestión tiene interés si el autor es un artista de renombre, ya que el cuadro tendrá entonces un valor intrínseco completamente independiente de la imagen. Si está prohibida la exhibición de la imagen sin el consentimiento del retratado, no se ve qué interés podrían tener los acreedores en embargar y ejecutar el cuadro desde que nadie tendría derecho a exhibirlo ni publicarlo. Borda agrega que si el retratado vende el retrato, esa venta supone desde luego la autorización tácita para exhibirlo; la ley argentina -ley 11.723, art. 31-, le reconoce derecho para revocar esa autorización; resarciendo a la otra parte los daños y perjuicios consiguientes. Pero si aquel hubiera fallecido y la venta la realizare el heredero a quien tocó el cuadro en la partición, los otros herederos –cónyuge, descendientes o ascendientes- pueden oponerse a la exhibición si la expresión objetiva tuviera fines sensacionalistas o una publicidad que pudiera afectar la memoria del muerto; pero si se tratare de un retrato hecho por un autor de fama, adjudicado a uno de los herederos teniendo en cuenta su valor económico, éste puede disponer libremente de ese retrato sin que los otros herederos intervengan.²²⁶

En el supuesto que el efigiado apareciese insolvente ante sus acreedores y tuviese a su favor créditos derivados del disfrute patrimonial del DIMA, ¿podrán tales acreedores cobrar

²²⁵ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 122 –SAP Palma de Mallorca, 10 de diciembre de 1988-

²²⁶ BORDA, Guillermo, op. cit., p. 302

dichos créditos? Si por voluntad del retratado, “se ha puesto su imagen de alguna manera en el comercio” con fines de lucro; por consiguiente, no hay duda de que lo podrán hacer.

No hay subrogación en el ejercicio del DIMA, que no la admite en cuanto derecho de la personalidad que es; sino subrogación meramente en las consecuencias pecuniarias que puede implicar y, por tanto, atribución a los acreedores de la facultad de hacer valer derechos de crédito –esto es, económicos- del titular del DIMA frente a un deudor negligente.

En el retrato artístico es posible que lo fundamental sea la realización, la maestría, el prestigio del pintor o el escultor, la firma en suma; que todo ello llegue a prevalecer sobre la personalidad del retratado, de modo que, con el transcurso del tiempo, la obra figure en el catálogo de cuadros del pintor o, en general, del artista, como retrato de un desconocido. Pero puede también ocurrir que lo único realmente valioso en el cuadro sea el personaje que representa, aquel cuyas facciones aparecen mejor o peor perfiladas en el lienzo por un pintor de escaso predicamento; como casi siempre ocurrirá en los retratos fotográficos, cuya escasa importancia económica eliminará generalmente toda cuestión.

En la primera de estas hipótesis es indudable que el cuadro tendrá un valor por sí económicamente apreciable; constituirá un valor positivo en el patrimonio de su dueño que, en principio, seguramente será la misma persona efigiada, pero que, ulteriormente y siquiera sea por herencia, será persona distinta. En la segunda hipótesis, apenas tendrá el cuadro otro valor que el de afección para quien lo encargó, para el retratado y para sus familiares. Es entonces cuando, como dice Borrell Macía, el acreedor que pretende sea trabado embargo sobre el retrato no perseguirá de una manera directa el cobro de su crédito, sino tan sólo fastidiar al deudor o forzarle a buscar con qué pagar su deuda ante la amenaza de que su retrato sea vendido en los encantos.

En todo caso, ciertamente que en un orden de prelación de valores la personalidad humana reflejada en el retrato debe anteponerse al valor económico que pueda tener la obra

del artista, al escaso que tendría el lienzo e, incluso, al que tenga la deuda insatisfecha, origen del embargo.

Ante la legislación vigente al respecto²²⁷, que no estima que los retratos sean bienes inembargables, será difícil que pueda prosperar la doctrina expuesta, ya que no en vano todos los bienes del deudor son garantía común de sus acreedores.

Claro es que la autoridad judicial decidirá prudentemente ante las circunstancias de cada caso. Siempre que el retratado o-eventualmente- sus herederos posean bienes suficientes a la satisfacción del acreedor, será rechazada la pretensión de éste sobre los retratos.

Cualquiera que fuese el adjudicatario de la obra, quedará sujeto en su propiedad a las limitaciones inherentes al derecho del efigiado a su propia imagen –o el reflejo de éste en sus familiares-, de modo que no podrá publicitarlo, reproducirlo ni ponerlo en comercio sin el consentimiento de los mismos.²²⁸

2.7.9. Inexpropiable

Mascareñas dice que si, en ocasiones, el Derecho consiente que se retire o neutralice la tutela de un derecho subjetivo particular, lo hace en virtud de razones de interés público. No ocurre otra cosa en la expropiación forzosa. Cuando el interés de todos los miembros de la sociedad entra en colisión con un derecho subjetivo individual, por regla general prevalece aquél sobre éste. Tal es la razón de que, en ocasiones, se permitan aparentes violaciones del derecho subjetivo a la propia imagen, que serían ilícitas de no mediar aquel interés público legitimador, aquellas atendibles exigencias sociales.²²⁹

²²⁷ En el caso de México, el art. 434 del Código Federal de Procedimientos Civiles –D.O.F. 24 de febrero de 1943 no lo menciona dentro de lo no susceptible a embargo.

²²⁸ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 348-9

²²⁹ *Ibidem*, p. 350

Por nuestra parte, creemos que al ser un derecho inherente a la persona, no puede ser objeto de expropiación. Sin embargo, si entra en colisión con el interés general, el DIMA podría ser limitado.

2.7.10. Personalísimo y susceptible de utilización con fines lucrativos

Herce, siguiendo a Ruiz Tomás y aplicando el criterio de Stenberg, conviene con aquél en que el DIMA tiene una naturaleza personal, más todavía personalísima y potencialmente pecuniaria. No pueden surgir del DIMA acciones de carácter pecuniario en un primer momento, en el caso de una acción contra el reproductor de las fotografías injuriosas o menos dignas. La acción comienza siendo personal, pero al instante de valorarse lo que debe pagar el ofensor en calidad de indemnización o resarcimiento se convierte en pecuniaria.²³⁰

Consideramos que el DIMA es un derecho personalísimo; sin embargo no creemos que sea potencialmente pecuniario en cuanto a su naturaleza, sino más bien, que es susceptible de utilización con fines lucrativos. Esto es, por ejemplo, en el caso de una modelo que deja que se hagan expresiones objetivas de su imagen para hacer publicidad de un producto.

2.7.11. Sancionador

Según Herce, el derecho en estudio puede ser catalogado entre los sancionadores que son aquellos, que estén o no recogidos en textos legales, surgen desde el momento en que un tercero ocasionó un perjuicio y un daño -perjuicio económico y daño moral- a otra persona. El DIMA pertenece este grupo Ya que nace o se manifiesta cuando se produce una intromisión ilegítima o una utilización indebida.²³¹

²³⁰ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 35

²³¹ *Ibidem*, p. 160

En nuestra opinión, el DIMA es un derecho sancionador en cuanto a que aquél que lo viole debe ser sancionado, más no respecto de que surja dicho derecho al haber una expresión objetiva o utilización de ésta ambas inconsonantes ya que como hemos visto es un derecho inherente a la persona, el cual no necesita ningún reconocimiento ni acto alguno para existir.

2.7.12. Patrimonial

Puig Ferriol dice que el DIMA es un derecho extrapatrimonial. Lo cual consideramos que es erróneo, ya que al ser un Derecho de la personalidad, es parte del patrimonio de la persona en su parte no pecuniaria.

2.7.13. De tipo moral

Es Interno por su consistencia particular y de conciencia. Confiere la facultad para exigir del Estado protección, y que garantice el ejercicio de la categoría de persona, y para exigir de cualquier particular respeto a las cualidades que integran dicha categoría -bienes morales: vida, integridad corporal, honor-. Además, su lesión provoca un daño moral, no resarcible en dinero sino compensable

2.7.14. Esencial

Tiene este carácter porque sin él quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud. El hecho de que la persona tiene protección y disposición sobre su imagen es importante para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, como ser humano.

Su objeto no es la persona titular, sino la protección de su vida y dignidad. El objetivo primordial de su protección no es otro sino sancionar o impedir las perturbaciones ocasionadas por otros particulares a un bien estrictamente privado o particular

2.7.15. General

Lo es porque toda persona goza de él.

2.7.16. Individual

Porque es individual el interés que protegen. Además, porque es reconocido concreta y específicamente a favor de cada persona individualmente considerada.

2.7.17. Individualizado por el ordenamiento jurídico

En los países donde es reconocido expresamente debe ser independiente de otros derechos.

2.7.18. Insustituible

El DIMA no se pueden sustituir.

2.7.19. Intransmisible *mortis causa* –caso del Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida-

La no-transmisibilidad *mortis causa* constituye una de las notas típicas e inseparables de los derechos de la personalidad, bien que herederos –o parientes- sean tenidos o no por continuadores de la personalidad del difunto. Con la muerte del sujeto se extinguen sus derechos personalísimos que no son transmisibles a los herederos o parientes.²³²

Algunos dicen que en general a las personas vivas alcanza una especie de reflejo o proyección de la tutela jurídica personal que envolvía a la persona difunta con la que se hallaban coaligadas; y que en virtud de ello les corresponde al deber de protección de la imagen de ésta. En tal sentido sostiene Gitrama que compete a los parientes y no a los herederos o legatarios la defensa de la imagen del difunto.

Otros dicen que en realidad no cabe confundir el derecho a la imagen como derecho de la personalidad en cuanto tal y con todos sus atributos o facultades con el ejercicio de las acciones de protección de aquéllas. Y que sólo la acción o acciones y no el derecho es transmisible *mortis causa*.²³³

Sin embargo, hay teorías que dicen que sí es posible la transmisión *mortis causa* del DIMA, las cuales exigen que para que la haya deben haber ejercitado de algún modo su DIMA, ya positiva o negativamente; porque de lo contrario se podría suponer que se estaría en contra de su voluntad²³⁴. Además dicen que dicha transmisión motivaría a las personas famosas a promocionar más su imagen. Amat Llari nos explica que quizá ello no sea del todo cierto, pero lo que sí resulta evidente es que el titular podría cobrar más en vida si el cesionario sabe que va a poder seguir explotando la imagen después de muerto del titular. Si el derecho no se transmite *mortis causa* nadie sale favorecido, ni los herederos, ni

²³² *Ibidem*, p. 38

²³³ *Ibidem*, p. 163

²³⁴ En el caso de una persona famosa, el presumir que ha explotado su DIMA y ha querido transmitirlo a sus herederos es una presunción lógica. Pero puede ser que el derecho no se utilice en vida a fin de aumentar su valor o porque se esperaba el momento más adecuado, pero ello no supone que no se desee hacerlo, ni se puede presumir que sí. AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pp. 43-46

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

aquellos a los que se había cedido el derecho, ni en general los comerciantes, ya que tampoco éstos van a querer realizar inversiones para sacar más provecho de la imagen de alguien si después no van a tener la exclusiva. Se argumenta que, ya que toda la sociedad ha participado en la creación de la fama, también debe después poder beneficiarse de ésta. Amat, en este sentido, considera que debe admitirse la transmisibilidad *Inter Vivos* y *mortis causa* siempre que la transmisión *mortis causa* tenga límites temporales.²³⁵

Larenz observa que así por ejemplo en Alemania y Suiza, los valores de la personalidad dignos de la protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que el respeto a la memoria del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que la rebajen ideas y desfiguren. Así, ciertos familiares próximos están facultados en cuanto fiduciarios para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido.²³⁶

Para Igartua, la justificación de la actuación *postmortem* radica en el deber de protección recíproco de los miembros de una familia –mismo sentido que la doctrina francesa-. Con dicha argumentación a su juicio se consigue mantener el dogma de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad en sentido estricto –en otras palabras, la personalidad acaba con la muerte sujeto- y, a la vez restringir la actividad de los familiares –o designados- a su ámbito exclusivo de protección, sin paralizar la actuación de otras personas que pueden alegar intereses legítimos en la vida del difunto –informadores, historiadores-, pues hay que tener en cuenta que tras la muerte del sujeto si bien su memoria –su dignidad- debe protegerse.

Herce sólo contempla que los herederos, beneficiarios patrimoniales del caudal relicto, han de sentirse obligados, en buenos principios éticos, a velar por la memoria de su benefactor fallecido preservándola de todo ultraje póstumo y pudiendo ejercitar para ellos directamente las acciones encaminadas a impedirlo, aunque tales acciones no formen parte de la herencia. En la hipótesis en que se solicite la publicación de retratos del fallecido, en cuyo caso, antes que a sus herederos Herce estima que debe solicitarse el consentimiento de

²³⁵ *Ibidem*, pp. 41-43

²³⁶ ROVIRA SUEIRO, María, *op. cit.*, pp. 171-2

los más próximos parientes. Todo ello -como señala De Cupis no constituye una transmisión *mortis causa* del DIMA que -como sabemos es personalísimo- sino que ciertas personas se encuentran en condiciones de defensa, sentimiento de piedad que han de tener hacia el difunto en grado superior al que toda persona civilizada deba a la memoria de los fallecidos. Es, por tanto, este derecho de acceder -u oponerse- a la publicación de los retratos del difunto, un derecho nuevo en favor de ciertas personas después de la muerte de otra.²³⁷

Un problema al que nos enfrentamos en el caso de los famosos, es definir a quién corresponde el ejercicio de la protección de la imagen, ya que con el paso de los años disminuye el valor de la imagen del fallecido porque el público deja de recordarlo; si posteriormente resurge su valor es que otras personas han revitalizado su memoria y por tanto ya no es justo que sean los parientes y/o herederos o legatarios los beneficiados -siempre y cuando ellos no sean los que ejecutan los actos para ello-. El problema es que a ellos en último caso a quien les competiría ese nuevo derecho.

En nuestra opinión, consideramos que el DIMA no es transmisible *mortis causa* ya que es un derecho que se extingue con la muerte de la persona -como derecho de la personalidad-. Lo que sí podría ser transmisible sería algún derecho o facultad a explotar ciertas o “hasta todas” las expresiones objetivas de la imagen de dicha persona. Por otra parte, podríamos decir que **nace un nuevo derecho que denominaremos como “Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida”²³⁸**, y que son los parientes, los herederos y/o legatarios, a quienes corresponde este derecho y con ello una obligación moral de salvaguardar la memoria del *de cuius*; se debe entender que son allegados con el difunto en virtud del parentesco, de una relación amorosa, amistosa, fraternal, etc. que se tuviera con éste; y/o del hecho de “disfrutar” del caudal relicto del difunto.

Consideramos que los parientes deben ser los siguientes y en el orden que se mencionan:

²³⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 39

²³⁸ Al cual haremos referencia con las siglas “DIPAF” en lo subsecuente.

- a) el cónyuge,
- b) los descendientes,
- c) los ascendientes,
- d) parientes colaterales hasta segundo grado.

Creemos que ese orden podría ser el más adecuado, y que la siguiente persona en la lista, sólo sustituirá a la anterior en el caso de que no exista o esté imposibilitada para ejercerlo. Asimismo, pensamos que este derecho surgirá con la muerte del *de cuius*, primero para los parientes, luego los herederos y después para los legatarios, salvo que el difunto lo haya otorgado en vida, ya *Inter. Vivos o mortis causa*

En nuestra opinión, este nuevo derecho otorgaría a sus titulares, las mismas facultades que concedía el DIMA a la persona titular de la imagen antes de morir. Esto es, la facultad de permitir elegir cuándo, cómo, en dónde, cuántas veces, cuánto tiempo y quién puede hacer una expresión material u objetiva del aspecto físico exterior –imagen- de la persona fallecida –que esto sería hasta que no sea enterrada o cremada- o el aprovechamiento de las expresiones objetivas ya hechas sobre la imagen de la persona fallecida. Y asimismo, que dicha expresión sea o no: publicada, divulgada, explotada comercialmente independientemente del fin con que se realice; además, este derecho otorga las facultades correspondientes en caso de la no-observancia de lo anterior.

Consideramos que ese derecho se podría ver limitado por el otorgamiento en vida por parte del titular del DIMA, de alguna o varias facultades sobre algunas expresiones objetivas de su imagen. O sencillamente por la prohibición –preferiblemente expresa- que haga la persona antes de fallecer de que su imagen sea utilizada en general, o en alguna forma determinada. Aunque la verdad es que estamos conscientes de que prácticamente nadie incluye alguna disposición sobre su imagen para después de su muerte –salvo los famosos, creemos-; sin embargo, el DIMA existe para todas las personas independientemente de que sepan que lo tienen o no, o que decidan ejercerlo o no.

2.7.19.1. El caso de las personas fallecidas

En España, la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen en su art. 4 nos dice que el ejercicio de las acciones de Protección Civil de la Imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento y que la designación puede recaer en una persona jurídica. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Pero a falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Es interesante ver que le da preferencia a lo que dice el fallecido en su testamento con lo cual estamos de acuerdo, además contempla que puede ser designada por este medio una persona jurídica, con la cual por obvias razones no puede haber una relación de afecto, pero sí un interés por parte del *de cuius*, se nos ocurre, por ejemplo, en el caso de que el fallecido gozase en vida de algún ingreso proveniente de la explotación de alguna expresión objetiva de su imagen, y que dichos ingresos dispusiera que quedarán a favor de un orfanato, entonces habría un interés “del orfanato” en proteger la imagen del difunto.

Después hace mención dicho artículo de que a falta de designación o de la persona designada las acciones las ejercitarán el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. No consideramos correcta la referencia a que viviesen al tiempo de su fallecimiento; el autor de esta obra perdió a su abuela paterna dos años antes de nacer; y a pesar de no haberla conocido, sólo por referencias que le dan las demás personas sabe que fue una persona muy especial, y está dispuesto a ejercer las acciones necesarias en caso de que la imagen de ella fuera utilizada sin el derecho correspondiente; por lo que no estamos de acuerdo con la

referencia a que viviesen al tiempo del fallecimiento. Además ¿cuál sería la diferencia entre el jamás conocer a la persona por la lejanía en distancia, que por lejanía en el tiempo? Piénsese, por ejemplo, en aquellos niños que nacen en otro país, hijos de inmigrantes, cuyos abuelos se quedaron en su país de origen y que no se conocen.

Posteriormente nos dice que a falta de dichas personas el ejercicio de las acciones corresponderá al Ministerio Fiscal, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. No encontramos alguna razón para que no funcione de esa manera aquí en México, es decir, el Ministerio Público podría ejercitar las acciones en caso de que no haya quien lo haga.

La legitimación de oficio del Ministerio Fiscal acredita la naturaleza pública de los derechos fundamentales. Díez-Picazo y Gullón entienden que tal legitimación del fiscal debe ser operante a falta de los parientes, en el sentido de que si existiendo no han interpuesto la acción, no cabe que después intervenga el Fiscal. Afirman que la norma está pensada para las hipótesis de ofensas a la memoria del fallecido que se infieren en un tiempo muy posterior a su muerte, cuando ya no hay parientes estrechamente ligados a él. No se olvide que los únicos legitimados son los que vivieran al tiempo del fallecimiento del ofendido.

En referencia al plazo que se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento o al Ministerio Fiscal, se produce, por lo tanto, un recorte temporal, habida cuenta que aquí, a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales el transcurso del tiempo no tiene relevancia en no incidir en su existencia. Si se trata de su cónyuge, descendientes o hermanos del efigiado será durante toda la vida de éstos, por lo tanto el tiempo de protección puede exceder de los 80 años en función de la mayor o menor longevidad de dichas personas.²³⁹

Por su parte el art. 5 dice que cuando sobrevivan varios parientes de los señalados anteriormente, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la Protección de

²³⁹ ROVIRA SUEIRO, Maria, op. cit., pp. 132-140

los Derechos del fallecido. Además, la misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

El art. 6 señala que cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en dicha ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas. Además, las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

Por último el art. 9.5 dice que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas –violaciones al derecho- caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

En este sentido, el Ministerio Fiscal y la persona jurídica designada en testamento podrán ejercitar las acciones de protección de la imagen del fallecido dentro del plazo de cuatro años desde que pudieron ejercitarlas, pero siempre que la agresión se haya producido antes de haber transcurrido ochenta años desde el fallecimiento del titular del derecho. Por el contrario, la persona física designada en testamento, el cónyuge, los descendientes ascendientes y hermanos del afectado habrán de ejercitar las acciones civiles antes que transcurran cuatro años desde el tiempo en que pudieron ejercitarlas, pero no estando ligados al plazo de ochenta años desde el fallecimiento del titular.²⁴⁰

Respecto de la duración de la protección a la imagen del fallecido parte de la doctrina sugiere que su duración sea perpetua si los herederos ejercitan sus derechos de manera continuada. Otros autores piensan que el derecho debe durar mientras sea ejercitado; mientras esté vivo el cónyuge o cualquiera de los hijos, pero no después. Otra sección de la doctrina propone que se estudie caso por caso la extinción del derecho según al parentesco, el valor de la imagen y el tiempo pasado, pero esta teoría, además de complicada, es peligrosa, ya que conlleva una gran inseguridad jurídica.

²⁴⁰ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., pp. 259-263

La doctrina mayoritaria y también la mayoría de estatutos de los diferentes estados en EE.UU. establecen que el derecho se transmite, pero que tiene una duración limitada después de la muerte del titular, que puede ser de 10 años –caso del Estatuto de Tennessee de 1984, que además admite una duración superior si el derecho se explota de manera continua por los herederos-; 20 años –caso de Virginia-; 40 años –caso de Florida-; o 50 años –caso de California y Kentucky-; en cambio el Estatuto de Utha y los Tribunales de Oklahoma le dan una duración indefinida.

De acuerdo a la primera parte del art. 35 de la ley argentina 11.723: “el consentimiento a que se refiere el art. 31 para la publicación del retrato no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada”²⁴¹.

La Ley Alemana de derechos de Autor sobre obras de arte y fotografía -9 de enero de 1907- dice que “...las imágenes sólo pueden ser publicadas con el consentimiento del retratado, o con el de sus familiares durante los 10 años primeros de su muerte; pero hacen excepción las imágenes que corresponden a la historia contemporánea, aquellas en que la persona es accesoria del paisaje, las fotografías de reuniones o actos públicos en los cuales la persona representada ha participado, aquellas que no se han hecho por encargo, si su exhibición sirve a un elevado interés artístico, y aquellas cuya publicación interesa a la autoridad por razones de justicia o de seguridad pública -a. 22 a 24-.

Por nuestra parte, consideramos que sería adecuado que la protección de la imagen del fallecido sea de 100 años a partir del fallecimiento y que después pase a ser “de dominio público”, así será independiente de la longevidad de las respectivas personas físicas –ya que las morales, por obvias razones, no tienen ese problema-, y además, no habrá problema de decidir si los bisnietos, y tataranietos tienen o no el derecho; ya que todos los descendientes lo tendrán siempre y cuando no terminen los 100 años.²⁴² Al término de los cuales por razones vamos a llamarlas “históricas” pasará a ser de uso común, es decir, será parte la

²⁴¹ El art. 31 dice que para ser puesto el retrato de alguna persona en el comercio debe obtenerse el consentimiento del efigiado o de una serie de parientes muerto éste.

²⁴² Caso parecido al de la duración de los derechos patrimoniales por la explotación de una obra, la cual será durante la vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más -Reforma al art. 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor correspondiente al D.O.F. del 23 de julio del 2003-.

historia de algún lugar o familia –aunque reconocemos que todo realmente es histórico, pero el fin de este trabajo no es hacer discutir ese punto–.

Un problema que se podría presentar es que la voluntad del *de cuius* podría ser contraria a la que tuvieran los parientes, herederos y/o legatarios, piénsese que cuando se ha cedido por parte del *de cuius* el derecho sobre alguna expresión objetiva a título oneroso y los cesionarios deben continuar como titulares, pero ¿qué pasaría si no lo quieren aquellos?. Tal vez en este caso correspondería a una institución como el Ministerio Público hacer la respectiva protección.

Otro problema que se podría presentar es en el supuesto de que el poder conferido por el fallecido durante su vida a otra persona para que, después de la muerte de aquél, pueda obrar a su pleno arbitrio en orden a la utilización de las expresiones objetivas de la imagen del ya difunto de la manera que tenga por conveniente, sin predeterminación de voluntad por el mandante –como podría ser un veto a la publicación de algunos retratos o de todos ellos, o imposición de límites y condiciones–, creemos que sólo sería eficaz tal amplitud de ámbito del poder conferido al mandatario *post mortem* en tanto que el ejercicio del mismo no vulnerase la esfera jurídica de los allegados al difunto.

Incluso cabe pensar que si se afecta el honor familiar, los parientes más próximos del difunto puedan oponerse a la continuidad en la explotación de una concesión de publicidad del retrato de aquel que hubiese otorgado o autorizado durante su vida. Los familiares pueden tener entonces un interés serio y legítimo en oponerse a la ejecución de una voluntad que había sido formalmente manifestada por el difunto durante su vida. Entonces sólo restará ver si tales familiares vendrían o no obligados al resarcimiento al concesionario de dicha publicidad.

Si las concesiones de exhibición o comercialización de las expresiones objetivas de la imagen hechas en vida por el difunto reportaban a éste un beneficio económico regular o periódico, o si aun no había percibido ninguno hallándose estipulado, lógicamente el oportuno derecho de crédito corresponderá a los herederos, y durará lo que dure la

concesión otorgada por el ya difunto y no más; al menos sin el consentimiento de quien ahora sea titular del DIPAF.

Respecto a cuándo se produce la lesión al DIMA la Ley española 1/82 reconoce varios momentos.

1º violación al DIMA *post mortem*, prevista en los arts. 4 y 5; es decir, que se haya producido la violación del derecho cuando ya su titular había fallecido, la indemnización por el daño moral, dispone el art. 9.4 corresponde a su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo del fallecido de aquél; en su defecto, a sus causahabientes en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados.

2º violación al DIMA en vida, sin ejercicio de las acciones porque el titular no quiso; aquí no cabe su ejercicio por otras personas.

3º violación al DIMA en vida, sin ejercicio de la acción de protección por parte del titular porque no pudo hacerlo, lo prevé el art. 6.1; esto es cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el art. 4º -la persona que haya designado en el testamento y a falta de ésta su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo del fallecido de aquél-.

4º Ataque al DIMA en vida de su titular, con el ejercicio por éste de la acción de protección al mismo y su fallecimiento durante el trámite del proceso -art. 6.2-. Las personas del art. 4º podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

En los casos 3 y 4, dispone el mismo art. 9.4, segundo inciso, que la indemnización que se fije en sentencia se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En cuanto a la indemnización Ysás, siguiendo a Tercier, mantiene que para la existencia de daño moral hace falta una disminución objetiva de la personalidad y un atentado subjetivo al bienestar del ofendido; en el caso del fallecido, la disminución de la personalidad se sustituye por la memoria; la indemnización por daño moral, vendrá justificada por la propia idea de memoria. Sin embargo, se estima más lógico, adaptado a la realidad y conforme con el ordenamiento, que la indemnización por daño moral causado al sujeto fallecido, la perciban ciertas personas vinculadas con el mismo, como sus continuadores –en un sentido de vida social-, sus fiduciarios –como decía Larenz, en un sentido de vida social-, sus parientes más próximos o herederos –en el sentido propio jurídico-.

En nuestra opinión la indemnización va a ser para quien ejerza la acción del derecho correspondiente –DIMA o DIPAF- o quien dicha persona elija. Además, en el caso de que sea el Ministerio Público quien la ejerza, dicha indemnización podría estar a favor del cuidado o restauración de diversas expresiones objetivas de la imagen del difunto como estatuas, pinturas, o en último caso de la Beneficencia Pública.

Ahora bien, cuando mediante la publicación de alguna expresión objetiva de la imagen del difunto, se hieren los sentimientos o algún derecho de sus parientes, herederos y/o legatarios, éstos podrán ejercitar las acciones correspondientes con el fin inmediato de proteger sus propios intereses y con el mediato de proteger la memoria del muerto –en caso de que sea también dañada ésta- o del ejercicio de su DIPAF.

Ya definido el DIMA, vista su naturaleza y características, es tiempo de ver lo correspondiente al consentimiento, el cual es vital para saber si hay o no y en que grado violación al DIMA.

2.8. Consentimiento

El consentimiento del titular delimita el ejercicio mismo del DIMA. No es que con el mismo, su titular renuncie o pierda la protección o desaparezca la ilegitimidad de la violación al derecho -o intromisión ilegítima como dicen los españoles-, o como dice Amat, el consentimiento del titular elimina la responsabilidad del infractor; sino que, por el propio concepto del DIMA, el titular del mismo, lo ejercita, en su aspecto positivo y hace -consiente- que se realicen expresiones objetivas de su imagen y que sean publicadas, explotadas o no comercialmente, con o sin exclusiva, por tiempo determinado o indeterminado ²⁴³; por número determinado o indefinido, etc. consentimiento que debe ser prestado por persona con capacidad para contratar.²⁴⁴ Además, debe tener un destinatario bien definido.

Una persona no dispondrá de su DIMA, pero si tiene, por ejemplo, la profesión de modelo, dispondrá de cada concreta expresión objetiva de la imagen de sí misma cuando esté posando: lo que significa, que ejercerá su derecho a la imagen en su aspecto positivo. En este mismo sentido, dice Estrada que cuando una persona autoriza la publicación y reproducción de sus fotografías o de su retrato, sólo cede parcialmente alguna de las facultades de su DIMA, sin que ello constituya una renuncia total del derecho. Gitrama da una versión distinta, entiende que implica una renuncia a la calificación del acto o actividad ajena como constitutivo de intromisión ilegítima, es decir, renuncia en un supuesto determinado a la protección legal.

En México, el Código Civil Federal en su art. 1803 nos dice que el consentimiento puede ser expreso o tácito. El expreso es cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; mientras que el tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

²⁴³ Dicho consentimiento puede tener una duración limitada no *ab initio*, sino hasta que se produzca la revocación del mismo O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 136-9

²⁴⁴ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit. , p. 11-12

La ley española introduce una novedad inequívoca respecto a la legislación comparada: la de que para el DÍMA el consentimiento ha de ser expreso. Mientras que la jurisprudencia francesa e italiana sólo admiten en casos excepcionales el consentimiento tácito o presunto.

Pío Cabanillas y Herce de la Prada dicen que por lo general el consentimiento debe ser expreso; ahora bien, en todos aquellos casos en que el comportamiento del interesado haya hecho posible o haya suscitado en el promotor de la actividad publicitaria la creencia de que el consentimiento para la utilización existía; la buena fe impone que el acto comercial publicitario no pueda considerarse lesivo.²⁴⁵

Tales autorizaciones sin contrato no suelen, por lo general, estar aparejadas con contraprestaciones económicas algunas, y se trata más bien de actos graciosos de amistad o condescendencia para que la imagen –expresiones objetivas– de uno sea exhibida en una exposición fotográfica, o incluso en un cortometraje, un video o una película cinematográfica.

En una parte de la doctrina se piensa que el consentimiento tácito tendrá el mismo efecto que el expreso; ya que es un consentimiento directo, por el que autoriza la concreta intromisión, deduciéndose de un comportamiento o de una declaración no expresamente emitida para exteriorizar aquel consentimiento. El caso más claro es la actitud de posar que permite deducir que la persona fotografiada o retratada ha dado su consentimiento para ello. Así dicha actitud de posar equivale al consentimiento expreso para ser retratado; pero no para la publicación u otro tipo de explotación de nuestra fotografía.

No son infrecuentes los casos de aspirantes a actrices de cine que toleran o facilitan la explotación de su imagen, que entregan fotografías a periodistas e incluso a agentes cinematográficos y publicitarios y no se oponen a que éstas sean reproducidas o comercializadas y, hasta permiten ser filmadas. Un sector de la doctrina comparada y algún autor español –como Gítrama– sostienen que dichas difusiones facilitan el ascenso y fama de las *starlettes* en su carrera cinematográfica y la consolidación, al menos al comienzo, de

²⁴⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 74

su notoriedad; y con ello no parecía defendible que si se producía una intromisión de esta naturaleza, la empresa o sociedad, el empresario y el medio de difusión fuera el principal, o al menos, el único responsable, dado que existía un consentimiento tácito o presunto por parte de aquellas personas.

Un sector importante de la doctrina italiana y francesa e incluso algunos autores españoles mantienen que el consentimiento tácito o presunto cuando las personas retratada se aprovechan de la publicidad de su imagen para alcanzar una popularidad o renombre tendientes a lanzarles al estrellato es suficiente para considerar, sobre todo si no se oponen posteriormente a la difusión de su imagen que tales publicaciones o difusiones serán consentidas por la interesada.

Es necesaria una distinción entre el consentimiento del efigiado prestado como acto de graciosa condescendencia, de tolerancia o de cortesía y el mismo consentimiento si se presta contractualmente y quizá mediante remuneración alguna. El primer caso se da, por ejemplo, cuando la persona cuya imagen ha sido objeto de un retrato pictórico accede a los deseos del pintor de presentar su obra en una exposición; o cuando el fotógrafo aficionado obtiene el consentimiento del amigo a quien retrató para exponer la fotografía, o cuando el fotógrafo profesional logra lo propio para exponer sus obras en la vitrina o escaparate de su estudio. En todos estos supuestos existe mera cortesía en el efigiado, quizás estimulada por halagos a su vanidad; pero nunca una obligación del mismo, voluntaria y conscientemente asumida, que origine un derecho subjetivo de crédito en el artista o el fotógrafo. A mayor abundamiento, tales consentimientos –mejor dicho condescendencias- suelen ser prestados gratuitamente, sin contraprestación alguna.

Pasa lo contrario, cuando sea evidente la voluntad de las partes encaminada a crear una verdadera y propia obligación jurídica. Es el caso de los contratos como los de filmación o interpretación cinematográfica, en que la obligación del actor no se limita a un *facere*, sino que aporta su figura y autoriza la publicación de los fotogramas.

En cuanto al alcance del consentimiento, el pintor que contrata a una modelo normalmente no hace la expresión objetiva de su figura exclusivamente por placer de creación artística, de modo que quiera la obra sólo para sí. En consecuencia, deberá entenderse lícita la exhibición del cuadro realizado en salas de exposición y aun su transmisión por compraventa; no, en cambio, quizá la multiplicación de las copias de la obra, aunque sean fotográficas.²⁴⁶

Si el consentimiento contractual otorgado para poner en práctica determinado modo de difusión de las expresiones objetivas de la imagen del concedente, requiere ineludiblemente la práctica de otras maneras de utilización de dicha imagen, es lógico y legal deducir la extensión de tal autorización de cuánto resulta preciso del ejercicio de la facultad. Un ejemplo puede ser el consentimiento para la inserción de la fotografía personal en el periódico o revista gráfica, en cuanto implica además de la publicación, la reproducción de toda la tirada del número en que aparezca y la normal venta de ejemplares.

En el caso de la captación u otra expresión objetiva y su respectiva publicación, etc., a pesar de que se trata de hechos secuenciales debe darse el consentimiento para cada uno de ellos lo cual, por otra parte, no impediría presumir el consentimiento para la captación en el supuesto, por ejemplo, de que se haya consentido de forma expresa a la publicación, pues ésta sería imposible si no se hubiese producido con anterioridad aquélla. Por otra parte, el término "reproducción" tendría otra virtualidad al permitir englobar no sólo la reproducción en sentido estricto, -esto es la copia-, sino también lo que sería la publicación, -ya prevista-, pero aquí entendida como acción de difundir, de dar a conocer por un medio distinto del escritor o impreso ámbito natural de las publicaciones en sentido estricto.²⁴⁷

En la doctrina alemana, el consentimiento puede referirse a la totalidad de las circunstancias que rodean la toma de la fotografía, incluida la actitud de posar -OLG, Freiburg, GRUR, 1953, 404-, pero debe rechazarse la idea de consentimiento tácito de los personajes públicos a la toma de imágenes suyas como luego explicaremos. Además, su

²⁴⁶ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 336-341

²⁴⁷ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 55

consentimiento por actos concluyentes –o tácito- sólo puede aceptarse, salvo casos excepcionalsísimos, para publicaciones en medios de comunicación, nunca para la utilización de una expresión objetiva de su imagen en publicidad.

Un criterio que debe ser tomado en cuenta para delimitar el alcance del consentimiento es también el hecho de que se ceda la utilización a una agencia especializada. En esos supuestos, en caso de duda, la presunción de consentimiento estricto podría cambiar de signo, pensando que se autoriza, más bien, toda utilización. Esta presunción contraria debe tener como limitación el establecimiento, como en la doctrina alemana, de una obligación de informarse –y de un deber de información, diría Igartua- por parte del utilizador que adquiere la imagen de la agencia de si ésta cuenta con la autorización para el uso que se pretende.²⁴⁸

Algunas reglas de algunos países son dignas de mención. Así, en Alemania –BGH, GRUR 1956, 427- y en Francia se entiende que el consentimiento para la utilización de alguna expresión objetiva de una imagen en una película incluye siempre la publicidad para este medio, salvo pacto en contrario –GL Köln Afp.-. Lo mismo ocurre con el consentimiento para la utilización en una revista –Krüger, GRUR 1980, 682-. De la misma manera, en los EE.UU. Igualmente, se entiende que cuando se han cedido los derechos para que se explote una obra literaria o artística, el titular de esos derechos está autorizado para utilizar el nombre y alguna expresión objetiva de la imagen del autor en conexión con esa obra –Shaw vs Time-Life Records, 341 NE2d, 817-.

La jurisprudencia alemana ha establecido una obligación de trato diligente para los usuarios de imágenes ajenas que incide sobre el alcance del consentimiento otorgado.

a. El usuario tiene el deber de informarse antes de la reproducción y difusión de la foto si el consentimiento abarca también la finalidad y envergadura de la difusión proyectada. Esto es más cierto, si cabe, en el caso en que la fotografía haya sido proporcionada por una agencia –BGH, GRUR, 1962, 211- o por una tercera persona.

²⁴⁸ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 104-113

b. El consentimiento se presume estricto con mayor motivo y de manera reforzada cuando nos encontramos ante una foto de desnudo, puesto que está en juego la intimidad del interesado. De este modo, el consentimiento de un modelo fotográfico para la utilización de fotos de desnudo en publicidad no justifica la difusión de esas fotografías en revista, ni aunque sean del género pornográfico o erótico –LG München, LGZ 197-.

c. No puede ser interpretado en ningún caso como consentimiento la tolerancia –o incluso la complacencia- del sujeto ante el uso anterior de su identidad. Este principio está fuertemente asentado en la jurisprudencia francesa que únicamente admite como consecuencia de la tolerancia la disminución de la posible indemnización de daños y perjuicios –Soc. Preese-Office C. Sachs. Cass. Civ. 2ª Ch Civ. 6 jnv. 1971- y de las posibles medidas de protección para cesar la intromisión. Esta doctrina alcanza por supuesto a la utilización de expresiones objetivas distintas de las que se habían tolerado, pero también a una reutilización de las mismas expresiones objetivas antes consentidas. Si la utilización es ilícita, no podrá alegarse la tolerancia.

El art. 22 KUG en la antigua República Federal Alemana presumía –admitiéndose prueba en contrario- que cuando el sujeto se había dejado fotografiar a cambio de remuneración existía consentimiento para la publicación de la expresión objetiva. En segundo lugar, y dada la naturaleza predominantemente pecuniaria que consideraban que tenía el DIMA, cuando había remuneración y nada se precisaba respecto al alcance del consentimiento, si éste podía deducirse de la totalidad de las circunstancias, debía mantenerse la libertad de utilización de esa expresión objetiva por quien había pagado por ella.

En Argentina, Ponce consideró que la existencia de una autorización reconocida para determinada publicidad no da derecho para publicarla en otra; de no ser así la profesión de modelo publicitario del demandante quedaría sustancialmente afectada, ya que la

divulgación de una sola fotografía o retrato, reproducido al infinito, desvalorizaría su imagen disminuyendo su valor como modelo publicitario.²⁴⁹

En situaciones de un contrato, podría el caso en que la imagen se manifieste en un retrato o fotografías determinadas a entregarlas al autor de las mismas a cambio de una contraprestación económica. En este último caso el beneficiario puede usar las expresiones objetivas de la imagen objeto del contrato y publicarlas en tantos medios como los especificados en las cláusulas y a menudo disponer sin ninguna limitación del uso de las mismas por un cierto tiempo e incluso por tiempo ilimitado, sin que ello quiera decidir el consignatario se subrogue en la posición jurídica del titular; el retratado cede una facultad de explotación de dichas expresiones objetivas, no del derecho a la propia imagen que es inalienable. Asimismo, Bussman dice que la remuneración en sí no debe considerarse como equivalente a un consentimiento general.

También podría darse el caso de que la licencia sobre el uso de ciertas expresiones objetivas de la imagen de una persona se concediera con cláusula de exclusividad y amplitud de atribuciones al concesionario, entonces puede colegirse aquella transmisión constitutiva de una facultad derivada del DIMA, la cual, a su vez, cobra caracteres de absolutividad en cuanto que ni otras personas ni el mismo efigiado pueden proceder a una análoga publicación; en cuanto que la exclusiva del concesionario es oponible *erga omnes*.²⁵⁰ Cabe, asimismo, la posibilidad de que si se pacta, que el cesionario pueda transmitir las facultades sobre las expresiones objetivas a un tercero; esto será sólo si se pacta, o si se realiza la cesión con carácter general y no se estipula lo contrario.

²⁴⁹ Nestor Groba H. C. Editorial perfil S.A., 1ª instancia Civil de la Capital Federal -Juzgado No 27-, firme, septiembre 20- 1978, E.D., 81-460 Cit. por VILLALBA, op. cit., p. 49

²⁵⁰ Un caso lo constituye aquel en que Sara Montiel había otorgado a Columbia, S.A. el derecho exclusivo de grabación y difusión de sus obras musicales en discos fonográficos, cintas y cartuchos, cediéndose, además, el derecho de usar su nombre, apellidos, fotografías y datos biográficos. Columbia, sin consentimiento de la artista, cedió los derechos para la explotación comercial de las grabaciones de Montiel a Belter, S.A., que editó un disco de su colección "El Cancionero" al que se acompañaba un fascículo sobre la vida de la actriz y cantante con profusión de fotografías ilustrativas. La Audiencia Territorial de Barcelona -Sentencia de 16 VII 1986- entendió que la cesión se había hecho con carácter exclusivo a Columbia pero que no podían transmitirse esos derechos sin consentimiento de la interesada. La misma Audiencia, en Sentencia de 20 de octubre de 1982, decidió que suponía una utilización ilegítima de la imagen de una cantante el uso de su fotografía, adquirida a una agencia, en la portada de un casete en el que se cantaban los éxitos de una cantante por otra artista.

Punto aparte en relación con el consentimiento es el otorgado de forma general para la obtención o publicación de cierta expresión objetiva, pero se utiliza posteriormente con un pie de foto y un contexto al que nunca consintió. En este caso el titular de la imagen podría reclamar violación a su DIMA.

Un caso particular es la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 4 de marzo de 1986 la cual analiza un caso de divulgación de una fotografía de una persona aparentemente famosa -locutora de radio- que no prestó su consentimiento para la inserción de su foto en un reportaje periodístico. En tal sentido se establece en el primero de los considerandos que: la prueba demostró que la fotografía de la actora, publicada en el artículo escrito por el demandado y con el que no guarda relación alguna, y se insertó en el periódico sin el consentimiento de aquélla, la señorita demandante es una locutora de radio, sin otra proyección que la de su voz, no la de sus rasgos o figura completa como ocurre en televisión y en la prensa, por tanto no es pública su efigie; por otra parte, las expresiones contenidas al pie de la fotografía eran vejatorias y hacían referencia a la señorita en su persona y situación profesional y al exponerla en el periódico perjudicaban a la interesada; que si bien aparece como cierto y acreditado que entre actora y demandado existió una relación amistosa, tal situación de hecho no permite utilizar las expresiones objetivas de la imagen de la señorita mentada en el artículo periodístico y ello indudablemente implica una violación a su DIMA.

Por ejemplo, la ley española 1/82 no distingue entre consentimiento previo o posterior a que se realice la expresión objetiva, o que se utilice de algún modo; en nuestra opinión ambos son posibles. Ya que el titular puede dar el consentimiento previamente, o después si considera que le puede convenir, o que simplemente no le afecte.

Al artista le está vedado reproducir la imagen de su modelo en actitudes distintas de aquellas en que para tal efecto posó sin su nuevo y explícito consentimiento. Otra cosa sería que lo plasmado por el artista en su creación no reflejase la fisonomía propia de la persona tomada como modelo, sino que únicamente sirviese ésta para ofrecer a aquél el ejemplo de

los pliegues, de la caída o los matices cromáticos de la vestidura. Entonces, no siendo reconocible la figura en dicha expresión objetiva no será posible ejercer el DIMA.

Asimismo, es claro que puede exponerse y divulgarse libremente el retrato cuyo modelo resulte en él absolutamente irreconocible; pero no en el caso de que resulte identificable, aunque sea difícilmente. Resulta lógico para este caso que, si el retratado tiene la potestad de vetar la publicación de un retrato suyo que sea expresivo y agradable, más aún debe tenerla para impedir la divulgación de otro defectuoso y deformante.

De manera general el consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haga, no se debe oponer a las leyes, ni a la moral, ni al orden público, ni a las buenas costumbres –so pena de nulidad-. Si por estas últimas entendemos el sentido ético dominante en un determinado período histórico y en una determinada sociedad.

En nuestra opinión, el consentimiento puede ser expreso o tácito, pero con la salvedad que siendo presunto o tácito se limitará el que lo obtenga, sólo a hacer expresiones objetivas de la imagen de quien lo otorgue, y si es un fotógrafo no podrá exhibirlas más que en su vitrina, portafolio, etc. como muestra de su trabajo. No cabrá en dicho caso ningún tipo de explotación, ni utilización, de lo contrario se constituiría una violación al DIMA de la persona titular de la imagen.

Dentro del tema del consentimiento se presentan muchas situaciones que salen de lo que hemos planteado, así por ejemplo, existe el caso de la revocación, y situaciones especiales para el consentimiento de los incapaces –menores de edad, e interdictos-; a continuación las veremos.

2.8.1. Modalidades

2.8.1.1. Revocación

La revocación es el “acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante. Es una de las formas de terminación de los contratos o de extinción de los actos jurídicos por voluntad del autor o de las partes”.²⁵¹

Es cierto -como señala Vercellone- hágase o no la concesión por tiempo definido o indefinido, pueden surgir situaciones en las que por razones morales de extraordinaria entidad hagan abiertamente intolerable la continuidad de la concesión prestada mucho tiempo atrás. Es el caso de la muchacha que permite la publicación y aún la comercialización de tarjetas postales de una fotografía en que figura en muy sucinto atuendo y con el tiempo deviene en madre de familia o religiosa profesa; o del estudiante que permite el empleo y difusión de su imagen a efectos de propaganda comercial de cierto producto y que más tarde llega a ser inminente político.²⁵²

La revocabilidad del derecho en estudio debe contemplar dos ámbitos o esferas diferentes; en primer lugar, en el aspecto extracontractual, es decir, cuando el consentimiento surge no en virtud de un contrato, por ejemplo publicitario o cinematográfico, sino para una utilización esporádica de alguna expresión objetiva de la imagen, de modo que no implique repetición de dicha utilización y esté dirigida la autorización legal o el consentimiento a una finalidad concreta y determinada que no surge de un contrato, escrito, por ejemplo, de aparición fugaz en un programa de televisión.

En lo que atañe a la esfera contractual la utilización o difusión de la expresión objetiva implica habitualmente un uso reiterado de la misma cuando se difunde en un medio de comunicación como la TV, o un documental publicitario o filmico; es muy frecuente también en la divulgación de la prensa del corazón o publicación de las fotografías en un

²⁵¹ Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 2856

²⁵² HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 76

artículo o reportaje; en esos casos, especialmente en el último, dicha utilización debe constreñirse al clausulado del contrato y a las propias finalidades establecidas en el mismo, de forma que la utilización de la expresión objetiva de la imagen de las personas que contractualmente han prestado su consentimiento en términos no previstos en el contrato permite al retratado si hay incumplimiento por parte del agente, medios de difusión, empresa publicitaria, etc. o a éstos si hay mala fe por parte del retratado, ejercer la facultad de revocabilidad del consentimiento y por tanto, la rescisión o la renuncia unilateral del contrato.

En caso de duración ilimitada del consentimiento en que existía simple tolerancia – normalmente acompañada de gratuidad-, no parece, ofrecer dudas la posibilidad de revocación. De no ser así, podría condenarse a una persona que en un instante de irreflexión, de descuido o de vana lisonja brindó tal consentimiento gratuito, a sufrir sin remedio una vergüenza permanente.

Según Mascareñas, cada uno es juez absoluto de la tutela de su personalidad y no está obligado a manifestar las razones que le inducen a tomar una determinación al respecto. Tampoco entonces habrá obligación alguna de resarcir por la revocación efectuada, pues que ésta es perfectamente lícita y normal en cuanto que pone fin a una situación de mera tolerancia.

La obligación de indemnizar sólo surge, en general, cuando se lesiona un derecho ajeno, ya por vía de incumplimiento contractual, ya por vía extracontractual. En este caso no hay lesión de derecho al destinatario de la tolerancia, sencillamente porque no existe tal derecho, ni en consecuencia resarcimiento alguno invocable.²⁵³

La revocación cabe, no sólo en aquel caso en que el consentimiento se haya prestado a título gratuito o por mera tolerancia, sino también cuando se ha dado a título oneroso. Cabe revocación, pero no en perjuicio de tercero. Así, el que revoca debe indemnizar los perjuicios que cause al que había recibido el consentimiento, entre los que se cuenta el

²⁵³ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 342

damnum emergens –daño emergente-, el daño efectivamente sufrido –gastos de laboratorio, de reproducción, etc.- y el *lucrum cessans* –lucro cesante-, beneficio que esperaba percibir, no los simples sueños de ganancia sino los que realmente se podía calcular que obtendría, expectativas justificadas, dice el texto legal español.²⁵⁴

Hay una postura que dice que cuando a pesar de darse consentimiento para la exposición o publicación del propio retrato, se origina alguna ofensa a cualquier otro derecho, no existe obligación de pagar resarcimiento de daños al otro contratante por la revocación unilateral del consentimiento.

En España, la revocación del consentimiento por incumplimiento del contrato generalmente publicitario de la imagen de una persona debería o debe efectuarse en los límites y los términos de los artículos 1091, 1256 y 1258 del código civil. A saber:

1º: Así rige el principio *pacta sunt servanda* recogido en el art. 1091 del CC al decir que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos. Es decir, la revocabilidad debe exigir una justa causa y el contrato obliga a ambas partes en los términos previstos. Este mismo principio lo recoge el Código Civil Federal Mexicano en su art. 1796.

2º: El artículo 1256 del código mencionado señala que la validez y el cumplimiento de los contratos no debe dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes. La renuncia unilateral del contrato para que pueda rescindirse precisa que concurra por una de las partes mala fe. En México se recoge en el mismo sentido por el art. 1797 del CCF.

3º: El artículo 1258 del CC señala que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y ley.²⁵⁵ Se recoge ese principio también por el CCF mexicano en su art. 1796.

²⁵⁴ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 140-1

²⁵⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 154

El Tribunal Constitucional español señala que tratándose del ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad de lo transmitido.²⁵⁶

Como consecuencia de la revocación Herce y Keyssner dicen que el revocante no puede pretender la destrucción o la recogida de los retratos que hayan sido vendidos antes de la revocación. La revocación ópera para el futuro, hace revertir al titular del DIMA aquella facultad que había permitido ejercitar a otra persona.²⁵⁷

En cuanto al cómo se debe ejercitar el derecho de revocar, por ejemplo, la ley española no exige forma determinada. Algunos autores suponen que es expresa -como el consentimiento- es decir, inequívoca. Y por lo que concierne a los motivos de revocación es discrecional.

En especial el artículo 1258 es básico para la contratación en general al señalar que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. De esta norma se deduce lo siguiente:

1º Que la revocación para la retirada de fotografías en una revista o semanario o secuencias publicitarias o filmicas ha de ser no en cualquier momento, sino según el tipo contractual, no se puede si está tan avanzada la reproducción que la retirada no sólo sea prácticamente irrealizable sino que la persona fotografiada o filmada ocasiona un perjuicio a la agencia, medio periodístico o televisivo, empresa publicitaria, etcétera.

²⁵⁶ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 84

²⁵⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 77

2º Que si la persona retratada o filmada guiada por una actitud de mala fe, de capricho o cualquier otra que no constituyan una justa causa o un interés legítimo según el cual ocasionaría un perjuicio grave sólo podrá denunciar el contrato previa o simultánea indemnización del daño moral y perjuicios ocasionados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

3º Lo que nunca se le permitirá a la persona retratada o filmada es incumplir el contrato arbitrariamente, ya que las normas generales de la contratación son aplicables no sólo en el consentimiento de alguna de las facultades del DIMA de una persona -utilización o explotación económica en concreto- sino en la revocabilidad de dicho consentimiento.²⁵⁸

Sobre las expectativas económicas justificadas que se deben pagar como consecuencia de la revocación, se podrá formular la siguiente observación: que las expectativas del afectado por la revocación no tienen porqué coincidir con las ganancias obtenidas por el eventual nuevo destinatario del consentimiento -las expectativas de un modesto diario local son inferiores a las de una revista de tirada nacional-.²⁵⁹

Por último, se dice que la revocación tiene carácter de recepticia de modo que no surte sus efectos hasta que llegue a conocimiento del favorecido del consentimiento.²⁶⁰

Por nuestra parte, consideramos que la revocación por parte del titular se podrá presentar en todo momento, sin necesidad de invocar alguna causa puesto que cada quien es libre de hacer con su imagen lo que quiera. No obstante, será necesario cubrir los daños y perjuicios que se causen; excepto cuando la causa de la revocación sea la violación a otro derecho del que revoca.

²⁵⁸ Ibidem, p. 155

²⁵⁹ Ibidem, p. 157

²⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN, op. cit., p. 372

2.8.1.2. El caso de las personas casadas.

Este punto se refiere a que es discutible la necesidad del consentimiento de uno de los cónyuges cuando el otro aparece en un anuncio publicitario o cortometraje filmico completamente desnudo.

Herce dice que no puede afirmarse en este caso que se trate de un supuesto de prohibición marital *a posteriori*, sino que en tales casos existe un vicio esencial en el contrato. Entendiendo que los contratos celebrados en tales circunstancias serían nulos. Así lo entiende también el código civil español en cuyo artículo 1275 establece que los contratos sin causa o, con causa ilícita no producen efecto alguno; para seguidamente aclarar que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.²⁶¹ En este caso que comentamos y con base el art. 9 de la ley orgánica 1/82 lo que procede es la emisión o puesta fuera de exhibición o difusión de tales anuncios e imágenes.²⁶²

En nuestra opinión, el consentimiento debe ser sólo por parte del titular del DIMA, puesto que es un derecho personalísimo y cada quien puede disponer de su imagen aun estando desnudo.

2.8.1.3. Representación legal –menores e interdictos-.

El DIMA es un derecho del cual gozan todas las personas; su ejercicio es por parte del titular; sin embargo, existe la posibilidad de ejercerlo por medio de un representante como es el caso del representante artístico o el apoderado del artista teatral o taurino, con poder bastante para permitir, e incluso procurar, la divulgación de las fotografías de su

²⁶¹ En lo que se refiere a México, el Código Civil Federal en el número III de su art. 1795 dice que el contrato puede ser invalidado por que su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; por su parte el art. 1830 dice que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Y por último, el art. 1831 dicen que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

²⁶² HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 167-8

poderdante. También existen los casos especiales cuando se trata de personas incapaces, es decir, que son menores de edad o que están en estado de interdicción.

El art. 23 del Código Civil Federal Mexicano nos dice que se consideran incapacidades a la minoría de edad y el estado de interdicción; asimismo, que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Respecto de los menores, jurídicamente se trata de falta de capacidad de obrar, pero existencia de capacidad natural de entender y querer –conciencia y voluntad–; por tanto, la celebración de un negocio jurídico normal daría lugar a la anulabilidad del mismo por defecto de capacidad. Por ello, los padres o tutores podrán ejercitar su DIMA –por ejemplo, percibo de la retribución por la concesión a título oneroso de la facultad de publicación del retrato o de la facultad de comerciar con él-. Y actuarán plenamente como representantes legales del menor en el ejercicio de las acciones judiciales que le favorezcan, como puede ser la de rescaramiento por vulneración del derecho protegido del menor a su propia imagen.²⁶³

La justificación de la protección al menor la encontramos en que sus derechos de la personalidad se encuentran íntimamente vinculado a la dignidad de la persona y en el caso del menor, esta dimensión cobra una mayor trascendencia en cuanto que el menor es una persona en fase de desarrollo y desenvolvimiento, por lo que una injerencia en alguno de sus derechos puede constituir, un ataque a su libre desarrollo, aspecto que el art. 10 de la Constitución española erige en fundamental del orden político y de la paz social.²⁶⁴

Por su parte, el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 establece que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida

²⁶³ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 346

²⁶⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, G. Miguel, et al., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, artículo titulado “Breves consideraciones sobre la protección civil del derecho a la intimidad de los menores”, Civitas y Europa Notan, España, 2000, p. 371

privada, su familia... El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

En España, por ejemplo la protección al DIMA del menor va más allá de la que protege su LO 1/82, con la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de protección jurídica del menor, en cuyo art. 4.1 dice que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Dicha ley establece la protección de la siguiente manera: El art. 4.3: dice que se considera intromisión ilegítima en el DIMA del menor, cualquier utilización de su imagen en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. El art. 4.2 establece que la utilización de la imagen en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitará las indemnizaciones correspondientes por los perjuicios causados, sin distinguir si ha existido o no consentimiento del menor o de su representante. Los intereses del menor implican todo aquello que lesione el libre desarrollo de su personalidad, en especial de su personalidad ética y de su dignidad personal.

La función de los padres, tutores o el Ministerio Fiscal se justifica porque el menor es fácilmente manipulable, aunque no es lo mismo el criterio de un menor de un año que uno de diecisiete.

Los arts. 8 y 9 de la ley española de protección jurídica al menor tras reconocer la libertad de expresión de los menores de edad, establece que esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el art. 4 de esa ley. Pero hay que atender a las condiciones de cada menor.

El DIMA es un derecho inherente a la persona, con independencia de que ésta tenga o no la plena capacidad de obrar, de tal forma que los menores y los interdictos gozan del

mismo, sin perjuicio de las prescripciones que puedan establecerse en cuanto a los actos relativos a su ejercicio.

En Italia, suscitaron controversias las sentencias de 3 de marzo de 1903 y 26 de julio de 1904, por la Corte de Apelación de Turín y Milán respectivamente en casos de menores que celebran contratos contrarios a las buenas costumbres. El Texto de la resolución del Tribunal de Turín decía no se ataca a las buenas costumbres ni se hace culpable de difamación, aunque responda de los daños causados en vía civil el fotógrafo que reproduce desnuda a una joven menor sin el consentimiento de los padres y que expone al público la fotografía, con tal de que haya sido hecha con fines artísticos y la persona retratada ejerza el oficio de modelo, en cuya calidad acostumbre a posar desnuda en una academia de bellas artes y aún de estudios de artistas particulares.

El Tribunal de Milán resuelve la cuestión de si es válido o necesita permiso paterno el menor, para darlo cada nacimiento de las oportunas consecuencias jurídicas, en éstos términos: “entre los derechos a la personalidad humana se halla también el de la propia imagen. Para el ejercicio de este derecho, que es una manifestación del que actúa sobre propio cuerpo. La calidad del derecho no necesita integrarse con el asentimiento de quien tiene la patria potestad. Por tanto, si el menor de edad ha consentido libremente, aunque sin la autorización paterna o del tutor se fotografía en poses más o menos deshonestas, no es admisible la acción basada en la falta de dicho permiso y por la que se pretenda el resarcimiento de los daños morales y materiales derivados de la divulgación de las fotografías al reproducirse sobre tarjetas ilustradas.”

La doctrina italiana se dividió en dos posturas antagónicas, de un lado Rica Barberis sostuvo que una cosa es posar el menor ante un fotógrafo y otra bien distinta es permitir la divulgación del retrato cuando de éste; en el primer caso, no hace falta de permiso del que ejerce la patria potestad aquí, en el segundo es indispensable.

En contra de Ricca afirmaba Belotti que la disposición no se inicia sólo en las reproducciones fotográficas en el mismo acto de posar ante fotógrafo. El aforismo *Volenti*

non fit iniuria no es válido, porque la voluntad del menor no es suficiente para legitimar la disposición de la imagen y, por tanto, es incapaz de impedir la ofensa contra la personalidad. No puede dejarse a la voluntad de los menores el pleno abandono legal respecto a las materias personales, de las que puedan derivar graves consecuencias acerca de la honestidad, en cuyo caso es imprescindible para proteger al menor la existencia de instituciones como la patria potestad y la tutela.²⁶⁵

Una tendencia doctrinal generalizada y que ha sido recogida en la ley española viene a significar en lo tocante a los derechos de la personalidad que es el propio menor quien debe decidir, limitándose los padres y tutores más que a representar a asistir al menor, que tiene en los derechos de la personalidad una autonomía reconocida por ley.

Ahora bien, el derecho de que sean los menores quienes deban prestar por ellos mismos el consentimiento implica que padres o representantes no se hallan legitimados para impedir la publicación de las imágenes que razonablemente puedan perjudicarles a ambos, del mismo modo que podrán ejercitar los derechos pecuniarios que puedan surgir por la publicación de la imagen del menor, actuando igualmente como representantes legales en el ejercicio de las acciones judiciales que representan al menor.

Este menor, incapaz pero con condiciones de madurez, dará personal y directamente el consentimiento para la obtención y publicación de su imagen, según dicho art. 3.1 de la Ley de 1982, pero si ello va unido a la celebración de un contrato por el que el menor debe posar o representar escenas, etc. éste como tal contrato, lo realizará su representante legal, pues aquel menor carece de capacidad de obrar y, por tanto, contractual, pero aquél lo hará con conformidad del menor, al tener la calificación de contrato de prestación de servicios aplicándose el último párrafo del artículo 162 del C.C.: para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.

²⁶⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 51

Si sus condiciones de madurez no lo permiten, es decir, carece de capacidad natural de entender y querer y, por tanto, si celebrara un negocio jurídico éste sería inexistente por ausencia de consentimiento, no podrá dar el consentimiento para la obtención, reproducción o publicación de una concreta expresión objetiva de su imagen, sino que, tal como dispone el art. 3.2 en este caso el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal y estará obligado a poner en conocimiento previo del MF el consentimiento proyectado; éste puede estar conforme con el mismo, u oponerse, o callarse; la ley estima el silencio –durante ocho días- como conformidad: si en el plazo de ocho días el MF se opusiere, resolverá el Juez.

Partiendo de tales supuestos dos son los aspectos que nos corresponde examinar para que la contratación por parte del menor sea válida: primero que sus condiciones de madurez lo permitan, segundo que los contratos y el consentimiento estén de acuerdo con la legislación civil.

Royo Jara comenta el sentido de la expresión "si sus condiciones de madurez lo permiten". Sobre este punto sólo quisiéramos poner de manifiesto a la imprecisión de la letra del precepto, debido a su ambigüedad, ya que no establece que es la madurez, con qué criterios se puede determinar, a qué concepto jurídico equivale, ni a quién lo hace. En última instancia el juez acudirá al criterio paterno para determinar como elemento de juicio más seguro para la estimación de la madurez del menor.

En esta última línea se manifiesta el art. 184 del código civil español al establecer que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y; si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de tomar decisiones que les afecten.

Gitrama dice que dado el consentimiento para la utilización de las expresiones objetivas de la imagen del menor, mediando onerosidad –como es normal y típico en el ámbito mercantil- las ganancias derivadas de la prestación de la imagen son propiedad del niño – art. 165.1 del C.c.- y no de sus padres, por más que otra cosa piensen éstos, que tantas veces

se creen propietarios incluso del niño; a ellos ciertamente toca la administración de aquellas ganancias –arts. 154.2 y 164 del C.c.- y aún podrán destinar parte de las mismas al levantamiento de las cargas familiares –art. 165.2-, pero ante el riesgo de que abusen de esta última facultad, será el Juez quien, usando de las atribuciones que, a su vez, le confieren los arts. 158.3 y 167, puede dictar las disposiciones oportunas para la seguridad, control y buen recaudo de lo que es del menor y para evitar a éste perjuicios –v.gr., disponer la apertura de libreta o cartilla de ahorros, imposiciones a plazo fijo, inversiones seguras, etc.-.²⁶⁶

Los autores coinciden en señalar que la edad de madurez suficiente del menor está comprendida entre los 7 y los 12 años; en el debate parlamentario español se apuntó el límite de los 7 años –edad del uso de razón- como edad que garantiza la validez de consentimiento. Uno de los problemas que la ley no trata a quien corresponde valorar si el menor o el incapaz están en condiciones de dar válidamente un consentimiento. Como norma práctica, en el caso de los contratos escritos, deberá ser el Notario quien constate la suficiencia de la madurez del menor y, en último término, será necesario acudir a la orientación de otras manifestaciones de la capacidad de obrar del menor recogidas en el ordenamiento civil, tales como la presunción de madurez a los 12 años, en los supuestos de los artículos 92 y 156 del Código Civil, al imponer la audiencia del menor; y a los catorce años, edad en la que la ley reconoce al menor la capacidad para testar y establecer disposiciones personales y patrimoniales.²⁶⁷

En España, un caso especial es aquel en que la identificación de un menor sin necesidad y el incumplimiento del requisito de informar previamente de tal hecho al Ministerio Fiscal desembocaron en una condena por intromisión ilegítima en la intimidad y la utilización de la imagen del menor. Los hechos sucedieron en 1996 cuando un programa de televisión emitió imágenes de la intervención quirúrgica de un menor en las que éste salía identificado. Aun cuando los padres consintieron la emisión del programa, estando de acuerdo también el cirujano que practicó la operación y el hospital en el que se llevó a

²⁶⁶ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 143-4

²⁶⁷ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 167

cabo, el Ministerio Fiscal instó un procedimiento que acabó en sentencia que condenó civilmente al Insalud, al cirujano, al presentador del programa de televisión y a los padres del menor, aplicando la Ley Orgánica 1/82.

La ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recoge, en efecto, que "el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal -en el caso de menores e incapaces-, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, según su artículo 3.2.

El problema que subyace en esta cuestión es el de la interpretación de la Ley Orgánica 1/82. Claro está que la sentencia se ajusta al texto de la norma en cuanto a la obligación de informar con carácter previo al Ministerio Fiscal de la grabación de imágenes del menor, cautela que viene exigida para evitar posibles abusos de terceros en relación con un derecho ajeno -el de la imagen-, aun cuando se trate de sus representantes legales o sus tutores.

La sentencia habla de intromisión ilegítima en la intimidad, pero no por haber divulgado datos confidenciales, según recoge la Ley General de Sanidad, como son los datos relativos a la salud, sino por la utilización de la imagen de un menor. Aun cuando en la sentencia se relacionan dos derechos distintos cuales son el derecho a la intimidad y el DIMA, podríamos preguntarnos qué ocurre con los usos sociales del momento en la interpretación de la citada norma, requisito a tener en cuenta según proclama la Ley Orgánica 1/82. Ya que según dicha norma las intromisiones se interpretarán de acuerdo con los usos sociales del momento. Si nos acogiéramos a un criterio restrictivo sería difícilmente justificable la emisión de imágenes de niños ingresados en hospitales cuando reciben la visita de personajes famosos o de los Reyes Magos, ofreciéndoles regalos y haciéndoles más llevadera su estancia hospitalaria, ya que ellos no pueden ir a ver los desfiles por la limitación de su estado de salud en esos momentos.²⁶⁸

Un problema especial se plantea en el caso de un menor de edad que sea empresario que hubiere heredado la empresa de sus padres o causantes y que carezca de las suficientes

²⁶⁸ GARCÍA MORANTE, Juan Carlos <http://www.ucm.es/info/di/4/iuancarlos.htm>

condiciones de madurez, como alude el art. 3,1 de la ley orgánica española 1/82, pero que tengan según la terminología el art. 5 del código de comercio un representante o guardador ¿podrá ejercerla una persona distinta del representante legal habitual?.

La respuesta considera Herce que ha de ser afirmativa. En el caso de que haya discrepancia entre el menor y el representante legal cuando está a punto de concertar un contrato publicitario o cortometraje filmico, o incluso cinematográfico sobre su propia imagen y el contrato es por sí lícito podrá el menor por medio de un guardador o persona de su confianza, mayores de edad –como es el caso de la designación testamentaria para las acciones en defensa de la imagen del causante, vivo o fallecido- que ejerza un cargo directivo en la empresa del menor concertar contratos sobre su imagen. Este guardador puede incluso representar al menor, en defecto de familiares o tutores, en el caso de una intromisión in consentida y abusiva de la imagen del menor.²⁶⁹

En Argentina, si la persona retratada es incapaz, su consentimiento no es suficiente para la reproducción de su imagen, puesto que en todo caso, se trata de un contrato, sea gratuito u oneroso, para el cual carece de capacidad, tanto más cuanto que de ello pueda resultar un menoscabo a la dignidad o decoro del menor, todo lo cual está bajo el cuidado de sus representantes legales, únicos que pueden otorgar ese consentimiento.²⁷⁰

Respecto a las personas sujetas a estado de interdicción, en España por ejemplo, las limitaciones de incapacidad –equivalente al estado de interdicción- sólo afectarán al sordo mudo incapacitado cuando judicialmente se otorgue tal alcance y en nada afectará al pródigo incapacitado ni al interdictado. En cuanto a los dementes no incapacitados y a aquellas personas que sólo pasajeramente han perdido la razón a consecuencia de una enfermedad, de un accidente es obvio que su consentimiento a la divulgación del retrato, emitido en tales circunstancias, será impugnabile mediante la prueba del eficiente estado mental, al tiempo el otorgamiento.²⁷¹ Según De Castro resulta todavía más difícil determinar en cuanto que la incapacidad pueda ser transitoria, el loco en período de lucidez,

²⁶⁹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 168 y sig.

²⁷⁰ Orgaz cit. por BORDA, Guillermo op. cit. p. 300

²⁷¹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 53

independientemente de que se inste judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el estado de incapacidad, que establezca el texto de la legislación civil.²⁷²

En cuanto a los dementes no incapacitados y aquellas personas que sólo pasajeramente han presidido la razón a consecuencia de una enfermedad, de un accidente, es evidente que su consentimiento a la divulgación de su retrato, emitido en tales circunstancias, será impugnabile mediante la prueba del deficiente estado mental al tiempo del otorgamiento. Cabe incluso pensar, para este caso, que otras personas miembros del grupo familiar del paciente pueden asumir la protección del derecho de éste a su retrato, teniendo en cuenta en su conjunto datos como la duración y la naturaleza de la inaptitud volitiva y los fines perseguidos por la publicación de las expresiones objetivas, máxime si éstas se obtuvieron del paciente en tales circunstancias. Es claro que no se da aquí una representación en sentido jurídico, pero sí quizás un poder reconocido en aquellas personas familiares del paciente, a ejercer precisamente en interés de éste, una situación en cierto modo análoga a la planteada a propósito del consentimiento a la intervención quirúrgica sobre un enfermo en estado de inconsciencia.²⁷³

Los incapacitados que tengan las suficientes condiciones de madurez para celebrar contratos podrán otorgar *per se* el consentimiento para celebrar contratos y siempre que sea en momentos de lucidez.²⁷⁴

En el caso de México, veremos el contenido de algunos artículos del Código Civil Federal que regulan a los incapacitados. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal. La Patria potestad sobre los hijos

²⁷² *Ibidem*, p. 171

²⁷³ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 346

²⁷⁴ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 54

se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso. –arts. 412 a 414-.

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen. La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente –arts. 425 a 427-.

Respecto de la tutela, su objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad; y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.-art. 449 y 450-.

Una de las obligaciones del tutor es representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales. –art. 537-.

Asimismo, son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor –art. 635-. La nulidad sólo

puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas.-art. 637-.

Ahora bien, el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.-art. 641-.

Y por último, se dice que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.-arts. 646-7-.

En nuestra opinión, los incapaces son titulares de su DIMA y los encargados del ejercicio del DIMA serán los padres, los tutores, y en ausencia de éstos o en caso de una clara explotación por parte de ellos hacia la imagen del incapaz, podría encargarse alguna institución como el Ministerio Público. Ahora bien, en el caso de los menores su opinión debe ser tomada en cuenta para el ejercicio de su DIMA –especialmente su ámbito positivo-. Es más podría darse el caso que los representantes del menor y éste, tuvieran intereses contrarios, en tal caso podría resolver el juez. Por otro lado, en el caso de los interdictos, su consentimiento será válido cuando tengan las condiciones suficientes para prestarlo, es decir, algún momento de lucidez.

Ya establecido como puede ser el consentimiento y toda la problemática que puede girar alrededor de éste, ahora veremos un caso concreto de la aplicación del consentimiento como es el contrato sobre el DIMA, comentaremos que cual podrá ser su contenido y alcance, estando conscientes del principio de que en los contratos la voluntad de las partes es ley.

2.9. Contenido del Contrato de Derecho a la Imagen

Es necesario diferenciar aquellos casos en que la imagen sea obtenida con pleno consentimiento del retratado, lo que da lugar a diversos contratos; y la obtenida de manera espontánea, con frecuencia clandestinamente, y siempre independiente o contraria a la voluntad del retratado.

Así, dentro del retrato, busto, grabado, etc. realizados mediante encargo, cabe distinguir el que se pide al artista y aquel otro en que es el propio pintor, fotográfico, escultor quien contrata a una persona para que la sirva de modelo.²⁷⁵

La ley búlgara sobre derecho de autor de 12 de noviembre de 1951 en su art. 12 señala que el autor de la obra tiene el derecho -de autor obviamente- sobre un dibujo, una escultura, un grabado, una fotografía que representan a otra persona; pero, el autor no puede ejercitar el derecho de reproducción y difusión sino con autorización de la persona retratada y, después de su muerte, con la de su cónyuge supérstite y de los hijos.

La ley checa del derecho de autor de 20 de diciembre de 1953 establece en su art. 17 que no lesiona al derecho de autor quien reproduce o hace reproducir para su uso personal o incluso para distribuir las reproducciones, una obra fotográfica que represente su retrato y que haya sido realizado por su encargo a título oneroso.

Cuando la propia imagen –difusión, utilización para diversos fines, etc. de sus expresiones objetivas- es objeto de un contrato, está actuando la parte positiva del DIMA, esto es, la facultad de decidir cuándo, cómo, por quién, con que fin, etc. su imagen puede ser objeto de expresiones objetivas.

Del Código Civil Federal Mexicano obtenemos que contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir obligaciones o derechos –arts. 1792-3-. Existen según el art. 1794 de dicho ordenamiento, dos elementos de existencia de los contratos. Consentimiento

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 44

y el objeto, que sería el uso de las expresiones objetivas de la imagen para la finalidad y en las condiciones pactadas.

En cuanto a los caracteres del contrato, es sinalagmático, porque su cumplimiento genera obligaciones para ambos contratantes. Es un contrato consensual, toda vez que se perfecciona por el consentimiento. Puede ser de tracto único o de tracto sucesivo, según el número de cesiones de foto por ejemplo. Es *intuitus personae* puesto que sólo el titular tiene su imagen y por tanto es el único que puede ir a posar para que se hagan las correspondientes expresiones objetivas.

En los contratos de imagen hay una regulación de los intereses mutuos y una serie de obligaciones y derechos que ambas partes deben cumplir y satisfacer. Algunos autores hablan de la posibilidad de existencia de los acuerdos paracontractuales, es decir, aquellos casos en los que no hay un contrato previo pero sí hay una autorización expresa para la publicación e incluso para el uso comercial o publicitario de las expresiones objetivas de la propia imagen. Esa autorización expresa tiene efectos jurídicos, pues la intromisión que es ilegítima se convierte en legítima, pero, según ellos no da origen a derechos y deberes entre las partes –si hay alguno es el que se derive de la ley general y que se respetará para no incurrir en un ilícito civil-; ni hay una vinculación contractual entre las partes.²⁷⁶

Ahora bien, como la voluntad de las partes es ley suprema en los contratos, es muy importante la interpretación de los términos del mismo, tanto por saber qué utilidades permite, como para conocer si cabe el derecho a no dar licencia, como el derecho a establecer un precio tan alto que nadie quiera adquirir la licencia. Se deben definir horas en el estudio o taller del artista, el adoptar las actitudes por éste requeridas, la inmovilidad, etc. Por lo que concierne a lagunas en la regulación del contrato, a dificultades interpretativas del mismo ya vacíos en la sanción del incumplimiento, se deberán tener en cuenta las reglas generales de la contratación. Asimismo, todos hablan de la existencia de derechos por parte del retratado y del retratista, pero no suelen determinar cuáles prevalecerán en caso de concurrencia.

²⁷⁶ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 206-7

Amat Llari considera que el DIMA es un derecho de propiedad intelectual, por ello dice que se aplican algunas normas de la Ley de Propiedad Intelectual a los contratos de imagen de las cuales mencionamos las siguientes así como las consideraciones que hace esta autora sobre el particular –aunque no compartimos el punto de vista de la autora respecto a la naturaleza del DIMA, ya que como dijimos, la imagen no es una creación nuestra como lo podría ser una escultura y por ello no es un derecho de propiedad intelectual; creemos que sí podrían ser aplicables los siguientes puntos para un establecimiento de obligaciones entre las partes, solución de conflictos y terminación de las obligaciones y del mismo contrato:-

a) En lo que se refiere a transmisión de derechos; la falta de mención del tiempo limita la transmisión de las facultades sobre alguna expresión objetiva a cinco años y la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de su explotación, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro. En relación con el DIMA debería entenderse este artículo en el sentido de que se prohíbe ceder las facultades derivadas de la propia imagen sobre alguna expresión objetiva de manera perpetua. Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro –deberá entenderse que no es posible estipular el compromiso del titular de la imagen de no modificar su imagen en el futuro, -art. 43-.

El art. 48 dice que la cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquella, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido. Esta cesión constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional,

industrial o comercial de que se trate. En el caso de DIMA deberá leerse en lugar de obra, expresión objetiva de la imagen.

b) En los siguientes artículos se hablara contrato de edición que es aquel por el cual el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en la ley que comentamos. Ahora bien, en relación con el DIMA en dichos artículos se debe entender por contrato de edición, contrato de imagen; el autor será sustituido por el titular del DIMA –o en su caso del DIPAF-, por obra será entendida la expresión objetiva de la imagen, y, por último, el cesionario tomará el lugar del editor. El art. 60 menciona que el contrato deberá formalizarse por escrito y expresar en todo caso: 1. Si la cesión tiene carácter de exclusiva; 2. Su ámbito territorial; 3. El número máximo y mínimo de ejemplares; 5. La remuneración del autor; 6. El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición, que no podrá exceder de dos años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma. 7; El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor.

c) El art. 61 dispone que 1. será nulo el contrato no formalizado por escrito, así como el que no exprese los extremos exigido en los números 3 y 5 del artículo anterior. 2. La omisión de los extremos mencionados en los números 6 y 7 del artículo anterior dará acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a subsanar la falta. En defecto de acuerdo lo hará el juez atendiendo a las circunstancias del contrato, a los actos de las partes en su ejecución y a los usos.

d) Asimismo, el art. 64 da las obligaciones del editor, que son: 1. Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido. 2. Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario. 3. proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipuladas. 4. asegurar a la obra una

explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición. 5. Satisfacer al autor la remuneración estipulada.

e) Por su parte, el art. 65 menciona las obligaciones del autor: entregar al editor en debida forma para su reproducción dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición y responder ante el editor del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiera cedido.

f) El art. 68 agrega que: 1. sin perjuicio de las indemnizaciones a que tenga derecho, el autor podrá resolver el contrato de edición en los casos siguientes: A) si el editor no realiza la edición de la obra en el plazo y condiciones convenidos. B) si el editor incumple alguna de las obligaciones mencionadas en los números 2, 4 y 5 del art. 64, no obstante el requerimiento expreso del autor exigiéndole su cumplimiento. C) si el editor cede indebidamente sus derechos a un tercero. D) en los supuestos de liquidación o cambio de titularidad de la empresa editorial, siempre que no se haya iniciado la reproducción de la obra, con devolución, en su caso, de las cantidades percibidas como anticipo. 2. Cuando por cese de la actividad del editor o a consecuencia de un procedimiento concursal se suspenda la explotación de la obra, la Autoridad judicial, a instancia del autor, podrá fijar un plazo para que se reanude aquella, quedando resuelto el contrato de edición si así no se hiciere.

g) Por el art. 69 el contrato de edición se extingue, además de por las causas generales de extinción de los contratos, por las siguientes: 1. por la terminación del plazo pactado, 2. Por la venta de la totalidad de los ejemplares, si éste hubiera sido el destino de la edición; 3. Por el transcurso de diez años desde la cesión si la remuneración se hubiera pactado exclusivamente a tanto alzado. 4. En todo caso, a los quince años de haber puesto el autor al editor en condiciones de realizar la reproducción de la obra.

h) El art. 124 habla de que el cese de la actividad ilícita podrá comprender: a) la suspensión de la explotación infractora; b) la prohibición al infractor de reanudarla, c) la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción; d) la inutilización de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la

reproducción de ejemplares ilícitos y, en caso necesario, la destrucción de tales instrumentos.

i) De acuerdo al art. 125 el perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación -este apartado debería interpretarse, en el sentido de posibilitar la opción como indemnización entre el beneficio obtenido por el infractor y el valor de mercado de la imagen-. En caso de daño moral su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

j) En virtud del art. 126, en caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos, las medidas cautelares que, según las circunstancias fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos y en especial: 1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. 2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda. 3) el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública.

Un caso especial es el contrato por el que el artista se compromete a obtener y entregar cierto retrato al comitente. No es un arrendamiento de servicios, porque en éste no se encuentra más que la labor realizada, que puede pagarse por unidades de tiempo, a medida que se verifica, al contrario de lo que sucede en los contratos en que se atiende al resultado final y con arreglo a él se salda. Nos inclinamos por la doctrina que lo incluye dentro del marco del arrendamiento de obra, que se origina en el encargo que una persona hace al artista de cierto trabajo relativo a la imagen; trabajo en que aquél procede con arreglos a las indicaciones y órdenes del comitente o autorizante, ya por lo que respecta al empleo de los materiales, ya por lo que concierne al modo de presentar la efigie objeto del contrato, si

bien tales intervenciones del comitente carecen de carácter técnico, pues en el campo de las socialidad profesional queda bajo el arbitrio del artista.

Respecto al momento en que el comitente entra en la propiedad del retrato o busto encargado entendi6 la sentencia dictada por la Corte de Apelaci6n de Mil6n de 24 de abril de 1895 que no puede el artista disponer del retrato, ya que se trata de una comisi6n en la que procede en nombre propio, aunque por cuenta de otro, si bien el comitente no logra la propiedad hasta que se le entrega la reproducci6n.²⁷⁷

Otro caso es el contrato por el que una persona se compromete a servir de modelo para los trabajos de un artista mediante una remuneraci6n convenida. Se ha dicho que tal figura constituye un usufructo de bienes inmateriales. Tal concepci6n es err6nea y siguiendo a Cast6n Tobefias existen dos inconvenientes -a su juicio y al de Herce- insalvables. El primero referente a las facultades personalisimas de dicho usufructo, que implica la imposibilidad de transmisi6n a un tercero. Con lo cual resultaria en la pr6ctica que se constituiria un usufructo sobre un bien o derecho personalisimo. El segundo se relaciona con el modo de realizarse el disfrute, pues no podr6 el usufructuario conceder exclusiva sin el concurso del titular de la imagen. Y, por tanto, no se lograrian los m6ximos rendimientos econ6micos de la cosa que se trata de explotar. Se entiende la existencia de un *intuitu personae* en el concesionario y de ah6 surge la imposibilidad de su subrogaci6n en su posesi6n jur6dica. El contrato de estudio pertenece a la figura del arrendamiento de servicios, instituci6n perfectamente adaptable a la naturaleza de tales concesiones de uso de la imagen ajena, al menos mediante remuneraci6n.

En efecto, el modelo se halla sujeto a la inmediata direcci6n t6cnica del pintor, escultor, fot6grafo, y recibe de ordinario una cantidad proporcional a las unidades de tiempo que posa y a las perfecciones de su figura y su faz. Como aqu6 la esencia del trabajo estriba en poder hacer la expresi6n objetiva, no es necesario el consentimiento expreso del o de la

²⁷⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 46

modelo retratado. No obstante, puede revocar su permiso indemnizando al artista por los daños que se le irrogue por su decisión.²⁷⁸

Un caso diferente es el del Contrato cinematográfico, es decir, aquel en virtud del cual el actor se compromete a una prestación mixta –imagen, voz, trabajo artístico- hacia el productor, quien otorgará la correspondiente remuneración.

Respecto de las obligaciones del actor, la condición 11 de un antiguo contrato tipo español, en su punto dos nos dice que es obligación del aquel no hacer manifestaciones publicitarias ni informativas sobre su trabajo en la película; no proporcionar fotografías de las escenas interpretadas antes del estreno de aquella, salvo autorización especial del productor. Esta cláusula representaba una restricción al ejercicio del derecho del intérprete a la imagen, obligándose a que ningún fotógrafo extraño –cláusula procedente del cine italiano- a la propia producción pudiera sacar fotografías del rodaje de la película, reservándose estos para la foto fija o bien para los reportajes publicitarios que la productora, de común acuerdo con el actor, decidiera publicar.

Otra cláusula que puede llevar el contrato es aquella que establece la obligación de cesión y transferencia irrevocable a la casa productora sin reservas de ningún género y para todo el mundo y perpetuidad, mientras vive el afectado de la integridad de los derechos de propiedad intelectual que correspondieren al actor sobre la forma y la legalidad de interpretación de la película y de plasmación en ella de la figura y de su voz.

Una cláusula puede referirse a la utilización del doble: el actor tendrá derecho a un doble en las escenas que por su peligro y riesgo así lo requiera y otra es la de figuración del nombre en todo lo referente a la propaganda que emane de la productora, fotogramas, clichés, fotos acantonadas, fotos en prensa y anuncios, folletos, etcétera.

El productor tiene derecho a utilizar las expresiones objetivas de la imagen del actor tal y como se convenga para la publicidad comercial en la película -anuncios murales en las

²⁷⁸ Ídem

salas de proyección cinematográfica; fotografías para que sean publicadas en un periódico-. Asimismo se admiten fotogramas particulares que el actor entrega voluntariamente al productor filmando escenas de la película como publicidad de la misma, folletos explicativos de la película. En suma, todo ello concierne a la proyección de la película y a la propaganda exclusiva de esta.²⁷⁹ Asimismo, por parte del productor existe la obligación de salvaguardar el derecho a la imagen del actor, mientras dura la película, proporcionando las fotografías o reportajes que, de acuerdo con el actor, puedan ser útiles al buen término de la empresa y cuyo incumplimiento podía ser incluso de rescisión del contrato. En Italia en ocasiones, incluso se obliga a proteger al artista de los asedios de los fotógrafos incluso fuera de escena por parte del productor. El incumplimiento de la cláusula daría lugar a la rescisión del contrato, al amparo de la condición resolutoria por incumplimiento del contrato. En España recogida en el artículo 1124 del código civil.

Para la publicidad de las películas cinematográficas y programas de TV, cabe la exposición de anuncios relativos a ellos con anuncios en Internet, TV, en revistas sobre programas de televisión, etc. de escenas relativas al film o programa de referencia a efectos de la publicidad de la cinta o programa en sí mismo para conocimiento de los navegantes, telespectadores o de los lectores. Toda otra a exposición o publicación incontestada que esté guiada por una finalidad distinta de la mencionada deviene ilícita y queda, por tanto, vulnerado el DIMA. Si únicamente puede el productor usar dichas imágenes para la publicidad de la propia cinta, ningún otro derecho sobre ellas podrá transmitir lícita y eficazmente a un tercero. No puede el productor ceder, por ejemplo, a una casa comercial un fotograma del film para que ésta lo utilice como medio de propaganda de sus productos.

Si por virtud de las exigencias de ambientación escénica o filmica, el llamado truceja desfigura las facciones, estatura, complexión del actor para adaptarlas a las del personaje representado, en tanto el actor conservará al DIMA por lo que se refiere a los fotogramas que lo muestren bajo tal máscara escénica, en cuanto bajo ésta sea reconocible su propia personalidad física. De donde se infiere que si por virtud del maquillaje o enmascaramiento escénico quedan ocultas o desfiguradas las facciones propias del intérprete, no podrá éste

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 106 y sig.

ampararse en el DIMA para impedir la exposición, reproducción o venta de fotogramas de la escena teatral o de la película, pues no es su imagen la que viene así captada, sino la del personaje representado y ello aunque sea de dominio público que tal personaje fue interpretado por aquel actor y no por otro.

Cuando el actor sea reconocible en su propia personalidad física a través del fotograma de la representación teatral, de la película cinematográfica o de la emisión televisada, puede plenamente hacer efectivo su DIMA, prohibiendo que contra su voluntad se publique, reproduzca o comercialice el fotograma en cuestión. Es que entonces falta el elemento fundamental de la actuación o representación, de modo que únicamente aparece en el fotograma la persona quieta y no una acción dramática interpretativa.

Podría darse el caso de que una fotografía sorprendiera al actor en una actitud ridícula, grotesca e incluso posiblemente lesiva al decoro. De donde se infiere que la reproducción estática, aislada, de un solo fotograma teatral, cinematográfico o televisivo, desconectado de la situación dinámica a que artísticamente servía, puede producir perjuicios al honor y reputación del intérprete. Entonces, en el supuesto, que por fortuna pocas veces se dará, de que tal fotograma sea elegido por el productor o director para la publicidad del film, creemos que el efigiado podrá siempre revocar su consentimiento a la divulgación de dicho fotograma y aún sin obligación alguna de resarcir daños.

Evidentemente resulta, con todo, que, como dijimos, a efectos de propaganda de la película e incluso quizás en aplicación de la excepción de popularidad de la persona, cabe la reproducción de fotogramas aislados que, lejos de constituir perjuicio al honor y a la reputación del intérprete, conserven su valor artístico autónomo y en nada disminuyan el del actor. Podría decirse que el fotograma aisladamente difundido sólo resultará lesivo en tanto cuanto se desnaturalice su significado para asociarle a otro diverso que por unos u otros motivos resulte perjudicial para la reputación del artista. Ello será palmario cuando la publicación del fotograma sea acompañada de pie de fotografía o comentario que tergiversa la actitud o la expresión del intérprete, desnaturalizando o envilecido su valor artístico, de

modo que, por ejemplo, reduzca la escena mediante su adaptación literaria a una mera propaganda comercial.²⁸⁰

Los contratos publicitarios con relación al derecho en estudio son aquellos en los que se ofrece o presta la imagen de una persona para cortometrajes filmicos o televisivos de propaganda comercial así como para anuncios murales publicitarios. En tales contratos una persona es contratada por un productor cinematográfico, por la televisión o por una agencia publicitaria para que se hagan expresiones objetivas de su imagen a cambio de una remuneración convenida.²⁸¹

Ahora bien, respecto a la retribución de los intérpretes cinematográficos por su prestación mixta –imagen, voz, trabajo artístico-. La cuestión comenzó a erizarse desde aquellas interpretaciones, a diferencia de las teatrales, fueron fijadas mecánicamente sobre fotogramas susceptibles de reproducción y de ejecución pública sin ulterior posible intervención por parte del interprete. De ahí la mayor retribución del artista cinematográfico respecto del teatral.²⁸²

²⁸⁰ Siguiendo Giannini que las fotografías obtenidas de la película pueden tener un doble destino: primero: pueden ser utilizadas a los fines de propaganda comercial por los distribuidores de la película o asistente al espectáculo. En tales hipótesis el ánimo de lucro es solamente indirecto y el disfrute tiene fines cinematográficos. El segundo: pueden, por el contrario, destinarse a un fin distinto e incluso directo de lucro respecto a las fotos aisladas o recogidas en colección, reproducidas fotográficamente que sean vendidas con estricto ánimo de lucro, o por la fácil comercialidad de algunas de ellas. HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 112

²⁸¹ En el estatuto español de la publicidad del 11 de junio del 1964 se señalaban en su art. 6 los principios legales que recortan la actividad publicitaria son: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia. El artículo 7 señaló los supuestos legales de ilicitud o el ejercicio de la actividad publicitaria se expresan así: no será lícita la publicidad que por su fin, su objeto y su forma... lesiona los derechos de la personalidad. La ley general de la publicidad de 11 de noviembre de 1988 protege también los derechos de la personalidad, pero emplea una redacción diferente al señalar que es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la constitución, especialmente en lo que se refiera a la infancia, la juventud y la mujer. *Ibidem*, p. 69

²⁸² Pero todo esto se refiere, más que al DIMA, al derecho general del interprete, que, por ejemplo, Ostertag incluye entre los llamados derechos vecinos o derechos conexos al del autor, bien englobado, según él, en tal categoría de derechos, los de la persona sobre su imagen. De Sanctis señala que el derecho de los intérpretes corre parejo con el derecho de autor, tratándose de derechos sobre un bien inmaterial del que pueden derivarse derechos reales susceptibles de transmisión contractual. El derecho del intérprete, se dice, recae, más que sobre la interpretación fugitiva, sobre la difusión del soporte material sobre el cual ha sido plasmada; es lo que De Sanctis denomina "prestación objetivada". Todo lo cual guarda patente relación con el DIMA y la exclusiva de publicación de ésta que normalmente debe entrañar. Con la consecuencia común de que, en último término, los derechos del intérprete recaen sobre la película considerada en sí misma, como objeto de comercio que es y que va a llevar lejos, a públicos desconocidos del artista, la interpretación de éste. En

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Una cuestión interesante es la de la pornografía, ya que está claro que cuando esté en juego la dignidad misma de los que acceden a posar a cambio de una suma, nos encontramos ante un contrato nulo –en España, por haberse atentado contra uno de los límites del art. 1255 CC- por constituir un servicio contrario a las leyes y a las buenas costumbres -no puede afirmarse como objeto de contrato-, y ello, no por razones que sólo encuentren fundamentalmente en una moral excesivamente preocupada, en detrimento de otras materias, por la sexualidad, sino verse reducida la persona a una simple mercancía, al consentir el sometimiento a una degradación –escenificación de relaciones sadomasoquistas o bestialismo, por ejemplo- apreciable por ínfimo que sea el grado de moral de que se disponga a cambio de una cantidad.²⁸³

Para finalizar este punto, proponemos una serie de puntos que sería bueno tomar en cuenta cuando se realice un contrato sobre la imagen:

a) Número y tipo de expresiones objetivas que se harán de la imagen del titular del DIMA, es decir, si se tomarán fotos o video, si se hará una pintura, una escultura, o si tiene el titular que entregar unas ya hechas. Esto implica el establecimiento del tiempo y número de veces que el titular del DIMA debe posar o actuar –con la correspondiente obediencia de tomar alguna posición o gesto determinado, algún maquillaje o atuendo específico- para que sean obtenidas dichas expresiones objetivas. En este sentido se pueden establecer las fechas para posar, o un término para que se entreguen las expresiones objetivas ya hechas.

b) Forma de utilización de dichas expresiones objetivas, es decir, como será la publicación, en qué medio. Por ejemplo, si se publicarán en una revista –de cuantos ejemplares-, anuncios espectaculares, Internet, o si el video se pasará por TV, etc. Además cuantas y cuales expresiones objetivas se usarán, ya que es muy común que se tomen varias fotos y sólo se publiquen algunas. Asimismo cual será el alcance territorial de la utilización, es decir, si el programa es en el ámbito local, nacional, o por ejemplo, el caso de Internet que es mundial.

definitiva, en la película se halla la imagen objetivada del actor, la expresión objetiva de su figura en cuanto sea reconocible. MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 357-9

²⁸³ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, op. cit. p. 86-7

- c) Por cuenta de quien irán los gastos de la creación de las expresiones objetivas, y su respectiva divulgación y publicación.
- d) Duración de la utilización de dichas expresiones objetivas, por ejemplo, en que número de la revista, o de tal fecha a tal fecha aparecerá la expresión en Internet o TV, etc.
- e) Quién será el que adquiera los derechos sobre dichas expresiones objetivas, y además, si existe o no la posibilidad de transmisión de los dichos derechos. De hecho podría darse el caso que si se pactase exclusividad, ni el titular del DIMA pudiera utilizar dichas expresiones objetivas. Además se puede establecer cual podría ser el precio para la transmisión en caso de que ésta se aceptara.
- f) Remuneración del titular del DIMA.
- g) Quién ejercerá las acciones correspondientes en caso de violación a alguno de los derechos relativos a las expresiones objetivas, y quién percibirá la correspondiente indemnización.
- h) En caso de conflicto de derechos entre el titular del DIMA y el autor de la expresión objetiva o el productor, etc. cuáles prevalecerán.
- i) Si el titular del DIMA tiene o no que asistir a algún evento de promoción o de presentación de la película, de la revista, del calendario, etc.

2.10. Diferencia de la Imagen protegida por el Derecho en estudio y otros conceptos afines

2.10.1. Imagen escénica

Podemos hablar de Imagen escénica en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio hay supuestos en los que, como señala McCarthy, es posible que la persona de un actor sea identificada por una caracterización o papel que estén fuertemente asociados a ese actor. Son supuestos en los que se produce, por la actividad artística desarrollada, una confusión entre personas y personajes. En esos casos es posible hablar de imagen reconocible de la persona cuando en realidad no hay más que la imagen del personaje. Es lo que se suele denominar *performing persona*.

Existen, por lo menos, dos vías claras de que se produzca en la mente del público la asociación entre actor y sus interpretaciones. La primera es la que podría estar representada por Charles Chaplin y su personaje Charlot o por Mario Moreno y Cantinflas. En este caso Chaplin creó un verdadero *alter ego* en el inicio de su carrera profesional y lo mantuvo en la mayoría de sus películas. Su forma de vestir, de expresión y de comportamiento se repetían sin importar los diferentes papeles que le asignaban.

La segunda va un poco más lejos, y podría ser el caso, tal vez único, de los Hermanos Marx. Éstos, no sólo crearon sus personajes, sino que procuraban mantener su apariencia y forma de comportamiento en el resto de su vida pública. En estos casos, salvo que hayan cedido todos los derechos sobre sus caracterizaciones, esos artistas podrán mantener que la imagen del personaje es parte de su imagen y reclamar ante un uso no autorizado de ella.

Es difícil decidir cuándo se produce esta asociación. Los herederos del actor Bela Lugosi, quien representó a Drácula en innumerables películas del Hollywood clásico, intentaron prohibir la comercialización por Universal Pictures, titular de los derechos de explotación sobre aquellas películas, de unos muñecos del conde Drácula, pretendiendo que se debía solicitar su autorización, pues se estaba utilizando la persona de su pariente. La

Corte Suprema de California desestimó esa acción por entender que no existía un derecho patrimonial sobre la imagen transmisible *post mortem* y porque no se trataba de un caso en que se hubiera creado un personaje distintivo, parte de la persona de Lugosi, sino que se estaba ante una interpretación más.²⁸⁴

Para resolver adecuadamente el problema habría que saber qué derechos tiene sobre esa expresión objetiva de la imagen quien la utiliza –por ejemplo, en el caso de Universal, los posibles derechos de *merchandising*- y cuál es la verdadera apariencia de la expresión objetiva –por ejemplo, el muñeco puede ser idéntico a Lugosi, a pesar de representar a Drácula-. En otras palabras, siempre que se identifique al actor y no al personaje, es la imagen de aquél la que se utiliza y si, además, no se tenía derecho para hacerlo, cabrá la reclamación por ese uso.

Es evidente que en los casos en los que se reconozca que la imagen del personaje es imagen del actor, su utilización será más fácil de prohibir cuando se esté en un ámbito puramente comercial –anuncio de un producto, por ejemplo-. Fuera de él, esos personajes forman parte de la cultura contemporánea y su utilización puede ser una forma de fomentarla y un ejercicio de la libertad de creación –piénsese, por ejemplo, en la portada de un disco donde el cantante aparece caracterizado como Charlot-. Sin embargo, la influencia de los intereses comerciales sobre la imagen de las personas famosas está teniendo en los EE.UU. repercusiones en campos donde, en principio, la protección de la libertad de expresión suele primar frente a otras alegaciones. Así, por ejemplo, la tradicional protección de la parodia como forma de expresión –véase la reciente decisión del Tribunal Supremo Norteamericano en *Hustler Magazine vs Falwell*, 108 Sct. 876, 1988-, hacía lícito el trabajo de imitadores y cómicos, con la única excepción de la posibilidad de reclamar por difamación cuando los muy exigentes requisitos de esa acción se reúnen. Pero no se consideraba apropiación de la imagen la actividad de estos artistas. Sin embargo, el reconocimiento del derecho patrimonial sobre la imagen²⁸⁵ en el sistema jurídico norteamericano ha cambiado, de momento, ese panorama. Así, se ha estimado que vulnera

²⁸⁴ *Lugosi vs Universal Pictures*, 603 P2d 425, 1979

²⁸⁵ A pesar de que muchos autores hablan de la existencia de un derecho patrimonial sobre la imagen No estamos de acuerdo con ello como más adelante veremos.

aquel derecho la utilización del estilo de actuación de los Hermanos Marx en la obra "*A day in Hollywood/ A night in Ucranía*", a lo que supone uno de los más acabados supuestos de la fuerza expansiva del *Right of publicity* en aquel país y un claro peligro para la libertad de expresión.

En cuanto a la Imagen escénica en sentido estricto; en principio no puede mantenerse que la fotografía de una persona representando a otra –en un acontecimiento teatral o cinematográfico– sea imagen de la persona. Más bien, será imagen del personaje representado. Por ello, no parece que exista base para reclamar una vulneración del DIMA cuando se usa tal fotografía sin consentimiento. Si hay reclamación por ese uso, suele ser el titular de los derechos de explotación de la película o de la obra teatral quien la interpone. El titular del derecho de autor sobre una concreta fotografía también puede quejarse ante el uso no autorizado de la misma. Pero la cuestión en ambos casos entra dentro del ámbito de la protección de la propiedad intelectual, no en el de los derechos de la personalidad.

Tema aparte es el caso en que se utilice para la propaganda de una obra de teatro o película alguna expresión objetiva de la imagen de un actor que interviene en ella, cuando se había pactado mediante contrato que no se permitía ese uso. En ese caso sí habrá vulneración de la imagen. Pero repárese en que será vulneración de la imagen de ese actor, no de su imagen escénica. El hecho de que –normalmente– se utiliza su nombre en la propaganda esclarece qué imagen se está utilizando. A este respecto se suele considerar que, si nada se pacta, hay una presunción de que se consiente la utilización de la expresión objetiva de la imagen para la publicidad de la película en la que se interviene. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia francesa. Los tribunales franceses delimitan claramente que sólo se consiente tácitamente a la utilización de dicha expresión para la publicidad de la película. Tal consentimiento tácito sólo tiene como excepción las películas pornográficas, donde debe ser expreso –art. 38 de la *Convention Collective du Cinema*, 1975-, aunque puede verse en contra la Sentencia del TGI París, 3ª Ch. de 7/12/1977. Si el propio actor es titular de los derechos de autor, sí podrá reaclamar por la utilización de esa imagen. Igualmente en lo que los derechos conexos al de autor puedan alcanzar a la difusión de fotografías sobre la actuación de un intérprete, tal reclamación será posible. No

es ésta, sin embargo, la función típica de esos derechos vecinos. Veámoslo con algo más de detenimiento.

En España, por ejemplo, el art. 102 LPI dispone que corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones; y el art. 107 señala el aspecto moral de estos derechos al hablar de que el artista, interprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. Ahora bien, ni estos artículos. Ni la doctrina de los derechos vecinos está pensada para conceder a los artistas un derecho a la imagen sobre su imagen escénica.

Tanto el art. 102.1 como el 107 –aspecto patrimonial y moral de este derecho, respectivamente- están pensados para proteger las interpretaciones o ejecuciones –dice el art. 102- o las actuaciones –dice el art. 107-, es decir, tomando el término de la Ley francesa, la prestación del artista. Lo que busca el aspecto patrimonial de este derecho es exigir la autorización escrita del artista o intérprete para cada comunicación o reproducción.

Sólo podríamos decir que hay un derecho a la imagen escénica en estos artículos de la LPI, si no sólo se necesitara autorización del artista para comunicar al público su prestación, sino también para el uso de cada posible fotografía de esa actuación. Esto no lo exigen los preceptos que venimos discutiendo. Bien es cierto que se dan ciertos derechos sobre la simple fotografía en el art. 107, pero la posibilidad de autorizar la fijación y la reproducción de las fotografías del espectáculo, recae sobre quien tiene los derechos de explotación del mismo. Esa persona puede ser el mismo artista o intérprete u otra persona diferente.

En ambos casos, esas personas podrán regular el uso de las fotografías de las prestaciones como fruto de sus derechos de propiedad intelectual sobre la obra. Pero, cuando sea el artista quien tenga esa potestad, no parece que la tenga con base en los artículos 102 y siguientes de la LPI –derechos vecinos-, sino en los preceptos de los

artículos 17 y siguientes de la misma Ley, es decir, los derechos de explotación de la obra en cuestión. Igual ocurre cuando es el autor o el productor de la obra quien tiene los derechos de explotación. Ellos autorizarán o no el uso de las fotografías del intérprete. Es necesario establecer un catálogo de excepciones a la necesidad de autorización por el artista o intérprete en virtud de sus derechos conexos. A modo de ejemplo, la Ley francesa de 1985 señala en su artículo 29 –tégase en cuenta que se refiere también a los productores de fonogramas-: los beneficiarios de los derechos incluidos en el presente título no pueden prohibir: 1) Las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en un ámbito familiar; 2) las reproducciones estrictamente reservadas al uso privado de la persona que las realiza y no destinadas a una utilización colectiva; 3) con la condición de identificar la fuente mediante elementos suficientes: -los análisis y citas cortas justificados por el carácter crítico polémico, pedagógico, científico o de información de la obra a la que están incorporados, -las críticas de prensa, -la difusión, incluso integral, a título de información de actualidad, de discursos destinados al público en las reuniones políticas, administrativas, judiciales o académicas, así como en las reuniones oficiales.-La parodia, *le pastiche* y la caricatura, según las reglas del género. Los artistas-intérpretes no pueden tampoco prohibir la reproducción y la comunicación pública de su prestación si es accesoria a un acontecimiento que constituye el tema principal de una secuencia de una obra o de un documento audiovisual –una excepción similar, incluso más amplia, probablemente, se encuentra en el art. 19 de la Convención de Roma, en el que se dispone que, una vez que se ha cambiado la incorporación de la *performance* a un soporte visual o audiovisual, no se aplica el art. 7 de la misma, necesidad de autorización del intérprete para la reproducción o comunicación pública-. Por tanto, si se trata de una película, los intérpretes no pueden oponerse a su difusión basándose en sus derechos conexos.

Es posible que una interpretación extensiva de la Ley de Propiedad Intelectual lleve a considerar a los tribunales que el derecho a la imagen escénica tiene una base en los preceptos de esa norma legal dedicados a los derechos vecinos o conexos. La realidad de que la imagen de un actor tiene un gran valor comercial, aunque sea representado a un personaje, es posible que conduzca a preguntas tales como: ¿por qué no puede frenar un actor la utilización de su fotografía, como Otelo, cuando sí puede frenar la utilización no

consentida del vídeo de la obra en la que representa el personaje? “quien puede lo más, puede lo menos”. Todo dependerá, por tanto, del alcance que queramos otorgar a los derechos conexos de artistas, intérpretes y ejecutantes. Pero a los efectos de lo que aquí nos interesa, la posible reclamación por el uso de la imagen de un actor representando un personaje no se basará en el DIMA como derecho de la personalidad. No existe un derecho a la imagen escénica.

Como señala McCarthy, el que alguna gente piense en Boris Karloff cuando ven cualquier versión del monstruo de Frankenstein no es suficiente. En efecto, muchos otros interpretaron ese papel. Cada utilización del monstruo de Frankenstein en un anuncio no supone necesariamente una intromisión en la personalidad de Boris Karloff. Similarmente, que mucha gente traiga a la mente a Johnny Weissmüller cada vez que ven un carácter tarzanesco en un anuncio de televisión no significa que, automáticamente, identifiquen a Johnny Weissmüller. Si bien es cierto que Karloff y Weissmüller popularizaron esos caracteres, ellos no los crearon en el mismo modo que los Marx Brothers crearon sus personajes, o en la manera en la que Chaplin creó su *alter ego* en escena.

Por tanto, en principio, los derechos conexos o vecinos no suponen una posibilidad de acción para protegerse frente a la toma –aislada– de fotografías de un espectáculo. Tampoco, en principio, los derechos de la personalidad, pues no estamos ante una imagen de la persona.

Todo lo dicho hasta ahora se refiere a la imagen de un actor interpretando un papel y caracterizado para ello. Aunque las conclusiones deberían ser las mismas para el supuesto en que las expresiones objetivas representen al intérprete sin especial caracterización, es decir, interpretando un papel, con su apariencia normal fuera del ámbito de sus actuaciones.

En los actuales tiempos de *star system*, se produce en el público un cambio en la percepción de la representación escénica: es Sylvester Stallone en el papel de Rambo en vez de “es el personaje de Rambo representado por Stallone”. La proliferación del medio cinematográfico ayuda, sin duda, a esta variación, dado que es más infrecuente que en el

teatro el que varios actores encarnen un mismo personaje. Por todos estos motivos, la imagen de la representación escénica se ve como una parte más de la imagen del individuo, cuando cuestiones comerciales están implicadas. Todo ello hace que los intérpretes tengan cada vez más vías para frenar la utilización de la expresión objetiva de sus interpretaciones, independientemente de quien –o conjuntamente con, según los casos, quien tenga los derechos de explotación de la obra en que estén insertas –¿es el carácter de Rambo parte de la *performing persona* de Silvestre Stallone? Es el único actor que ha interpretado ese papel, pero ello no es suficiente para que el público no distinga entre ese personaje característico y el actor Stallone, creemos que no se va comportando como Rambo en el resto de su vida pública –cosa que los Marx sí hacían con respecto a sus personajes-. Tampoco puede decirse que sea un *alter ego* de su persona como el personaje Charlot y Chaplin; el que Stallone haya interpretado otros importantes –Rocky- lo evita, al menos de momento.²⁸⁶

2.10.2. Imagen en el ámbito del *marketing* y la publicidad

Una expresión habitual en dichos ámbitos, así como en la política de las instituciones y personajes públicos en general, es la de “tener una imagen”, “construirse una imagen”, “cambiar de imagen”. Con estos enunciados se hace referencia a la consideración social de una persona o una entidad.²⁸⁷ Más no a la imagen en cuanto a los rasgos físicos externos. Por ello nada tiene que ver el DIMA con la protección de dichos conceptos.

2.10.3. Imagen de las cosas

La protección de la imagen de un individuo es personal. El propietario de una casa o de una finca paisajísticamente bella no puede, en principio, reservar para sí exclusivamente los

²⁸⁶ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 35-47

²⁸⁷ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 22

valores estéticos exteriores de aquélla. El pintor o el fotógrafo pueden libremente descubrirlos, hacerlos suyos, plasmarlos y luego ofrecerlos a su público.

No hay duda de que si la casa misma, arquitectónicamente considerada, es una obra artística, alguien puede tener algún derecho sobre su imagen. Pero ese alguien no será el propietario, sino el arquitecto a quien únicamente pertenece la paternidad artística de su obra. Por lo tanto los límites de la libertad de fotografiar las cosas ajenas, se fundarán en el derecho de autor, no en el derecho a la imagen de las cosas propias.²⁸⁸

2.10.4. Imagen social de las personas

Cabe advertir que en el lenguaje ordinario se suele utilizar la expresión “imagen” para referirse tanto a la imagen que podemos designar como física –los rasgos físicos externos de la persona-; y a la consideración que se tiene hacia una persona. Se trata este último caso, de lo que se conoce generalmente como la “imagen social de la persona.”²⁸⁹ Esta última no es protegida por el DIMA, ya que éste como vimos, se encarga de la protección de los rasgos físicos externos de los individuos.

2.10.5. Imagen dactilar

También conocida como digital, es la impronta realizada por contacto dactilar sobre una superficie adecuada; resulta tener grandes afinidades con la huella que, sobre la placa fotográfica, por ejemplo, dejan los rasgos fisonómicos de una persona. Más aún, se impone reconocer la primacía que sobre la imagen de la fisonomía y aun sobre el método antropométrico tiene el método dactiloscópico como medio científico de identificación de cada persona. Los caracteres de imputabilidad, inalterabilidad y diversidad que reúnen las huellas digitales han hecho tomarlas como base para organizar los registros de

²⁸⁸ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 308-9

²⁸⁹ FERNÁNDEZ SESSARRÉGO, Carlos, op. cit., p. 149

identificación y para permitir su impresión sustituyendo la firma de quien no sabe firmar. Sin embargo, esta imagen dactilar no está protegida tampoco por el DIMA.

2.10.6. Retrato moral

Es la publicación de elementos biográficos, que podrá siempre ser impedida si penetra en esferas de intimidad de la persona, que legítimamente deben quedar reservadas, o presenta al biografiado bajo aspectos poco favorables o contrarios a la verdad. Una infracción de tales límites podría dar lugar no sólo a la retirada de tales obras, sino además, a la correspondiente indemnización de la persona interesada o a sus herederos”.²⁹⁰ Sin embargo, la pura publicación de dichos datos biográficos no es suficiente para ser una violación al DIMA, se necesitarían acompañar de alguna expresión objetiva de la imagen de la persona, como una fotografía sin consentimiento del titular del DIMA para ser violatorias a este derecho.

2.10.7. Retrato literario

Es aquel que realiza un novelista o el guionista radiofónico al describir determinadas circunstancias que inequívocamente caracterizan la vida y la identidad de una persona.²⁹¹ Sin embargo, dicha mención no tiene nada que ver con la imagen de la persona, tal vez podría constituir un ataque a su vida privada, pero no al Derecho a la Propia Imagen.

2.11. Potencia pecuniaria de la imagen

Antes de entrar de lleno a ver los casos de violación al DIMA, es necesario hacer algunas aclaraciones.

²⁹⁰ COSSÍO, Alfonso, *Instituciones De Derecho Civil I*, Alianza editorial, Madrid, 1977, p. 106

²⁹¹ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 305

En primer lugar, debemos mencionar que dentro de la doctrina se habla de la existencia de otro derecho a la imagen con carácter económico al lado del DIMA como derecho de la personalidad, aquel derecho lo llaman “derecho al valor publicitario de la imagen”, el cual según algunos autores es el derecho de toda persona a controlar el uso comercial de la propia identidad y a obtener provecho de los valores publicitarios que haya creado u obtenido sobre ella. Existe infracción de este derecho cuando se utiliza la identidad de una persona para obtener beneficios económicos ya sea de forma directa o indirecta. Los titulares del derecho al valor publicitario de la imagen son usualmente artistas de cine, futbolistas o modelos, pero es también posible que la fama provenga de otro tipo de actividades que pueden ser muy variadas.²⁹²

Según Azurmendi, la Ley Orgánica española –LO 1/82– protege la imagen física como objeto de un derecho de la personalidad –art. 7.–, y su dimensión económica –artículo 7.6-. De acuerdo a esta autora, dicha ley opta por considerar el contenido potencialmente pecuniario del DIMA como una parte integrante de un único Derecho a la imagen. El Tribunal Constitucional ha abierto una vía de interpretación de sentido contrario en la Sentencia del 2 de diciembre de 1988 –que tiene su continuación en la Sentencia de 25 de abril de 1994–, al establecer que la explotación comercial de la imagen de una persona fallecida es protegible en vías civiles por la ley 1/82, y es susceptible de tener, en ese sentido, un contenido patrimonial, pero que carece de dimensión constitucional.

En ese orden de ideas, en la doctrina española está ganando terreno la tendencia a distinguir, en el DIMA, el derecho de la personalidad en sentido estricto y el derecho económico derivado de ciertos aspectos de la personalidad, que tendría caracteres parecidos al derecho de propiedad. Azurmendi considera que es un desacierto admitir la separación radical de las dimensiones del DIMA. La imagen es una manifestación esencial de la personalidad, y el hecho de que se explote comercialmente, o de que se emplee en los *spots* publicitarios, no anula su carácter personal. Las consecuencias de un planteamiento dualista del DIMA pueden ser graves; todas tendrían un rasgo en común: la cosificación de la persona humana, la exclusiva consideración de la imagen como un objeto más de comercio.

²⁹² AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 11 y sig.

Es cierto que es una práctica usual en nuestros días la explotación económica de la propia imagen, pero, aún así, el derecho debe garantizar que esa explotación económica se realiza en conformidad con los parámetros de un derecho a la personalidad.²⁹³

Según Amat, el derecho al valor publicitario de la imagen protege primordialmente los intereses económicos del titular; además protege también el interés patrimonial de aquellos que hayan obtenido la concesión de los derechos de explotación de la imagen de otros. La apropiación de la imagen con fines comerciales produce también daños morales; ello puede tener lugar cuando en el uso comercial se implica un problema de *false light*, que casi siempre cabe, pero también por el solo hecho de considerar ultrajante un uso comercial inconstituido.²⁹⁴

En la doctrina anglosajona, este derecho viene a ser lo que ellos conocen como *Right of publicity*, el cual según ella soluciona varios problemas de orden teórico y práctico, como el dar un verdadero fundamento a la pretensión de recuperación del enriquecimiento injusto para utilización de la imagen o a la transmisión de la imagen tanto *Inter vivos* como *mortis causa*, cuestiones todas ellas difíciles de explicar si se considera al derecho a la imagen como derecho de la personalidad.

Por nuestra parte, consideramos que no existe el derecho al valor publicitario de la imagen, pensamos que es tan sólo una parte del DIMA, cuando se utilice la imagen con fines pecuniarios, además reconocemos que exista una potencialidad económica en la imagen, pero en contra de lo que dicen respecto a que sólo los famosos lo tienen, creemos que dicha potencialidad pecuniaria es poseída por todas las personas, independientemente de que la ejerciten o no. Así, por ejemplo, una persona no famosa con una nariz muy grande puede ser en extremo valiosa para hacer publicidad de pañuelos de bolsillo.

Por otro lado, necesitamos hablar del criterio de la reconocibilidad, muy importante en la existencia o no de violación alguna al DIMA.

²⁹³ AZURMENDI, Ana, op. cit., p. 186-7

²⁹⁴ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 18

2.12. Reconoscibilidad

El criterio de la reconocibilidad, aunque siendo importante, no es decisivo para averiguar si hay intromisión ilegítima. Puede existir uno de los supuestos de limitación de la misma de los que nos ocuparemos más adelante. Sin embargo, en algunas ocasiones se explicarán algunos de los criterios a tener en cuenta para la regulación de la utilización de esa expresión objetiva, como en el caso de los dobles e imitadores de personas conocidas.

Por imagen no reconocible suele entenderse tradicionalmente aquella en la que la cara – u otros rasgos claramente distintivos del sujeto, excepcionalmente- no aparece visible. De esta forma se entiende alguna decisión norteamericana en la que no existe responsabilidad alguna por publicar la fotografía de la mano, pierna o pie de alguna persona.²⁹⁵ Sin embargo, por nuestra parte consideramos que si pudiese haber, en el caso que dicha pierna, mano, etc. tuvieran algún signo característico muy especial, por ejemplo, un lunar en forma de corazón y que fuera muy grande. Aunque estamos conscientes de que serían muy pocos los casos en que se diera.

Algunos autores, dicen que la identidad de la persona puede ser puesta en causa, aunque la persona retratada no sea reconocible. Así, por ejemplo, en un anuncio para un producto cosmético se presentaba la fotografía de una mujer con su hija bajo una cascada, ambas estaban desnudas y se les veía de espalda, su cara no aparecía en la expresión objetiva. El Tribunal decidió que no era necesaria una representación facial identificable para que se esté ante el concepto de *portrait* o *picture* de la Ley de Nueva York, y que, por tanto, existía responsabilidad por su uso ilegítimo de la imagen –por apropiación en este caso, como dicen los norteamericanos-.

Los tribunales norteamericanos entienden, que lo que se protege es la identidad personal y que ésta puede ser expresada de diferentes formas, siendo la representación facial tan sólo una de ellas. Eso sí, se exige que la persona pueda ser reconocida por un tercero. En la

²⁹⁵ Brewer vs Hearst Publishing Co., 1950, 185 F. 2d 846 cit. por Prosser y Keeton en TORTS –West 1985-, p 855

antigua República Federal Alemana, no se exigía infracción del derecho de autodeterminación del sujeto es decidir cómo y cuándo se usa su imagen. No importa que sólo la propia persona pueda reconocerse. Esta última argumentación no debe aceptarse. Se trata de una interpretación exagerada del derecho a la imagen. La reconocibilidad debe ser requisito previo para la existencia de intromisión, aunque sea entendida de una manera amplia.

En España, hubo un caso, conocido como *Nude Back*, en el cual el Tribunal aceptó como testimonio de identificabilidad el del marido de la fotografiada, es decir, de un tercero, pero muy cercano a la persona en cuestión y que, además en el caso concreto, había asistido a la sesión fotográfica, por lo cual su reconocimiento podría venir más bien de esa asistencia que de una real identificación. Se redujeron, pues, los requisitos del reconocimiento.

Los pronunciamientos de la Jurisprudencia alemana respecto a que deben tenerse en cuenta otros detalles y características de la apariencia exterior de una persona como el corte de pelo, estatura, poses y posturas determinadas del cuerpo, prendas de vestir especiales; por ejemplo, un portero de un equipo de fútbol puede ser reconocido por los seguidores de ese equipo fácilmente desde atrás en función de su estatura, postura y corte de pelo.²⁹⁶ Se trata, por tanto, de un reconocimiento ayudado por el contexto de la publicación y el recuerdo de otras publicaciones o conocimientos anteriores sobre esa persona.

Un caso muy especial es el de los objetos que se asocian normalmente a una persona. Existe una tendencia a considerar identificado al personaje por la divulgación de alguna expresión objetiva de la imagen de esos objetos. De este modo algún caso alemán²⁹⁷ entiende que un jinete puede ser identificado, y su imagen vulnerada, por una foto en la que se reconoce claramente a su caballo, muy popular en círculos hípicas, a pesar de que no se distinguen los trazos de quien lo monta; no hay identificación, en cambio, de un piloto de acrobacia aérea, por ciertas características de su avión, cuando la foto representa un vuelo

²⁹⁶ BGH GRUR, 1979, 723/733

²⁹⁷ OLG Düsseldorf, GRUR, 1970, 618

invertido y la cabeza del piloto no es mayor, en su reproducción, de un milímetro²⁹⁸ aunque el OLG Nuremberg había opinado lo contrario en sentencia de 26 de octubre de 1975. Igualmente la Corte de Apelación del Circuito Noveno de los EE.UU. entendió que se identificaba a un piloto de carreras por la utilización en un anuncio de una fotografía –algo retocada- de su distintivo coche de carreras²⁹⁹. Como señala McCarthy, el demandante no estaba, en este caso, reclamado su derecho a la imagen personal sobre uno de los objetos que le pertenecen, lo que hubiera sido rechazado, sino que estaba afirmando que la apariencia distintiva de un objeto muy relacionado con él era utilizada en un anuncio, de tal manera que era identificada su propia persona. La cuestión no se centra en el objeto físico por sí mismo, sino, únicamente, en el objeto como instrumento de identificación del demandante.

En primer lugar, no basta por sí sola la expresión objetiva de la imagen del objeto, salvo las excepciones que veremos enseguida, para hablar de imagen de la persona. Una fotografía del caballo o del coche de una persona no vulnera su derecho a la imagen. Sí, en cambio, esa persona figura en la fotografía junto a esos objetos, pero no es reconocible, sí puede considerarse el conjunto como imagen de la persona, siendo aquellos objetos meras ayudas para la identificación.

A veces no hará falta que el sujeto figure en la fotografía junto con los de objetos que le pertenecen, sino que bastará que éstos se utilicen en un contexto evocador del sujeto que se pretende representar para que exista una imagen del mismo –también en le ámbito de una utilización comercial es interesante el caso sentenciado por la Pretura di Roma -18 de abril de 1984, Dalla vs Autovox, Ginst. Civ, 1984, I, 2271-. se entendió que la reproducción de la indumentaria habitual de una conocido cantante y de sus peculiares anteojos supone lesión del DIMA. En contra, en cambio, Pretura di Milano -15 de marzo de 1979, Dir Autore, 1980, 55-, en la que se concreta en la utilización sumaria de los elementos de la misma -boceto esquemático-. Dos son, por tanto, los supuestos en los que los objetos colaboran a la identificación de la imagen de la persona: ayuda directa -apoyo a una imagen

²⁹⁸ BGH, 1979, GRUR 733

²⁹⁹ Motschenbacher vs R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F2d 821 9th. Cir. 1974

de la persona no reconocible en sí misma- y ayuda indirecta –conformación de un contexto evocador de la persona-. Consideramos que si sólo aparecen los objetos entonces no habrá violación al DIMA, ya que se necesitan las características físicas exteriores de una persona para configurarla, aunque esa persona sólo sea reconocida a partir de los objetos y no tanto de los rasgos.

En cuanto a los requisitos de la identificación, tienen que existir terceras personas que puedan hacerlo. Así lo establece, de manera indirecta, la sección 3344 -apropiación de la imagen- del Código civil de California cuando dispone que una persona es identificable en una fotografía cuando alguien que ve la fotografía a simple vista puede determinar razonablemente que la persona representada es la misma que se está quejando del uso no autorizado de la fotografía.

A esta conclusión puede objetarse por el caso en que la fotografía representa una parte del cuerpo de una persona en el que se refleja una característica especial o única, solamente conocida por el sujeto. Si sólo el afectado lo conoce, ¿es ello suficiente para la identificación? La respuesta depende de qué se entiende por identificación por un tercero. El requisito de la identificación por terceras personas no debe ser interpretado de tal forma que haga imposible o muy dificultosa la demanda del personaje representado. Debe de entenderse como suficiente la existencia de la posibilidad de que terceras personas puedan proceder a esa identificación y no es necesario para presentar la demanda el aportar esa prueba.

La identificación puede desarrollarse de dos formas, como señala McCarthy: a) Identificación no ayudada: que significa la habilidad de una razonable persona media de identificar al demandante viendo únicamente el uso de la imagen que hace el demandado. Esta identificación se realiza mediante una comparación mental entre la memoria o recuerdo que se tiene de un sujeto y la expresión objetiva que constituye el uso del demandado. b) Identificación ayudada: significa que se es capaz de identificar al demandante cuando se ve simultáneamente a éste –o una de las expresiones objetivas de su imagen- y la expresión objetiva usada por el demandado.

McCarthy sostiene que el test de identificación debe de ser diferente, según se trate de la imagen de personas conocidas o no. En el primer caso, debe seguirse el sistema de identificación no ayudada –pues el otro sistema sería demasiado favorable a los intereses de los demandantes-. En el segundo, en cambio, debe optarse por el de identificación ayudada. Tal postura parece correcta.

Entonces no se verá satisfecho el supuesto de reconocibilidad cuando sea sólo el propio sujeto el que se identifique con la imagen en cuestión siendo preciso que al menos un tercero lo haya identificado y que evidentemente su identificación no se deba al empleo de una especial pericia profesional.³⁰⁰

Ese tercero –que puede ser el mismo juez- puede realizar la identificación mediante la comparación con otras expresiones objetivas de la imagen del sujeto. Sería excesivo encontrar responsabilidad por el hecho de expresar objetivamente una parte del cuerpo de una persona no reconocible, pero no distintivo, aunque por una identificación ayudada podría deducirse que esa mano, por ejemplo, objeto de la fotografía, es la mano de una persona determinada. Como señalaba Prosser, no cabe responsabilidad por el hecho de publicar la fotografía de una mano, pierna, pie, o de una casa, o de un automóvil o de un perro, sin nada que indique a quien pertenecen.

No hace falta, además, que en el momento de presentar la demanda, los terceros hayan reconocido al sujeto representado, basta con que exista esa posibilidad, ni tampoco importa que el grupo de personas capaces de reconocerlo sea pequeño. –así lo afirmaban también los tribunales de la República Federal Alemana como puede verse en la sentencia del OLG Frakfurt de 28-2-86. MIDR 8/1986, 672-.

Sin embargo, habrá que intentar evitar los casos de fraude en los que una persona apoyada por amigos y familiares intente sacar partido de un mero parecido con la persona representada en la imagen en discusión.

³⁰⁰ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 8-9

En la República Federal de Alemania, como señala Kruger, bastaba la reconocibilidad por el limitado grupo de personas que pertenecen al mismo círculo de la persona representada. Esta conclusión ha llevado a algunos tribunales a admitir la identificabilidad en circunstancias extremas; así la Corte de Apelación de Hamburgo en el caso *Rückenakt für eine Film werbung* admitió la reconocibilidad por parte de compañeros de profesión, aunque la fotografía era la de un desnudo tomado desde atrás, pues entiende que los modelos, fotógrafos y agencias son unos observadores particularmente atentos a todas las características físicas de otros modelos.

Se aprecia que la identificación puede depender del contexto de la presentación del dibujo, como sucedió en *Ali vs Playgirl*, donde un púgil desnudo en el ring, apostillado por las palabras "*The Greatest*", se entendió como representativo del boxeador Mohammed Ali –Ali vs Playgirl, Inc. 447 F. Supp. 723, SDNY 1879, 3 Med. L. Rptr., 2540-.³⁰¹

El posicionamiento del Tribunal Supremo Español, por su parte, queda retratado en la sentencia del 20 de enero de 1998. Los hechos originadores del litigio en esta ocasión se refieren a la utilización, por parte de una sociedad que comercializa desodorante para calzado y para la promoción del mismo, de una expresión objetiva realizada por ordenador en blanco y negro que consiste en unas piernas cruzadas embutidas en unos pantalones negros calzada con unas botas de deporte de color blanco y con una leyenda en la que se decía "la persona más popular de España está dejando de decidir te huelen los pies". En opinión de Rovira Sueiro, teniendo en cuenta la realidad social española del momento en que se sitúa la mencionada campaña publicitaria no existe dificultad alguna, y creemos que para cualquiera que lo lea tampoco, para poder intuir, -ni siquiera adivinar- quién es el personaje famoso aludido pues para ello contamos no sólo con la vestimenta del dibujo, popularizada por un famoso actor-presentador –Emilio Aragón-, sino también con el texto que lo acompaña, específicamente la expresión "te huelen los pies" que coincide con una de las canciones más sonadas de ese mismo personaje.³⁰²

³⁰¹ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 21-33

³⁰² ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 10-11

La imagen, según el sentido expuesto, debe ser visible y reconocible, el sujeto debe verse y poder ser reconocido para configurarse una violación al DIMA. Así, la falta de reconocibilidad fue uno de los argumentos de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 9 de junio de 1967 para desestimar la demanda que había interpuesto el pregonero de la ciudad de Zaragoza por razón de la publicación de su fotografía, pero en la que no se le veía de forma que pudiera ser reconocido.³⁰³

2.13. Ataques al Derecho a la Propia Imagen

Existen varias formas de violación al DIMA, así por ejemplo, en España, la captación de la imagen de una persona, así como la reproducción o publicación de las expresiones objetivas de aquella si se realizan sin consentimiento están previstas como intromisiones ilegítimas en el apartado 5 del artículo 7 de la LO 1/1982.

En EE.UU. se habla de apropiación de la imagen. En su sección 652.C del *Restatement of Torts* de 1977 se describe de la siguiente manera el uso ilícito de la imagen: la forma común de invasión de la privacidad³⁰⁴ bajo esta regla es la apropiación de la imagen del demandante para anunciar el negocio o producto del demandado, o para algún propósito comercial similar. A menos que alguna Ley diga lo contrario, esta regla no está limitada a la apropiación comercial. También se aplica cuando el demandado hace uso de la imagen del demandante para sus propios propósitos y beneficio, aun cuando el uso no sea estrictamente comercial y aun cuando el beneficio que se busca obtener no sea de naturaleza pecuniaria. Algunas leyes en algunos estados han limitado, sin embargo, la responsabilidad a los usos comerciales de la imagen. Como ejemplos, el *Restatement* cita los siguientes: 1. A es una actriz, conocida por su bonita figura, B buscando anunciar su pan, publica en un periódico una fotografía de A con la leyenda "Mantenga esta figura de sílfide comiendo más pan de B". Y el 2. A, detective privado, buscando obtener información sobre la relación entre la mujer la mujer de B y C, se hace pasar por B y así

³⁰³ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 116

³⁰⁴ Recuérdese que la protección de la imagen va vinculada a la de la privacidad.

induce a otras personas a revelar información confidencial que no hubieran revelado de otra manera.³⁰⁵

Creemos que el ataque en general contra el DIMA de una persona consistiría en la utilización de su imagen sin su consentimiento, sin embargo, en los casos en que se utilice no sólo sin el consentimiento, sino contra la voluntad de su titular, estará ante una agravante de la violación al DIMA y con ello la sanción debe ser mayor. Ahora veremos los casos más comunes de violación al derecho en estudio y sus excepciones.

2.13.1. Creación de expresiones objetivas de la imagen

El primer supuesto de violación de la imagen es la creación de expresiones objetivas de la imagen de una persona sin consentimiento de ésta, lo que constituye la base para todas las demás violaciones al DIMA. Dicha creación se refiere a la captación de la imagen, por ejemplo en una foto, o hacer una caricatura, dibujo, escultura, etc. Algunos autores le llaman fijación de la imagen sobre un soporte material.

Una parte de la doctrina dice que el dato de que no se permita la fijación de la imagen sin el consentimiento de la persona afectada es la evidencia más clara del paso de la acción de responsabilidad civil a la creación de un derecho subjetivo como método de protección de este bien, pues en el primer caso la mera fijación de la imagen no produce daño alguno y no debe ser perseguida. En un sistema, en cambio, donde el DIMA se configura como un derecho subjetivo que protege la autodeterminación del individuo respecto al uso de su identidad, la fijación de la imagen tiene que estar prohibida.³⁰⁶

Si consideramos la captación de la imagen de una persona en lugares públicos, y ésta aparece desprovista de otro ingrediente ajeno, como puede ser el aprovechamiento económico ulterior de la imagen ajena o una actitud de ella para afectar el honor o la vida

³⁰⁵ IGARTUA ARREGUI, Fernando, *op. cit.*, pp. 76-7

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 13

privada de su titular, Novoa considera que no hay inconveniente alguno para que las imágenes sean captadas lo que sería lo mismo que declarar que el fotografiado no tiene derecho alguno sobre ella, en tanto a través de su captación no vulneren derechos suyos de otra clase -económica, a su honor, a su intimidad-.³⁰⁷ Camelutti explica que es lícito el goce estético de la fisonomía ajena, no sólo en cuanto sea obtenido con la contemplación inmediata, sino también con la contemplación mediata a través de la formación del retrato. Del mismo modo que no puedo impedir a otro que me mire, tampoco puedo impedirle que me retrate, pero sí que del retrato se valga para procurar el goce a cualquiera.³⁰⁸

En Italia, el art. 10 del Cód. Civil prohíbe la exposición o publicación de la imagen ajena, pero no veta la captación de la figura en un retrato. El tributo a las exigencias del vivir social, queda satisfecho con esta última apreciación, fundada en que para aquel que se expone a las miradas de los demás no debe ser demasiado penoso que su semblante, además de ser observado directamente, sea fijado, en un retrato que no ha de traspasar los umbrales de la publicidad.³⁰⁹

Siguiendo a Pedro Rey, hay un derecho allí, que es el de negarse a que alguien capte la imagen fotográficamente, el titular de la imagen siempre tendría el derecho a oponerse a que ella quede registrada en fotografías o filmes, aun tratándose de actividades suyas que se desarrollan en un lugar público y que todos los que allí se hallen pueden ver. Si no se admite esta solución, habría de entenderse que una persona particularmente bella o atractiva podría ser objeto de permanente enfoque de fotógrafos aficionados de toda clase, sin que ella tuviese el derecho de oponerse.³¹⁰ Diversos autores como Vidal Martínez y Royo Jara dicen que la simple captación seguida o no de la reproducción y publicación constituye una intromisión ilegítima del ámbito protegido. En Argentina se sigue esta idea.³¹¹ Contrario a esto, Keyssner dice que no porque las personas se muestran en público y pueden ser admiradas por cualquiera, surgiendo en los extraños la libertad de hacer expresiones

³⁰⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo, *op. cit.*, p. 70

³⁰⁸ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, *op. cit.* p. 339

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 330

³¹⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo, *op. cit.*, p. 71

³¹¹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.*, p. 227

objetivas de su imagen; pero nadie puede, sin su permiso propagar las expresiones objetivas o hacer la imagen famosa mediante ilustración.³¹²

Serreno Alberca dice que las conductas que afectan a la intimidad –y con ello de la imagen- son: el simple emplazamiento o la utilización de aparatos de filmación o dispositivos ópticos o de cualquier otro medio con el fin de grabar o reproducir la vida íntima o manifestaciones de carácter privado no destinadas a los usuarios de tales medios de reproducción –obsérvese que no es necesaria la grabación, basta el simple emplazamiento o la utilización del aparato-.³¹³

Por nuestra parte, apoyamos la idea de que la simple captación de la imagen de una persona sin su consentimiento es violatoria a su DIMA; ya que de lo contrario todas aquellas personas atractivas físicamente serían objeto de la obtención de muchas fotografías por ejemplo. No así con las otras creaciones de expresiones objetivas de esa imagen, ya que éstas pueden conllevar algo más artístico, o depender del talento y memoria del autor. Así, por ejemplo, si vamos caminando en la calle y vemos una dama que nos gusta, no tenemos derecho a tomarle una foto o un video, pero sí de llegar a nuestro hogar y dibujarla.

2.13.2. Publicación o divulgación

Para abordar este punto se vuelve necesario hacer referencia a algunos conceptos. Así, divulgación es la “acción y efecto de divulgar”; el cual a su vez significa: publicar, difundir, extender en el conocimiento público una cosa. Público es lo que se muestra a todos; privado lo que se separa del conocimiento ajeno; secreto lo que se esconde. Publicar, por su parte, significa “hacer pública una cosa que se quiere hacer llegar a conocimiento de todos... difundir por medio de la imprenta u otro procedimiento cualquiera un escrito, folleto, estampa, libro, etc.”³¹⁴

³¹² MOLINERO, Cesar, op. cit., p. 144

³¹³ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 181

³¹⁴ GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, op. cit., pp. 1154 y 3092

Publicar el retrato puede consistir en exponerlo en un escaparate o en una exposición a la vista del público; también en regalarlo o venderlo, en transferir su propiedad a persona distinta del autor, la cual puede a su vez, hacerlo ver o exponerlo al público, pues que el autor pierde toda posibilidad de control sobre la difusión de la obra. La ilicitud según algunos autores comienza precisamente con la publicación, exposición, reproducción y puesta en comercio de tal fotografía.³¹⁵

En resumen, podemos decir que la publicación es dar a conocer al público aquella expresión objetiva de la imagen, por ejemplo, una fotografía puede ser publicada en un libro, una revista, en Internet, en un periódico, etc.; si es un video puede ser publicado al venderse en video-cassettes, en DVD, al pasarse por TV o por Internet.

2.13.3. Falsa apariencia –el caso del montaje–.

Otra forma de violación al DIMA es la llamada "falsa apariencia". Amat dice que es el derecho a evitar que nuestra imagen se asocie ante los demás a unas ideas, productos o situaciones que consideramos rebajan el concepto que de nosotros tiene la sociedad o que distorsionan nuestra manera de pensar. Según ella, el interés protegido es la reputación, ya que comporta atribuirnos una toma de posición ante determinadas situaciones que nosotros no hemos hecho, ni deseamos hacer. Es lo que en la doctrina anglosajona se conoce como *false light*. Cuando se utiliza alguna expresión objetiva de la imagen de una persona para promoción publicitaria, el público asocia instintivamente la imagen de la persona que aparece en el anuncio con el objeto anunciado y esta asociación puede no ser querida por el titular de la imagen por considerar que distorsiona su manera de ser ante el público.³¹⁶

Un caso específico lo constituye el montaje que "...es la operación mediante la cual se modifica el registro de una imagen o de un sonido, con el fin de transformarlos mediante

³¹⁵ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 339-340

³¹⁶ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 4

adición, supresión o cortes, o agregando, intercalando o alternando partes de registros diversos.³¹⁷

La capacidad de manipular las expresiones objetivas de la imagen ofrece numerosas posibilidades retóricas en el ámbito de la comunicación audiovisual y en la publicidad. Ello puede acontecer cuando se le utiliza fuera del contexto en la que fue captada. Por ejemplo fotos antiguas insertas en situaciones actuales, en lugares diferentes, en diversas épocas, con distintos personajes, en heterogéneos trances.³¹⁸ También puede darse el caso en que se desfiguren los rasgos de la imagen captada, se le distorsionen.

La Ley francesa de 17 de julio de 1970, de protección a la vida privada, inserta por medio del artículo 23, tres nuevas infracciones en Código Penal -recogidas en los artículos 368 a 372- y, entre ellas, contempla el delito de "montaje" en el artículo 370, que sanciona al que a sabiendas publique un montaje realizado con las palabras o la imagen de una persona, sin el consentimiento de ésta, si no aparece de manifiesto que se trata de un montaje o no se advierte acerca de la existencia de éste.

Autores como Kayser, y Ravanas consideran que por el montaje se produce una alteración de la personalidad, siempre que o no aparece la evidencia de que se trata de un montaje o no se hace expresa mención de ello. Otros autores como Mayer defienden que el montaje no tiene por qué constituirse necesariamente por una manipulación o trucaje de la fotografía, sino que bastaría con insertarla en un contexto de imágenes, gráficos o literatura para que se modifique su sentido real. También el derecho norteamericano ha incluido como un supuesto de *Privacy*, la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia.³¹⁹

Un ejemplo de violación al DIMA por falsa apariencia es el de la STS español de 11 de abril de 1987 relativa a la utilización con fines no comerciales de la imagen de los

³¹⁷ Lindon, R. Cit. por NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., p. 98

³¹⁸ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos, Derecho la identidad personal, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992 p.141-142

³¹⁹ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 180-1

demandantes, un grupo de trabajadores, a la salida de una fábrica, en la que mediante una composición fotográfica se les colocaba determinada bandera, para utilizarla como propaganda electoral del partido político Izquierda Republicana de Cataluña. En este caso los trabajadores no tenían nada que ver con el partido, sin embargo, podría asociárseles con el mismo. Más recientemente un caso parecido lo encontramos en la STS de 3 de octubre de 1996 dictada con relación a la utilización de la imagen de unos deportistas olímpicos ganadores de una medalla para ilustrar un calendario publicitario de una marca de cervezas.³²⁰ En este caso los deportistas serían relacionados con el producto, que de hecho, podría nunca haber sido consumido por los mismos.

2.13.4. Fines comerciales y no comerciales

Este punto se refiere a que la utilización in consentida de las expresiones objetivas de la imagen de una persona puede ser hecha con fines comerciales o no comerciales, y de esto pueden depender algunas excepciones a violaciones del DIMA –como veremos más adelante–.

Hay supuestos en que el beneficio económico es claro: aquellos casos en que se utiliza la imagen para promocionar las ventas de un producto o que se comercializa la misma imagen incorporada a diferentes objetos, como camisetas, pósteres o productos análogos. En otros casos el beneficio económico se produce de manera mucho más indirecta, por ejemplo, cuando se utiliza la imagen en obras informativas o de entretenimiento; aunque que dicha finalidad exista, los autores de estas obras no actúan con fines filantrópicos, y aunque el beneficio sea aparentemente no pecuniario, en última instancia puede también valorarse. Otras veces puede suceder que los infractores no busquen un beneficio económico ni tan siquiera indirectamente, pero lo cierto es que si hubieran solicitado autorización para utilizar la imagen, posiblemente hubieran debido compensar económicamente a su titular. Debe admitirse que la finalidad comercial también se da cuando la imagen es utilizada en obras informativas o culturales; lo que sucede es que en alguno de estos supuestos no se

³²⁰ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 63

considera violado el DIMA porque la actividad está protegida constitucionalmente –en el caso de España, por ejemplo-.³²¹

Hay legislaciones que permiten uso de imagen con fines caritativos o altruistas como una campaña contra el cáncer, y carentes de trasfondo económico -aunque pudiera haber lucro cesante para el efigiado aunque no haya lucro para el que usa las expresiones objetivas de la imagen, el cual se daría ya que el efigiado no recibiría retribución alguna por el uso de dichas expresiones-.

Un caso especialmente difícil de resolver es el de los políticos. Evidentemente la política comporta fama y para adquirirla se ha invertido tiempo y dinero, pero al mismo tiempo supone que todo lo relacionado con un político resulta de interés público. De ahí que sea muy frecuente que incluso una utilización comercial de la imagen de algún político se considere contribución del debate político y por tanto se permita, ya que resulta muy difícil separar los motivos comerciales del mensaje político.

Según algunos autores, la utilización de la imagen puede producirse con tres propósitos básicos: puede pretender informar, entretener o intentar únicamente vender con más facilidad un producto. Muchas veces la finalidad comercial no se produce de manera directa, sino que coexiste con finalidades informativas o culturales y es necesario fijar de la manera más clara posible en qué casos la exigencia de respetar el principio de libertad de expresión limita al DIMA. Cabe agregar que la expresión de un mensaje publicitario o comercial en cuanto a lo que tiene de ejercicio a las libertades de expresión e información, es una expresión protegida constitucionalmente. Y asimismo, que por ejemplo, los diarios y las revistas, aunque pretenden informar al público y por ello cumplen una función social, no son instituciones filantrópicas. En ese sentido encontraremos algunos supuestos:

a) supuesto de utilización de la imagen con finalidad informativa. En este caso la utilización es realizada por diarios, revistas, radio, TV, e Internet-. En la mayoría de los casos la finalidad informativa excluye la responsabilidad por uso inconsciente de la

³²¹ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 16-7

imagen. No obstante, ciertos tipos de información no pueden considerarse de gran valor para la finalidad propuesta, o es posible probar que la finalidad informativa era puramente una excusa para explotar la imagen del demandante. En primer lugar, el uso no es permitido en el caso de que la imagen de la persona no tenga relación con la noticia en sí; en este caso la utilización o es errónea o pretende explotar la imagen utilizada. En segundo lugar, cuando se ofrece una información real pero irrelevante, se trata también de explotar la imagen para aumentar ventas y no para informar, divulgando informaciones que de otra manera no serían conocidas por la gente. En tercer lugar, también es posible probar que la utilización de la imagen del demandante era excesiva para conseguir la finalidad informativa que se proponía –es el caso Zacchini en el cual se transmitía por TV todo el acto de este hombre bala, en lugar de sólo pasar una parte para ilustrar la noticia-. No está justificado utilizar la imagen de una persona más allá de lo estrictamente necesario para informar al público; de lo contrario se perjudican sus intereses económicos sin justificación –en el caso Zacchini, tal vez mucha gente no asistió a dicho espectáculo por haber visto ya su acto completo-.

b) supuesto de utilización de la imagen con finalidad de entretener. La Corte suprema americana ha dejado claro que las obras que entretienen también tienen protección constitucional, a menudo evocan ideas y estimulan la inteligencia. Es posible que la utilización de la imagen se produzca en historias ficticias, obras de teatro, películas, libros. Cuando se incluye la historia de una persona en una obra, ésta debe ser verdadera, si se pretende que esté protegida como obra informativa, en el caso de que sea ficción deberá quedar claro para el espectador que los hechos relatados son ficción y en este caso también puede estar protegida como obra de entretenimiento. La libertad de expresión se protege, también, para comunicar y expandir la experiencia cultural entre los ciudadanos aunque la protección es menor que en el caso de utilización informativa. Es necesario determinar si el uso explota la imagen del demandante, o si por el contrario el uso es incidental y en cambio la obra sirve a un propósito cultural o informativo.

c) cuando la imagen se utiliza con fines publicitarios, se trata de un uso claramente comercial que no tiene protección constitucional, aunque la protección del comercio sea también de interés público.

Es interesante que la jurisprudencia norteamericana establece dos principios que deben ser tenidos en cuenta: a) el hecho de que una información se encuentre rodeada por anuncios en un periódico no le convierte en un anuncio por ese mero hecho y; b) el hecho de que se aporte material que está incluida en un archivo público a un anuncio puede inmunizar esa utilización.³²²

En cuanto a los publi-reportajes, en España, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia territorial de Barcelona de 29 de marzo de 1986 entiende que los publi-reportaje no son más que una forma de enmascarar el mensaje comercial, aunque se presente como información de interés público. No hay duda que el interés comercial es primordial y que la colocación, además, de estos publi-reportajes al lado de anuncios, ya sea en prensa o TV, avala esa conclusión.

Por otra parte, respecto a los usos comerciales de la imagen, Igartua dice que dos destacan con luz propia y son los supuestos de *merchandising* y de utilización de la imagen en juegos. El *merchandising* se trata de la venta de productos asociados con un evento o con una celebridad. Muñecos, posters, tarjetas postales, camisetas, son algunos de los más típicos productos de esta clase de explotación comercial de la imagen de una persona; el otro supuesto lo constituyen los juegos, así, por parte de alguna doctrina norteamericana se ha intentado defender que los juegos, no son sólo vehículos de entretenimiento, sino que son valiosas fuentes de transmisión de información, sobre todo para los jóvenes y que, por tanto, la utilización de los datos, nombres e imágenes de personas en ellos debe ser admitida.³²³ Aunque, la jurisprudencia norteamericana no ha aceptado tal argumentación todavía.

³²² Esta línea jurisprudencial, mantenida por *Brisbee vs Conover*, 452 A2d 689 no es pacífica, ya que con los mismo hechos se da la solución contraria en *Canessa vs Kislak*, 235 A2d 62, 1967

³²³ *Sims y Trece, Commercial Exploitation of Names Likenesses, and Personal Histories*, 51 *Texas Law Review* 637, p. 666, 1973

Otras decisiones alemanas, han sabido distinguir mejor entre el interés informativo y la preponderancia sobre él del interés comercial, como aquél en el que con referencia a cromos de futbolistas se entendió que por venderse en sobres cerrados –forma típica de este tipo de colecciones- sin conocerse qué fotografías iban a encontrarse en el interior, no se estaba fomentando la difusión de información, sino que primordialmente se estaba intentando aprovechar el interés comercial existente en la pasión por el coleccionismo entre la población adolescente.

Es importante, por tanto, para saber si se está ante un uso predominante comercial, cuál es la forma de presentación de esa utilización. De este modo, la jurisprudencia francesa ha podido afirmar que la publicación de una revista mensual que se presenta al público, no como una revista de información, sino como un desplegable que contiene fundamentalmente sólo fotografías de un futbolista y que no conlleva ningún artículo de fondo, no tiene por objetivo manifiesto más que la explotación financiera de la notoriedad del campeón incluso respecto a las fotografías que han sido tomadas en lugar público. Tampoco prevalece el interés público cuando se utiliza la imagen del Presidente Pompidou navegando para anunciar un motor de borda.³²⁴

Un autor llamado Kessler no duda en señalar que la utilización de una fotografía de Paul Newman para un poster que se vende con fines caritativos no supone violación al DIMA, pues no existe beneficio para quien la usa.

Casos particulares los encontramos en los procesos electorales. La utilización de la imagen de terceras personas sin su autorización en anuncios de propaganda electoral por parte de partidos políticos es una realidad bien conocida. En sentido contrario al que venimos exponiendo, debe aceptarse que cuando el mensaje informativo prevalece sí debe permitirse el uso de la identidad personal en campañas publicitarias. De esta forma se entienden algunas sentencias norteamericanas como Davis vs Dureya donde se permite el uso de la fotografía de un personaje público en forma apropiada durante una campaña electoral. Así, una sentencia alemana, no tiene inconveniente en aceptar que un cartel

³²⁴ Trib. Gr. Ins. París réf. 4 de abril de 1970 JCP, 70; II, 16328

electoral en el que se mostraba la fotografía de un político fallecido, acompañado de la leyenda “el partido Y completa el trabajo de su vida –de la de ese político-. Granjero, vota al partido Y”, supone un uso lícito de la identidad de aquella persona.³²⁵ Igualmente es perfectamente posible el uso de la imagen de un candidato en un Comité para buscar fondos para su campaña.³²⁶

Por otro lado el profesor McCarthy señala los usos educativos y escolares como uno de los usos que, a pesar de ser también de naturaleza comercial, deben estar inmunes de responsabilidad por la especial naturaleza de esa utilización. Así lo acepta la jurisprudencia norteamericana en casos como *Wallace vs Weiss* –372 NYS 2d NYS 416, 1975-, donde se permitió el uso de la fotografía de una persona en la portada de una revista estudiantil que se distribuía gratuitamente. Ahora bien, como veremos más adelante, al hablar de la excepción de ilustración, es necesario que exista conexión entre la historia que se narra y la ilustración que se utiliza.³²⁷

Ahora bien, existen algunas circunstancias que hacen que la conducta que en un momento dado puede ser violatoria del DIMA, no lo sea, dichas circunstancias constituyen lo que los autores llaman límites o limitaciones al DIMA.

2.14. Limitaciones y límites del Derecho a la Propia Imagen

El DIMA no es un derecho absoluto e ilimitado; todo derecho subjetivo tiene límites y puede tener limitaciones -tanto objetivas como subjetivas, como veremos adelante-; a su vez, los límites pueden venir impuestos por la ley o bien proceder de su propia naturaleza. Al DIMA –como a todo el derecho subjetivo- se le puede aplicar la doctrina del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, como límite intrínseco. En el caso concreto de la sentencia española de 3 de noviembre de 1988 se planteó en la contestación a la demanda el abuso del derecho –consistente –según la parte demandada- en dejarse fotografiar y

³²⁵ OLG Koblenz, 14 mayo de 1947, 1948, DRZ

³²⁶ *Friends of Phil Gramm vs Americans for Phil Gramm in 84 587 FS upp 769 –1984*

³²⁷ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 78-113

luego reclamar indemnización de daños y perjuicios- que fue analizado y desechado en esta sentencia.

El límite señala el techo hasta donde alcanza el DIMA: donde se halla el límite, allí ya no llega el derecho. Tales límites vienen impuestos por la ley, por el uso social, por la autoridad, por el interés público, por la proyección pública de la persona y por accesoriadad.³²⁸

La Ley de Creación Artística Alemana –KUG- permite la publicación de la imagen sin consentimiento en los siguientes casos: imágenes de la historia contemporánea –23, párr. 1 No 1-; imágenes en las que aparecen personas solamente como adorno junto a un paisaje o cualquier otro lugar –23, párr. 1, No 2-; fotografías de reuniones, desfiles y actos similares en los que han participado las personas retratadas –23, párr. 1, No 3-; imágenes, que no fueron hechas bajo encargo, siempre que su difusión o exhibición sirva de un interés de altura artística –23, párr. 1, No 4-; siempre y cuando no se vulnere un interés legítimo del retratado –23, párr. 2-. También es lícita la utilización de la imagen ajena para fines de justicia y seguridad pública.

El art. 10 del código civil italiano hace genérica mención de los casos en que la exposición o publicación es consentida por la ley y el art. 97 de la ley italiana de derechos de autor de 22 de abril de 1941 enuncia tácitamente tales casos. De éste último precepto se advierte la existencia de dos tipos de limitaciones unas subjetivas y otras objetivas.

Las limitaciones subjetivas son aquellas que se aplican a ciertas personas y son:

- a) Las personas notorias.
- b) Personas que deben permanecer en el anonimato.
- c) Personas accesorias o extras

³²⁸ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., p. 145

Mientras que las limitaciones objetivas, son aquellas aplicables a toda clase de personas, sin atender a la celebridad de las mismas, sino a consideraciones de carácter social, sugeridas por las agencias de información pública. Tales limitaciones se anuncian así:

- a) Necesidades de justicia o de policía.
- b) Fines culturales -científicos, históricos y didácticos-.
- c) Razones de información pública.
- d) Hechos de interés público o desarrollados en público.
- e) Uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona.

2.14.1. Popularidad de la persona titular del Derecho a la Propia Imagen

El DIMA encuentra una limitación en la popularidad que gozan las personas, ya que es evidente que el personaje popular entreabre a sus contemporáneos las puertas de su intimidad. Ineludiblemente expone a los fotógrafos e incluso a los caricaturistas una parte su personalidad. Su figura, su paz, soporte resultan tan inseparables de sus actividades generales que, por el hecho de ser éstas públicas, se entiende que no puede negarse a que su imagen será difundida por doquier. Incluso parece que ha de tolerar que sea sometida su imagen a los dictados de la sátira y el humor.³²⁹

Para analizar la popularidad de las personas, podríamos tomar como punto de partida el art. 10 del cód. civil Italiano el cual dispone que: "cuando la imagen de una persona o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos menores de edad sea expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicidad está consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro, o de la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a solicitud del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños". Ahora bien, la doctrina reconoce unánimemente en Italia -compartida en otros países- que para qué la regla de ese artículo carezca de aplicación se precisan los siguientes requisitos:

³²⁹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 57

1. Que se trate de una persona popular, notoria o famosa.
2. Que la divulgación de la imagen obedezca exclusivamente al fin de satisfacer la exigencia pública de información veraz.
3. Que las imágenes así difundidas de una personas sin su consentimiento no se refieran a la vida privada de la misma.

Según Mascareñas, en un sentido genérico puede definirse como persona notoria aquella que es conocida por los individuos de un determinado ambiente, por su profesión o cargo público desempeñado, bien de ámbito universal, nacional, regional, provincial o local.³³⁰ Gitrama agrega que ese ambiente puede ser el de los especializados en determinada ciencia, arte o profesión; el de los aficionados a ciertas manifestaciones artísticas, deportivas; el de los miembros de determinada religión o raza, y que, a juicio de Rovira, puede abarcar también a aquellas personas privadas que se ven involucradas, voluntariamente o no, en lo que se considera un hecho noticioso siendo protagonistas del mismo, de lo contrario si su participación es meramente accidental estaríamos en gran medida en el supuesto aparición incidental de la imagen.³³¹

Son personas noticia –como las llama Gitrama- aquellas que, por su posición política, militar, religiosa, científica, histórica, artística, participan más directamente en la vida pública.³³² También se aplica a aquellas personas que devienen famosas por sus relaciones amorosas, por su belleza, por su matrimonio, por su título nobiliario, etc.

La doctrina alemana habla de personas absolutas de la historia contemporánea, siendo éstas, en la definición de Neumann-Duesberg, aquellas que resaltan extraordinariamente por nacimiento, posición, méritos, hechos o fechorías –es decir, no sólo de forma positiva, sino también de forma negativa.

³³⁰ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 350-1

³³¹ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 108

³³² DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, op. cit. p. 1488

Según Pérez Vargas, normalmente nos limitamos a ejemplificaciones, así, según él, se consideran como destinadas a la publicidad, en primer lugar las notabilidades del arte, de la ciencia, del deporte, de la policía, y también las víctimas de desgracias, de destinos anormales, de delitos. Para él, la notoriedad de la persona es de carácter derivado, pues constituye el reflejo de la notoriedad de su obra, de su vida, o de un acontecimiento sobresaliente en el que haya participado.³³³

Así, los científicos notorios, son personas famosas conocidas por sus relevantes actividades en una rama de la ciencia y por un descubrimiento científico notable; en general o perteneciente a la medicina especialmente, o por una importante explotación arqueológica, submarina o espacial. Indudablemente nos referimos a científicos famosos en extensas áreas geográficas. La difusión por las cámaras de la imagen de los científicos será lícita en aquellos ambientes en que se les conozca y también en otros a donde las cámaras de televisión interesen llevar la resolución de la actividad profesional, del descubrimiento o exploración del científico de que se trate. Los científicos devenidos célebres constituyen a raíz de su descubrimiento o exploración personajes socialmente relevantes y, por tanto, sometidos a las exigencias de la información pública. En efecto, tal excepción viene justificada muy acusadamente por la contribución al progreso de la humanidad y además por el interés informativo del conocimiento de la actividad profesional de tales sabios.

Por otra parte, la referencia a cargo público como consecuencia de la proyección pública, habrá que entenderla referida a un cargo de cierta relevancia y deberán incluirse en dicha categoría a aquellas personas que, no ocupándolo todavía, aspiran al mismo de una forma que pudiera llamarse institucionalizada, teniendo así cabida, por ejemplo, la persona anónima que aparece encabezando la lista de una candidatura electoral.³³⁴

Según Herce, existen dos tipos genéricos de personas notorias.³³⁵

³³³ PÉREZ VARGAS, Víctor, op. cit., p. 93

³³⁴ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 108

³³⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 89

1º Personas celebres antes de aparecer su retrato en la prensa periódica –nosotros decimos que en general aquellas personas famosas cuyas expresiones objetivas de su imagen se publiquen por cualquier medio-. Es el supuesto normal y más frecuente de publicación de las expresiones objetivas de la imagen de una persona famosa en cualquier medio de difusión. Se trata de las personas aludidas al principio, las intrínsecamente notorias.

2º Personas que devienen populares precisamente a raíz de la publicación-consentida salvo que esté guiada por razones informativas de interés general- de las expresiones objetivas de su imagen en virtud de cierto evento que les confiere, si bien temporalmente, una justificada notoriedad. Otros ejemplos son las personas que adquieren un premio literario de un premio académico relevante doctor *honoris causa*, en la realización de un acto heroico, así como haber alcanzado una suma dineraria en la lotería, en las quinielas, en la lotería primitiva, por cumplir muchos años. Creemos que esto se puede aplicar a las personas que devienen famosas por su participación en algún concurso o algún programa como “*Big Brother*”.

Es lógico pensar, que la divulgación de las expresiones objetivas de la imagen de personas famosas es lícita en aquel círculo ambiental en que una persona determinada goza de popularidad. Quizá quepa también afirmar que la licitud ha de referirse a la imagen que represente actualmente la figura del personaje popular y que sólo vale la divulgación del retrato de la persona tal cual ésta es y tal como se muestra al público en el tiempo de su popularidad; no como era antes de ella, ni como ha llegado a ser después de haberla perdido –por ejemplo antiguas actrices teatrales o excampeones deportivos ya retirados a la vida privada-.³³⁶

Por su parte, en España, el art. 8.2 de la LO 1/82 dice que el Derecho a la imagen no impedirá su 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. Como dice Rovira, en cualquier caso, parece necesario que la imagen sea actual, es decir,

³³⁶ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 350-1

representar el tiempo en que goza de esa proyección pública, tal y como parece inferirse del empleo del verbo ejercer en presente, -personas que ejerzan-, con lo que se reconocería, aunque indirectamente, el tan vilipendiado derecho al olvido.³³⁷

Sin embargo, nos preguntamos sobre lo que pasaría en el caso de alguien como Roberto Gómez Bolaños quien a pesar de ya no actuar, y de que los años sobre él no pasaron en vano –su imagen no es la misma a la de hace 20 o 30 años-, sus programas se siguen transmitiendo por TV. Si su imagen actual fuera objeto de una expresión objetiva creemos que se podría aplicar la excepción de las personas notarias; porque siguen siendo famosos en este momento aunque no con su imagen actual.

Ahora bien, respecto a la referencia que hace esta norma española a que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, O'Callaghan dice que una idea equivocada sobre este límite es creer que sólo las actividades públicas del sujeto pueden ser objeto de publicación. Ni es esto lo que dice la ley ni es ésta la filosofía del legislador; el personaje público tiene limitado su derecho a la imagen, en todo acto o lugar y sólo se le mantiene en su círculo privado y en lugar privado –no puede fotografiársele en una comida en su casa, sí en una cena con personas allegadas en un restaurante, pero no en una celebración familiar -boda, bautizo, primera comunión, etc.- en un restaurante.³³⁸

El que la conjunción de personaje público y lugar público no es causa de justificación suficiente para justificar la intromisión en el DIMA, es también un principio establecido por las jurisprudencias francesa y española. De esta forma el Tribunal de Gran Instancia de Lyon señala que un jugador de baloncesto no puede quejarse ante la publicación en un periódico de su imagen tomada a lo largo de un partido, pero que la utilización de esa misma fotografía para ilustrar la propaganda de la calidad de una película fotográfica supone, sin duda, una vulneración del derecho del jugador sobre su imagen.

³³⁷ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 110

³³⁸ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 149-151

Consideramos que la captación de la imagen a personas notorias en lugares y actos públicos se puede siempre y cuando esa persona no manifieste su voluntad, por ejemplo, de no ser fotografiado, lo contrario supone vulneración de su DIMA.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la publicación no se base en la mera curiosidad o en interés sensacionalista. Otros intereses en juego deben ser también tenidos en cuenta, como la protección de la infancia por ello no cabe publicar la fotografía de un hijo cuya tutela se disputan sus padres³³⁹ o la rehabilitación social; por eso no es lícito que se difunda por televisión la imagen de un criminal, causante de un celebre atraco en su día, cuando, pasados muchos años del tema, ha vivido una vida normal y ésta podía verse alterada por tal difusión³⁴⁰.

Además, el carácter público de la persona cuya imagen sea objeto de una expresión objetiva sin su consentimiento, únicamente legitima su captación, y con ello la reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios y comerciales.

La jurisprudencia italiana señala que no hay interés informativo en las fotos de desnudo de una persona, por más que ésta fuera parte de un famoso proceso judicial³⁴¹ –ni cuando se está ante una utilización comercial, pero sí, por ejemplo, cuando la divulgación de la expresión objetiva de la imagen es funcional a la exigencia de información pública y está en estrecha relación con la notoriedad, es decir, con referencia al particular campo de actividad de la persona retratada –en el caso se trataba de la republicación de viejas imágenes de una actriz retirada en el escenario-.

Respecto de la excepción recogida en el art. 23.1 de la Ley Alemana -KUG-: imágenes de la historia contemporáneas. Siguiendo a Gerstenberg se puede indicar que la jurisprudencia define esta causa de justificación a la intromisión en el DIMA señalando, por un lado, qué se entiende por esfera de la historia contemporánea, lo que hace en un sentido

³³⁹ OLG Köln Schulze, OLGZ, 13

³⁴⁰ Lo que podría ser llamado Derecho al olvido. B Verf 6, GRUR, 1973, 541

³⁴¹ Tribunal de Milán, 30 de septiembre de 1986, Dir. Inf., 1987, 1000

más amplio, pues no sólo abarca la vida política, sino también la social, económica y cultural del pueblo, y, por otro, afirmando que, en cuanto a las personas de la historia contemporánea, existe una presunción de interés legítimo del público. Sin embargo, tal presunción sólo se mantiene cuando existe un verdadero interés informativo. No concurre lo mismo cuando se invade la esfera privada o íntima o su reputación o se utiliza su imagen en publicidad, es decir, aquellos casos en los que se vulneran intereses legítimos del retratado. De este modo se sancionan especialmente las fotografías tomadas clandestinamente del entorno privado, y más precisamente de lo que sucede en su vivienda³⁴² o imágenes de desnudo, y ello aunque la persona representada hubiera aparecido en películas o revistas de esa forma³⁴³. Tampoco se está ante una persona absoluta de la historia contemporánea cuando una persona sufre deformaciones físicas sensoriales, como puede ser el caso de enano³⁴⁴ o de unas siamesas³⁴⁵.

A leyes como la Alemana –art. 22 KUG- o la española donde la toma libre y en lugares públicos se restringe a una serie de circunstancias como las que acabamos de señalar se enfrenta jurisprudencias como la norteamericana o la francesa. Sólo cuando exista ese interés efectivamente y sea preponderante respecto a otros intereses cabrá la libre utilización de la imagen sin consentimiento de la persona representada. En otras palabras, como señalan los tribunales italianos al analizar la causa de justificación a la publicación de la imagen consistente en que esté ante acontecimientos de interés público o desarrollados en público, es necesaria una conexión entre la persona representada y el hecho noticioso para que aquélla publicación sea lícita.

Por otro lado, tan sólo cuando aparezca claro un interés informativo, por circunstancias excepcionales o por ser el reportaje que apoya a la imagen de interés, cabrá aceptar la licitud de la publicación sin consentimiento de la imagen de una celebridad desnuda. Ello es así porque, desde un punto de vista comercial, el valor de la imagen desnuda de una celebridad es muy alto, se trata de uno de los mejores reclamos para la compra de una

³⁴² LG Dusseldorf NJW, 1959, 629

³⁴³ OLG Heidelberg, AJP, 1982, 41

³⁴⁴ OLG München, NJW, 1975, 1129

³⁴⁵ LG Kleve, MDR, 1953, 107

publicación. Por tanto, la publicación de una imagen de ese tipo busca fundamentalmente propósitos comerciales y será difícil que prime el aspecto informativo en el balance antes apuntado.³⁴⁶

Otro caso especial es el de los políticos célebres. Además del artículo 97 de la ley italiana de derechos de autor el artículo 36 de la ley egipcia de derechos autor de 24 de junio de 1954 señala que el autor de un retrato puede –a *contrario sensu*- publicarlo si el retrato concierne a personas oficiales. Éstas son aquellas personas que alcanzan la popularidad o fama, por desempeñar funciones oficiales de tipo político o administrativo en conexión con la política, es decir, aquellos hombres públicos que desempeñan una actividad pública al servicio de la comunidad a la que representan y que adquieren gran relevancia y popularidad en el ámbito internacional, nacional o locales en el que desempeñan sus funciones. La existencia de notoriedad es indiscutible cuando se trata de jefes de estado –presidentes de la república o monarcas, primeros ministros-, líderes de partidos políticos, diputados, senadores, ministros, altos cargos de la administración, etc. Siguiendo las orientaciones de la doctrina francesa e italiana deben también ser políticos notorios aquellas personas que aspiran a ocupar un cargo público relevante.

La exigencia de información publica alcanza en alto grado a quienes ocupan cargos oficiales relevantes por su contribución máxima a la comunidad publica a la que sirven. Posiblemente sean las grandes figuras de la política las que mayormente deben someterse a las exigencias de la información pública. Lo mismo debe decirse de los políticos famosos o personas famosas por otros méritos profesionales que aspiran a ocupar un cargo público, por ejemplo, los alcaldes que en unos países como Estados Unidos son elegidos por sufragio universal directo, precisamente frente al pueblo que ha de conocerles no ya como *hominis politici*, sino también como personas con vida privada. Precisamente la mayor observación de las cualidades del aspirante a un cargo público, la sugestión de su encanto personal pueden suponerle un mejor conocimiento por los electores y conseguir la anhelada elección. La limitación está menos atenuada que, en casos anteriores, puesto que los

³⁴⁶ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 118-133

políticos candidatos deben lógicamente permitir que el pueblo tenga derecho a conocer sus retratos.

Camelutti, señaló que el político no debe ser considerado como una *res pública* cuya vida es publicada sin reservas, destinando al conocimiento público actos ajenos a la acción pública política; aunque ésta se configure con cierta amplitud, constituye un atentado a la vida privada el ofrecer imágenes de los políticos relevantes en las que se demuestra una actitud desconsiderada y, en ocasiones injuriosa de los mismos, por ejemplo, ciertas caricaturas muy ofensivas hacia la propia persona pública. En efecto, una cosa es la exigencia del conocimiento de la personalidad del político -incluso su vida privada que debe ser- y otra bien distinta la crítica personal a la vida privada *ad libitum*.

En el caso de que la persona famosa sea un artista de televisión- puesto que es conocida por la mayoría las personas del ámbito geográfico hasta donde alcanza la difusión de los programas en que interviene-. La divulgación de su retrato será lícita dentro del territorio donde alcanza su popularidad. Por otra parte, el tiempo de notoriedad suele alargarse, frecuentemente más que el resultante de la cinematografía por la mayor difusión -y a veces reiteración- que infunde la televisión a las imágenes de tales celebridades.

Un caso de similar interés es el de los actores notorios. Entendemos por actor notorio aquel que es conocido en un amplio círculo geográfico a consecuencia de su actividad interpretativa en las películas en que ha intervenido o de la publicidad filmica sobre las mismas. En efecto, el actor cinematográfico de renombre es comúnmente conocido por los espectadores en un ámbito universal, continental o nacional. En estos casos se trata de verdaderas personas célebres, de personas noticia. La divulgación del retrato del actor de primera fila será lícita, pues, en todos aquellos ámbitos geográficos en que goza de popularidad. Y, por tanto, la justificación de la imagen en aras de una mera publicidad filmica está plenamente justificada. Si se trata, por el contrario, de obtener la popularidad a través de la publicación de la imagen del actor, por ejemplo, en una revista filmica de gran circulación, entonces es indispensable el consentimiento del retratado para eliminar la ilicitud de la publicidad. Sabido es como el atractivo de fotogénico, unido a una publicidad

bien ordenada es, a veces, la base de la popularidad de buen número de profesionales de la pantalla. Por otra parte, resultan elementos casi decisivos en el lanzamiento de una nueva estrella de la pantalla. Millares de fotos en diversas actitudes con las correspondientes notas de propaganda pasan a inundar las relaciones de diarios y revistas de todos los países.

Cuando se trata de actores de segundo plano, o siendo de primera fila son conocidos sólo en un ámbito geográfico más limitado, por ejemplo, nacional, no se les puede reputar personas notorias, al menos fuera de las fronteras del país de origen y, por tanto, en la vida jurídica salvo publicaciones incontestadas -se someten a las limitaciones objetivas, en concreto hechos de interés público o desarrollados en público, que alcanzan también a los actores de gran popularidad.³⁴⁷

Otro caso especial es el de las personas que devienen famosas por su participación en algún concurso o algún programa como "*Big Brother*". Éstas adquieren renombre y posiblemente ventajas materiales traducidas en contratos de índole publicitaria concertados entre las agencias y el concursante a través de la televisión, o incluso contratos cinematográficos que se proyectan en filmes cinematográficos con un contenido publicitario. Tales personas, pues, deben estar sometidas, en principio, al tributo de la notoriedad en todo el ámbito de un país o parte de él. La divulgación del retrato del concursante será lícita dentro del territorio a que se extiende su notoriedad. Por otra parte del plazo de duración de la notoriedad es en estos casos sensiblemente reducido. En efecto, la fama de los concursantes no es, lógicamente tan ajustada como la de las personas cuya popularidad no ha surgido de un solo acontecimiento transitorio o eventual. De ahí que cuando otro concursante del mismo programa-concurso triunfa en el mismo, la popularidad se vuelca sobre el nuevo que empieza desbancar al antiguo. Al cabo de un tiempo, por cierto poco duradero, cae en el olvido de los televidentes, salvo que se popularice por otro acontecimiento posterior o distinto. Y si esto no sucede se convierte en la práctica en una persona no famosa.

³⁴⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 112

La divulgación de la imagen del concursante debe limitarse al programa en cuestión, a entrevistas realizadas por los periodistas o locutores que prestan sus servicios en dicho medio difusor y siempre respecto al programa-concurso de referencia. También es lícita la propaganda que organice la televisión. Además, mientras siguen siendo objeto de la actualidad informativa, deben permitir la difusión de su imagen mientras no se ataque la vida privada, familiar u hogareña o incluso a la vida exterior no relacionada con el programa o asistencia a actos desarrollados en público; en similares condiciones que otras personas, pero con una menor injerencia en su vida profesional que en el caso de las personas famosas.³⁴⁸

Consideramos que al DIMA se puede aplicar lo que dice Prosser respecto de la vida privada, esto es: que para que el derecho a la vida privada deba ceder, hasta cierto punto, ante la libertad de información es preciso que la fama de la persona ya exista cuando los medios de comunicación social se ocupan de ella. En otras palabras estos medios no pueden abusivamente, inventar un personaje público, atribuyéndole una fama creada por ellos mismos. Crear una figura no es derecho de los llamados medios de comunicación. Respecto de los que se hacen públicos y buscan fama, basta pensar en los que se han hecho celebres sin haber buscado la publicidad, sino incluso tratando de impedirla, a pesar de lo cual pueden haber perdido, en cierta medida, el derecho a la vida privada. Basta pensar en los delincuentes notorios.³⁴⁹

Ya vistos los requerimientos que piden algunas legislaciones así como la doctrina, para considerar lícita la utilización de la imagen de personas famosas. Creemos que es necesario abordar un punto que casi no es tratado: el de la protección que corresponde a los acompañantes, familiares o amigos de personas famosas.

El 8 de abril de 1974 el entonces ministerio de información y turismo de España dictó una orden ministerial cuyo art. 1º señalaba que es ilícita la utilización con fines

³⁴⁸ Ibidem, p. 120 y sig.

³⁴⁹ PUIG BRUTAU, José, op. cit., p. 241

publicitarios de las imágenes de personas que por sus relevantes cargos constituyan autoridades en su país, así como de sus cónyuges y descendientes directos.³⁵⁰

Podría decirse que la libertad de retratar se limita a un momento puntual en el tiempo: el que sea necesario para informar sobre la historia familiar de aquel personaje famoso. La jurisprudencia italiana se muestra también restrictiva respecto a la información sobre familiares. Así, el Tribunal de Milán –23 marzo de 1964, Dir. Aut., 1965, 175- consideró ilícita la publicación de la fotografía de un grupo de familiares de un criminal, pues falta la necesaria conexión entre esa imagen y el acontecimiento público –el crimen- que constituye la noticia.

Por nuestra parte, consideramos que a las personas que si bien no son famosas tienen una relación cercana ya sea amorosa, familiar o de amistad con una persona famosa se les deben aplicar las consideraciones hechas para las personas noticia respecto del interés informativo y el respeto a la vida privada para que la utilización de su imagen sea lícita.

Ya hemos visto el caso de las personas famosas, ahora es tiempo de ver lo correspondiente a otra limitación del DIMA, en esta ocasión es una limitación objetiva: la utilización de la imagen con fines científicos, históricos y didácticos.

2.14.2. Fines científicos, históricos y didácticos

La doctrina así como algunas legislaciones habla de la licitud de utilizar la imagen de una persona sin su consentimiento, cuando se hace con fines científicos, históricos y/o didácticos. De este modo, ley uruguaya de propia intelectual expresa en su artículo 21 que es libre la publicación del retrato para fines científicos, y didácticos, en general, culturales. Y por su parte, la ley española de 1/82 en su art. 8.1 establece que “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la

³⁵⁰ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 70

Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

La cultura en un sentido sociológico puede ser entendida como el conjunto de técnicas, de instituciones, de comportamientos, de representaciones colectivas, de creencias y de valores que caracterizan a una sociedad determinada. De lo expuesto, Herce dice que por fines culturales deben entender 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 una comunidad.³⁵¹

Algunos autores, como Mascareñas, no consideran correcta la adjetivación de cultural porque también los fines científicos y los didácticos son culturales y porque entre los genéricos fines culturales cabría incluir los artísticos; lo cual, prácticamente, implicaría la negación de la exclusiva que integra el DIMA, pues que ambiciosamente siempre podría invocar el autor de la imagen lo artístico de su obra para libremente publicarla. Nosotros apoyamos esa idea y por ello hablamos de fines científicos, históricos y didácticos –pueden presentarse aislados o mezclados como veremos en el transcurso de este apartado-.

Entre los fines científicos aducibles figuran, en primer término los de estudio o exposición de aquella rama de la ciencia que más directamente recae sobre el cuerpo humano: la Medicina. Las fotografías de los pacientes especialmente atípicos, las diapositivas a proyectar, las películas cinematográficas relativas al empleo de, por ejemplo, nuevas técnicas operatorias, realmente funden los fines científicos con los didácticos en las aulas, en congresos, en libros y revistas especializadas. Es lícita tal publicación de las expresiones objetivas de la imagen de una persona, siempre que con ella realmente se persiga un fin científico y siempre que no sea posible eliminar la reconocibilidad del efigiado.

Casi siempre y con exquisita prudencia, en las fotografías recogidas en las obras o revistas médicas se excluye tal reconocibilidad mediante la ocultación del rostro o, al

³⁵¹ *Ibidem*, p. 63

menos, de los ojos del paciente retratado; lo que, unido a que muchas veces hasta fotografiar una parte corporal diversa de la faz de la persona, hace que en la práctica sólo haya de aparecer ésta reconocible en las fotografías precisamente expresivas de afecciones del rostro o de los ojos. La falta de observación de estas condiciones entendemos no ser lícita y, por tanto, originar atentado al DIMA del paciente que no diese su consentimiento a la publicación de su retrato, con las consiguientes consecuencias.

Aunque no todos aceptan esta teoría, así, el Tribunal Supremo austriaco al estimar que la fotografía de un paciente tomada en una clínica, particularmente si su divulgación puede constituir un atentado a los intereses legítimos del titular no puede ser lícitamente publicada en una obra médica, excepto que el paciente, es decir, la persona retratada haya dado su consentimiento, de forma que haga imposible toda duda al respecto.

Por nuestra parte, creemos que la utilización de las expresiones objetivas de dichas personas, es válida, siempre y cuando se elimine su reconocibilidad de las maneras antes mencionadas; sin embargo, agregaríamos que sería lícita la publicación de la fotografía de una persona y su clon en una revista científica, aunque ambas fueran perfectamente reconocibles, debido a la magnitud de un logro así. No obstante, sería bueno recabar el consentimiento en todos los casos.

Fuera del área de las ciencias médicas, cabe también el recurso a la finalidad científica y didáctica en otras ramas del saber, como la Geografía y la Etnología por lo que se refiere a retratos de tipos de razas humanas; la criminología, en lo que atañe por ejemplo, a los biotipos criminales; los libros de arte; los documentales cinematográficos de divulgación científica sobre los más variados temas.³⁵²

Caso interesante es que la televisión incide sobre los más variados temas de divulgación científica. En efecto, proyecciones por las cámaras sobre costumbres de pueblos que ofrezcan un carácter tan peculiar en su vida, su organización social que merezcan el calificativo de finalidad científica, cuando se divulgan imágenes sobre los mismos, sus

³⁵² MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 354-5

monumentos y las personas que en ellos habitan. Tienen también carácter científico los documentales relativos a la fabricación de determinados productos como los turrones de Jijona.

Cabe señalar que en México la Ley Federal de Derechos de Autor³⁵³ en su art. 86 dice que los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo como muestra de su trabajo, previa autorización. Pero lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro.

Igualmente dentro de estos casos es lícita la publicación y difusión ante las cámaras de televisión de la puesta en funcionamiento de nuevos instrumentos de maquinaria agrícola o industrial, de nuevas técnicas de trabajo, de investigación científica, en estos y similares casos, si el fin científico está justificado informativamente y las cámaras de TV pueden libremente difundir tales documentales.³⁵⁴

Por otra parte, el interés histórico significa, según O'Callaghan, que tenga valor para la historia, ya pasada, ya contemporánea. Es decir, que la imagen refleje un hecho importante o relevante para la evolución de la sociedad e interesante para el conocimiento de un personaje histórico, por ejemplo, el General Franco.

Al hablar de interés histórico, pensamos que el texto se remite a la historia pasada y contemporánea de personas fallecidas y que dentro de los límites legales no constituirían intromisión la difusión de expresiones objetivas de su imagen cuando constituyen un interés o finalidad histórica relevante.

La pregunta obligada es qué se entiende por historia contemporánea; Ravanis distingue entre los grandes momentos de la historia, aquellos que marcan la evolución de la sociedad y que presentan un interés nacional o internacional, para lo que es evidente que debe primar el interés colectivo público como corolario al derecho a la información y luego aquellos

³⁵³ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

³⁵⁴ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 126

otros acontecimientos diversos de crónica cotidiana y que son justamente en los que se pueden presentar más dudas.

2.14.3. Razones de información pública

Esta limitación también es conocida como excepción de ilustración de noticias o del interés público informativo y puede ser uno de los medios de alcanzar un mejor equilibrio entre las exigencias de protección de la imagen y las de la libertad de información.

El privilegio de presentar libremente al público noticias y materias de interés público debe tener su más extrema aplicación, en cuanto a la imagen se refiere, cuando está se utiliza para ilustrar un artículo o un libro sobre un tema de interés general más que sobre un acontecimiento específico. Son aquellos casos en los que la imagen no representa la noticia en sí misma –como podría hacer, en cambio, la fotografía de una manifestación, por ejemplo- en cuyo caso, por supuesto, su divulgación es lícita, sino aquellos en los que la imagen es un mero telón de fondo del contenido del artículo, sin constituir, en principio, noticia por sí sola -por ejemplo, una fotografía de un cantante de rock acompañado una información sobre cultura juvenil.

En los EE.UU., por ejemplo, la utilización de la imagen de una persona para ilustrar una noticia de interés público no supone apropiación para uso comercial. La ilustración de noticias en ese país sigue la regla establecida en *Lahiri vs Daily Mirror* y *Dallessandro vs Henry Holt*: la fotografía que ilustra un artículo sobre una materia de interés público no se considera como usada para un propósito comercial o de anuncio, a menos que no tenga relación real con el artículo o éste suponga un anuncio disfrazado. No hay diferencia, además, porque la información aparezca en un periódico, revista, libro, TV o película. Esta pauta junto a la protección que el *Restatement of Torts* –652 E- aconseja para el uso incidental de la imagen, configuran una sólida norma para la jurisprudencia norteamericana. En ese sentido, la Sección 3344 d) del Código Civil de California exonera de la necesidad de pedir el consentimiento de la persona representada cuando su nombre,

voz, firma, fotografía o imagen sean utilizados en conexión con cualquier tipo de información o retransmisión de noticias, asuntos de interés público o deportes o en relación con una campaña política.

La ilustración es lícita, cuando existe una clara relación entre la información de interés público y la fotografía. Cuando es pertinente y apropiada, en palabras de Proser. Así, por ejemplo, la foto de un ilusionista hindú puede ser usada para acompañar un artículo sobre el truco hindú de la cuerda mágica; o la de un joven profesional paseando en la calle, para ilustrar un reportaje acerca de la creciente clase media de color; y no hay problema en presentar una docena de fotografías de diferentes personas que asisten a una carrera vistiendo el mismo tipo de chaqueta para apoyar un artículo titulado “la moda sigue un modelo”. Igualmente la foto de un adolescente en un concierto de rock puede usarse para acompañar un reportaje sobre los *fans* de algún grupo.

Puede ser una persona pública, como un boxeador, cuya foto aparece en un artículo propugnando la abolición del boxeo, o simplemente conocida dentro de su profesión, como un profesor de gimnasia cuya imagen se usa para ilustrar un artículo sobre la relación entre virilidad y desarrollo muscular. También, cuando la persona por su imagen es un símbolo inequívoco del contenido del artículo, la relación es evidente. Así, la utilización en la portada de una revista de la fotografía de una persona vestida con el traje típico irlandés, en un reportaje titulado “el último de los emigrantes irlandeses”, se entendió lícita en *Murria vs New York Magazine*. La imagen había sido captada dos años antes mientras el demandante asistía al desfile del día de San Patricio.

Ahora bien, existen algunos supuestos dudosos, los cuales podrían ser la ilustración de anuncios del propio medio de comunicación, los artículos sobre celebridades y la ilustración de artículos de moda. Ello se debe a que, además del interés público en estas informaciones, coexiste un claro interés privado, el de las firmas cuya moda se presenta –si son identificadas, claro está-, en el primer caso, y el del medio de comunicación como empresas comerciales en el tercero. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana

considera los dos últimos casos como supuestos de ilustración lícita. Ahora veamos caso por caso.

El primero es el de la ilustración de anuncios del propio medio de comunicación o sea de la suscripción del medio. La ilustración de anuncios para la venta y suscripción del periódico necesita normalmente el consentimiento de la persona cuya imagen se usa. De no existir tal requisito se está ante un claro uso comercial de la imagen ajena. Ello no es así, sin embargo, cuando el periódico usa una fotografía que apareció antes en el mismo con noticia. La reimpresión de la fotografía de una actriz o la de una pareja de niños en campañas de anuncios de un periódico no constituyen apropiación comercial, porque la reproducción se usa para ilustrar la calidad y contenido de la revista en la que apareció originalmente. Se entiende, por tanto, que ese uso como muestra es incidental.

Lo mismo ocurre cuando se utiliza la imagen de una persona para anunciar en portada de una revista un reportaje sobre la misma. Se trata también de un uso ilustrativo o incidental, lícito siempre que el reportaje sea lícito también. De igual manera en la RF Alemana se entendía que el consentimiento para ser fotografiado para la portada de una revista incluye, al mismo tiempo, que, mediante esa portada, se haga publicidad para esa edición en otro importante semanario.

Los límites a estos usos son tres. En primer lugar, no cabe la reimpresión si de ello se deduce, o existe la apariencia, de que la persona representada apoya o patrocina – *endorsement*- la venta del periódico o revista. En segundo lugar, nada de lo dicho justifica que una imagen o noticia, por el hecho de ser lícita su publicación por el interés público que encierra, pueda ser luego utilizada sin consentimiento, por ejemplo, para un uso publicitario. Se trataría, entonces, de un anuncio colateral, tomando la terminología norteamericana, no autorizado. Y existe un tercer límite, que es que cuando la reimpresión sea lícita no cabe excederse en la propaganda normal.

El caso que mejor explica esta situación es uno relativo al uso de la imagen de la cantante y actriz Cher. Ésta había concedido una entrevista para ser publicada en la revista

“US”; por diversas razones ello no se llevó a cabo y el reportaje apareció, con consentimiento de la actriz, en “*Forum International*”. Esta revista utilizó para su boletín de suscripción la imagen de Cher, lo cual habría sido lícito según lo que hemos explicado. Sin embargo, *Forum* añadía en su promoción “Cher cuenta a *Forum* cosas que nunca contaría a US” –la competencia-, cuando en realidad contaba lo que tenía intención de decir a US. Esta extralimitación en la publicidad convirtió la actuación de *Forum* en ilegítima.

El segundo supuesto es el de la celebridad como noticia. Como hemos señalado, este caso de ilustración lícita es aquel en que una imagen se utiliza para acompañar un artículo o reportaje sobre esa persona, en la que la noticia es ella misma. Se trata, por ejemplo, de esos reportajes de la llamada prensa del corazón en la que se narran vida y milagros de los famosos. La diferencia de estas informaciones a un artículo de tema político ilustrado con la foto del presidente, por ejemplo, es que evidentemente, hay una finalidad menos informativa –aunque exista- y más de entretenimiento. Además se añade el hecho de que tales reportajes faciliten la venta de las revistas que los contienen.

Como límite, hay que atender a la verdadera naturaleza del reportaje, si éste es un artículo meramente explotativo de la personalidad del demandante o no.

Por último, la ilustración de reportajes –con fotografías distintas de las de un desfile de modas o de modelos profesionales pagadas para ello- sobre moda es otro supuesto controvertido. Los tribunales norteamericanos consideran este tipo de información como de interés público, por lo que su ilustración con imágenes es, en principio, lícita. El problema se plantea cuando, junto a la fotografía, se menciona el nombre del diseñador, y a veces, el precio de la ropa. En esos casos, aunque el contenido del artículo al que esas imágenes apoyan sea de interés público –no comercial, por decirlo así-, como, por ejemplo, una discusión sobre el origen de la moda y sus tendencias, parece que se utiliza la imagen para usos claramente publicitarios. Sin embargo, estos supuestos son considerados también ilustración lícita. Se entiende que el aspecto comercial es incidental con relación al de interés público.

Por ejemplo, en *Pagan vs New York Herald Tribune* el fotógrafo había colocado como telón de fondo de su reportaje sobre trajes de baño –de los que se indicaba el precio y origen- a dos niños que estaban jugando en la playa. A pesar de que parece que se probó que incluso se había cambiado la posición de los niños para hacer más atractiva la imagen, la reclamación de la madre de los mismos no prosperó. Igualmente, cuando en un artículo sobre maquillaje se presentó el “antes” y el “después” de una persona, discutiendo la calidad y resultados de los diferentes productos empleados, se consideró que eso no era lícito dado el interés del reportaje. Según estas sentencias, no importa que esas mismas marcas figuren entre los habituales anunciantes del periódico o revista, o que, incluso se anuncien en otra parte del mismo ejemplar. Ello no es suficiente para mantener que ese artículo ha sido publicado con propósitos publicitarios o comerciales, es necesaria una prueba adicional del beneficio del demandado.

Cuando la ilustración se encuentra en un libro, las reglas son las mismas a las de los periódicos y revistas. Así, es lícito el uso de la fotografía de un obrero portuario en la portada de un libro, pues se le representa charlando con el protagonista del mismo, un religioso conocido por su labor social en los puertos. Igualmente, la imagen de un policía tanteando con su porra a una persona de color para impedir que se duerma en un lugar público, es adecuada en el contexto de un libro de sociología, dentro del capítulo titulado “Seleccionando a los criminales”.

Las guías de viaje suponen un caso extremo, pues conllevan un claro propósito comercial, más, tal vez, que otras publicaciones vendidas por precio; sin embargo, incluso en esta situación se considera lícito el uso no autorizado de fotografías. Por ejemplo, el presidente de una asociación de naturalistas publicó una Guía mundial de playas nudistas, en la que se narra la historia del movimiento nudista, además de proveer información sobre enclaves naturistas. Ilustrando el texto se presentaban casi doscientas fotografías –en un total de doscientas cuarenta páginas-, la mayoría de personas desnudas, y entre ellas la de los demandantes. En primera instancia se consideró que se trataba de apropiación de la imagen, pero en apelación, se aplicó la excepción de ilustración por entenderse que la información contenida en la guía era de interés público. Creemos –junto a Igartua-, sin

embargo, que la elevada proporción de fotografías frente a páginas de información, debía haber inclinado la balanza a favor del demandante.³⁵⁵

Ahora, veamos lo correspondiente a la Televisión. El principio de la licitud de la ilustración también existe en relación con el medio televisivo. No supone violación al DIMA el mostrar como fondo de una información imágenes tomadas en lugar público, siempre claro está que sean pertinentes. La filmación de una pareja paseando tomados de la mano en una de las principales avenidas de Nueva York, puede ser presentada como telón de fondo de una reportaje titulado "Parejas enamoradas en N.Y."

Se debe señalar, en primer lugar el hecho de que una emisión esté patrocinada comercialmente, no la convierte en un programa con propósito de anuncio mientras no haya conexión entre el contenido de aquél y el anuncio. En segundo lugar, el que la cadena de televisión haya concedido una licencia de distribución del documental no supone explotación comercial mientras se limite a organizaciones cívicas, médicas o educativas y no se cobre entrada por su exhibición.

Tampoco es uso comercial, para los tribunales americanos, emplear la expresión objetiva de una imagen en la presentación de un programa de interés público o, incluso, en los anuncios previos a su emisión. Por ejemplo, ABC utilizó la foto de una mujer policía, tomada mientras estaba trabajando, junto con otras treinta y cuatro expresiones objetivas de imágenes de mujeres en actividades normales, para ilustrar la introducción de un informe sobre el síndrome premenstrual. Este es el supuesto clásico de ilustración. Pero además, se consideró pertinente el que esa misma fotografía sirviera –junto con otras ocho seleccionadas de la presentación- para anunciar esa emisión. El Tribunal decidió que tal uso era anuncio incidental, lícito en cuanto suponía una muestra de la programación de esa cadena.

³⁵⁵ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit. 138-152

Respecto a los límites a la excepción de ilustración, la jurisprudencia americana dice que son dos: la falta de relación con la materia del artículo, y el anuncio disfrazado – *advertisement in disguise*–.

En cuanto a la falta de relación con la materia del artículo, tenemos dos supuestos: la tergiversación y la difamación. La tergiversación o falsa apariencia –como vimos anteriormente- aparece cuando se falsea la imagen de una persona ante el público –*false light in the public eye*-. Son los supuestos que a pesar de interés público de la información que se presenta, la expresión objetiva que le acompaña no tiene conexión con aquella. Igualmente el supuesto de confusión –presentar la imagen de una persona en lugar de otra- puede acarrear la falta de relación entre imagen y texto.

La doctrina norteamericana dice que en el caso de ilustración de artículos de moda –uno de los ejemplos extremos de ilustración válida-, se ve restringida. En un caso relacionado con Cary Grant, la revista “Esquire” volvió a publicar en 1971 una fotografía del actor que había sido parte de un reportaje lícito en 1946, pero utilizando sólo su cara. El traje había sido sustituido por otras vestimentas más modernas. El artículo pretendía dar cuenta de la evolución de la moda, pero se indicaba la marca y el precio de la ropa presentada. El Tribunal entendió que ese caso se diferenciaba de los de ilustración lícita por el hecho de que una figura pública tiene un interés pecuniario respecto a su imagen.

La ilustración tampoco está protegida cuando supone difamación, es decir, que se afecte la estima que tiene la sociedad de un sujeto o la estima hacia uno mismo. Así concurre cuando la foto de un taxista ilustra un artículo que describe las prácticas deshonestas de algunos de sus colegas.

Por otro lado tenemos el anuncio disfrazado –*advertisement in disguise*– como restricción a la ilustración. Los tribunales de N. York han desarrollado este criterio para intentar separar los usos de la personalidad protegidos de los que no lo están. Como señala McCarthy un uso no autorizado de la identidad en una presentación que externamente es una noticia podría ser atacable, si es un anuncio disfrazado. Supuestos como el de Pagan o

Stephano, es decir, utilizations de fotografias para ilustrar reportajes de moda, indicándose el precio de las ropas, sus marcas y tiendas donde pueden adquirirse, no se han considerado *advertisement in disguise*. Aunque en nuestra opinión sí lo serían siempre y cuando indiquen sobre todo el precio.

El profesor McCarthy, en su tratado sobre *Right of publicity* sólo registra dos casos en los que se ha encontrado responsabilidad por ese concepto, el caso *Spellman*, y el de *Griffin vs Medical Society* en este último, se presentaban en una revista médica fotografias del antes y después de un paciente sometido a cirugía plástica.

Los criterios que se deben tener en cuenta respecto a la excepción de ilustración son:

1. La regla primordial debe ser observar la naturaleza del artículo o reportaje que se ilustra. Éste debe calificarse de interés público informativo.
 - a) No ocurre así cuando se está ante un uso meramente publicitario –anuncio-.
 - b) Tampoco cuando se está ante un uso meramente explotativo. El artículo ficticio – aunque no sea difamatorio- es el ejemplo clásico de esta situación. Siendo éste una comercialización ilícita, también lo será en uso de la expresión objetiva que la apoya.
 - c) La máxima protección debe otorgarse cuando se está ante un contexto editorial. La menor cuando se esté ante algo cada vez más cercano a un producto comercial, sin valor informativo o difusor de ideas.
 - d) Evidentemente, cuando la imagen sea la noticia misma, existirá interés informativo.
 - e) La diferente naturaleza del libro, como el que su finalidad sea educativa, debe ser tenida en cuenta también como uno de los factores para apreciar si hay intención de explotar comercialmente o no la imagen de la persona en cuestión.
 - f) La ilustración puede ser directa, es decir, acompañando realmente al artículo o reportaje; o indirecta, es decir, anunciándolo –en otra revista u otro medio de comunicación-. Es legítimo, por ejemplo, el anuncio de un programa informativo en televisión utilizando un corto segmento de imágenes ilustrativas del mismo.
 - g) Aunque el artículo o reportaje sea de interés público, la imagen debe guardar conexión con él.

h) Es más fácil apreciar la excepción de ilustración cuando estamos ante la imagen de un personaje público que cuando se trata de la de una persona privada. Ello no quiere decir, sin embargo, que el uso de la imagen de aquél sea lícito sólo cuando esté en un lugar público – art. 8.2 LO 1/82 de España-, ni que no quepa la utilización –o reutilización- de la imagen de una persona privada para fines de ilustración –el caso más claro es la imagen de una persona privada en lugar público, que puede ilustrar lo que acontece en ese momento-.

i) Un uso ilimitado en el tiempo puede convertir a la ilustración lícita en una mera apropiación. Así, por ejemplo, un programa deportivo de la RAI –en Italia-utilizó como parte de su cabecera de presentación la imagen de un hincha de fútbol, tomada en el estadio, mientras en un momento de nervios, se introducía el dedo meñique en la boca. Seguramente estaríamos ante un uso ilustrativo lícito, pero el programa usó esa fotografía durante seis años. La Corte de Casación italiana entendió, atendiendo la reclamación de la persona fotografiada que para que sea lícita la difusión de la expresión objetiva de imagen de los demás, tomada en el curso de un acontecimiento público, es necesario que la exigencia social de información exista, no sólo en el momento de la captación de la imagen, sino en el momento de la divulgación, y cuantas veces se reproduzca la expresión objetiva de la imagen.

j) Son necesarias dos reservas: las fotos de desnudo, y las que anteriormente han presentado noticia en sí mismas, las cuales presentan especiales problemas a efectos de ilustración. Respecto a las primeras, aunque no sean privadas –que hayan sido divulgadas con consentimiento con anterioridad-, debe restringirse su uso ilustrativo, pues, normalmente, otras expresiones objetivas de la imagen de la persona podrán ser, adecuadamente, utilizadas. Por otra parte, la reutilización sin consentimiento de una fotografía que fue noticia para ilustrar su reportaje sobre el mismo tema –aunque con diferentes protagonistas- puede ser el mejor ejemplo de ilustración lícita.³⁵⁶

Ahora veremos otra de las limitaciones objetivas al DIMA, la cual es la de la necesidad de justicia y seguridad pública.

³⁵⁶ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 134-152

2.14.4. Hechos de interés público o desarrollados en público y la accesividad de la imagen

Como afirma De Cupis, el sentido de la individualidad debe ceder frente a las opuestas exigencias de interés general, cuando la reproducción venga unida a hechos, acontecimientos y ceremonias de interés público o desarrollados en público. A quien participa en uno de ellos puede también imputarse el tácito consentimiento a que su utilice su imagen.³⁵⁷

Como dijo Keyssner la excepción al ejercicio del DIMA ha de basarse precisamente en el interés público del hecho o ceremonia de que se trate y que en consecuencia, será lícita la publicación o difusión de las fotografías del hecho en cuestión y de las personas que en él participaron, sin necesidad de su particular consentimiento. De otro modo resultaría altamente embarazosa la función de información pública en periódicos, revistas, documentales cinematográficos, informativos de televisión, sobre actos académicos, desfiles, competiciones deportivas, entierros y funerales, tumultos populares, catástrofes, etc., constituyen escenas socialmente relevantes como objetos de fotografías o imágenes filmadas destinados a la información pública y en las que puedan aparecer, sin necesidad de previo e individual consentimiento a la publicación de la imagen de las personas que en tales acontecimientos participaron, aunque sean reconocibles en los retratos publicados, en suma el acudir a participar, siquiera sea como espectador de tales eventos puede presuponer a cada persona que precisamente por el interés público de tal acto es probable no falten a él los reporteros gráficos.

Se trata de aquellos eventos sobre los que inciden justificadas exigencias de información pública o de interés periodístico. Entre ellos están: actos académicos, desfiles militares, procesiones religiosas o peregrinaciones, acontecimientos deportivos, corridas de toros y espectáculos públicos, manifestaciones callejeras, tumultos, catástrofes y accidentes incendios, fiestas benéficas de interés informativo relevante, al que además asistan personalidades célebres; acontecimientos folklóricos en fiestas regionales o locales;

³⁵⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 64

asimismo como todo acto celebrado en público que suponga un interés informativo sobre dichas fiestas. Los fallos de concursos literarios o artísticos, así como los premios de periodismo de televisión. Los hechos curiosos que tienen una mayor extensión en la prensa; etc.

Las realizaciones sociales y económicas -en el sentido más objetivo posible- logradas por organismos públicos o privados, que intrínsecamente impliquen y justifiquen la exigencia pública de información. En estos casos y similares -en que exista un interés informativo general- es lícita la difusión de la imagen por las cámaras de televisión, aunque sean perfectamente reconocibles las personas efigiadas -siempre que unas o pocas de ellas no aparezcan en primer plano- participantes.

Normalmente coinciden los eventos desarrollados en público con el interés informativo del acto mismo. Es decir, muchos acontecimientos reúnen el doble carácter de desarrollarse en público y merecer el calificativo de interés público.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta dos cosas: primero, existen actos desarrollados en público en los que la publicación y difusión del retrato de una persona carece de justificación. Segundo: hay noticias que surgen no como consecuencia de actos celebrados en público; pero que, sin embargo, por su carácter pintoresco o curioso están plenamente justificados a los efectos de publicación y divulgación.

Un supuesto de los del primer grupo lo constituiría una fotografía de un partido de fútbol en la que apareciera destacada una persona no famosa de entre un grupo de espectadores, adquiriendo caracteres de protagonista. En este supuesto resultaría injustificada la publicación de dicha fotografía. Y el retratado podría alegar vulneración de su DIMA.

El segundo grupo puede ser el que podría denominarse de hechos curiosos. Tales serían, entre muchos, el de una persona que ha sobrepasado del centenario de edad; el de una marcha reivindicativa hasta la capital o a otro lugar; el de un individuo que ha recorrido a

pie o en bicicleta uno o varios países; el de una persona a la que se creía muerta y resulta estar viva; el de otra que arroje a la vía pública -incluso a atracadores de bancos-, billetes, etc.³⁵⁸

Cuando se trata del protagonista, por ejemplo de un orador o conferenciante en un acto público, por el mismo interés público denotado en la publicidad de tal acto, no podrá oponerse a la publicación de su retrato en relación con el acto celebrado, pero bien entendido que sólo a esta finalidad y sin que esto constituya pretexto para ulteriores violaciones del DIMA. Y tampoco ello autoriza a publicar las fotografías de tal persona tomadas en momento distinto de aquel en que fueron protagonistas, por así decirlo de un acto público.

Asimismo si en un acto de aquellas circunstancias parece destacada una persona de entre un grupo de ellas con carácter de protagonista y sin haber otorgado su consentimiento existe vulneración del DIMA.

En cuanto a aquellos hechos desarrollados en público, aunque de interés privado por ejemplo en un lugar público accesible a cualquiera, aunque sea sólo bajo determinadas condiciones, estimamos más difícilmente justificable la licitud general de la utilización de la imagen de una persona a un grupo pequeño de ellas que se dedican a la actividad difundida. Únicamente creemos lícita tal utilización si se trata de imágenes de personas que no constituyen el objeto central de la fotografía, sino siendo ésta de conjunto, los retratos de imágenes individuales en ella incluidos no pasan de ser elementos accidentales respecto al conjunto de la calle o plaza, por ejemplo, que constituya el objeto de la fotografía e imágenes filmadas.³⁵⁹ A esto se le conoce en la doctrina como “accesoriedad de la imagen”.

La accesoriedad de la imagen, es reconocida en varios países, por ejemplo, el art. 23, párr. 1, núm. 3 KUG en Alemania. La misma excepción se reconoce en Francia. Con la contra-excepción en ambos países de que las ceremonias fúnebres se consideran

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 95 y sig.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 65

acontecimientos privados. El Código civil de California reconoce también que las caras en la multitud no pueden reclamar por vulneración de un DIMA –sección 3344-. En España de acuerdo al art. 8.2 de la LO 1/82 no se considera intromisión ilegítima al DIMA “...la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”.

La accesoriedad de la imagen defiende la licitud de las expresiones objetivas de imágenes tomadas en reuniones, desfiles y actos similares, en los que participen las personas retratadas. Estas excepciones son necesarias para poder facilitar las tomas de fotografías de paisajes o monumentos que, si no, sería imposible y para asegurar la información pública sobre unos acontecimientos públicos por definición como las manifestaciones o desfiles. Ahora, bien, no cabe el uso de esas mismas imágenes en un marco publicitario o comercial, aunque esté muy clara la accesoriedad.

Respecto a los detalles sobre cuándo debe estimarse que el suceso o acaecimiento es público, es claro que lo es una manifestación religiosa multitudinaria, la pregunta es si también una pequeña celebración religiosa; también lo es un mitin político, ¿pero también una reunión de políticos?. O que la imagen es o no accesorio por ejemplo, la de un espectador en la multitud de un encuentro de fútbol, pero ¿también la guapa espectadora que sacan en primer plano?. Y ¿qué pasa si a un espectador se le marca con un círculo o se le amplía la foto?.³⁶⁰

Se dice que la excepción de uso accesorio de la imagen tiene como límite la singularización de alguna de las imágenes. Es lo que ocurre cuando se rodea con un círculo la imagen de una persona en un grupo o se amplía determinada parte de una fotografía, convirtiendo lo secundario en principal, Las mismas conclusiones deberían predicarse al supuesto de acercamiento de una imagen a una retransmisión televisiva mediante el llamado efecto *zoom*, como ocurrió en la antigua República Federal Alemana, donde se había decidido que en una retransmisión televisiva no era lícito el extraer de la masa de

³⁶⁰ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., p. 153

espectadores de un partido de fútbol las imágenes de algunos de ellos en el momento de conseguirse un gol —³⁶¹.

Las respuestas a las preguntas que se formularon con anterioridad se podrían encontrar en que la accesoriadad de la imagen se refiere a aquellas personas que no juegan en una expresión objetiva un papel preponderante, quedando limitada también la facultad de resaltarlas mediante círculos, aumentos o cualquier medio que las hiciera pasar a una posición destacada. La accesoriadad —imágenes de grupos- parece, en principio, ser menos dificultosa, y únicamente podría chocar con los flagrantes casos en los que el lugar o el acontecimiento fueran accesorios, convirtiéndose la captación de los rasgos físicos personales en lo esencial de la toma.³⁶²

Una consideración especial es la muerte y la agonía de una persona, lo cual no es un espectáculo público sino que pertenece a la intimidad del retratado y sus familiares. Lo usual en el caso de enfermedad y agonía de personas no famosas o de ellas con profesión —o cargo público- de gran proyección notoria entre el público pertenece a la vida reservada de unos y otros siendo sus familiares y personal sanitario los únicos a quien compete el acceso a la habitación de la enfermería. Así esta vida privada debe estar inmune incluso a las cámaras de televisión.³⁶³ Por lo tanto la captación de imágenes en estas condiciones es violatoria al DIMA.

2.14.5. Razones de justicia y seguridad pública —razones de autoridad-.

Otro de los límites al DIMA es el de necesidades de justicia y policía, al cual aluden además de la ley italiana de derechos de autor otras como la ley española 1/82, la ley alemana de derechos de autor de 1907 en cuyo parágrafo 24 establece que los retratos pueden ser reproducidos, divulgados y expuestos públicamente por las autoridades públicas

³⁶¹ UFITA, 20, 1955, 295, IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 168-9

³⁶² HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 206

³⁶³ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 260

a fines de justicia y seguridad pública, sin el consentimiento del retratado, ni de sus familiares o derechohabientes.

Según tales normas sólo en dos supuestos cabe la aplicación del límite expuesto; primero los supuestos de personas desaparecidas, generalmente menores y ancianos, ausentes, las personas fallecidas por accidentes catastróficos a efecto de identificación y, en general, en ignorado paradero, respecto al cual no sólo familiares y vecinos sino a las fuerzas de seguridad interesa localizar a tales personas con la esperanza de su localización sanos y salvos, aunque por desgracia no suele ocurrir así. El segundo caso es el de la publicación en la prensa y divulgación en la TV de retratos, imágenes de foto-robo de presuntos delincuentes o de reos peligrosos para ser procesados y para ser reinternados en la cárcel, respectivamente, para cumplir en este último caso al resto de la condena, con fines de obtener la colaboración ciudadana.

Pero debe tenerse en cuenta que todo ello no hace perder al reo su DIMA, de forma que fuera de las actuaciones imprescindibles directamente relacionadas con el delito cometido puede oponerse a la publicación *ad libitum* y extrajudicial de sus fotografías. Esto ocurre en determinados periódicos o revistas dedicadas a la crónica negra.³⁶⁴

Carnelutti que el hecho de que hoy la costumbre se incline a ver en el delincuente una *res vilis* cuya vida puede ser publicada sin límites y reservas, no significa que tal inclinación corresponda al punto de vista del derecho; se trata más de degeneraciones que de desarrollo psicológico de la costumbre.³⁶⁵

Borda dice que se autorizaría la publicación de la fotografía del autor de un delito de acción pública, tanto más cuanto que ella pueda facilitar la identificación del delincuente y es un medio de defensa social. En cambio es ilícita la publicación del retrato del autor de un delito de acción privada, y mucho más la fotografía de la víctima.³⁶⁶

³⁶⁴ Ibidem p. 61

³⁶⁵ Ibidem p. 62

³⁶⁶ BORDA, Guillermo, op. cit. p. 300 -con él están de acuerdo Cienfuentes y Llamblas-

Como afirma Pascual Quintana las necesidades de justicia son poderosas razones de interés público como ocurre cuando se verifica en interés de la seguridad pública con fin antropométrico y para la identificación de delincuentes, prostitutas, etcétera. Pero alcanzan también ámbitos ajenos a las pesquisas oficiales así como también en los casos de petición de fotografías por parte del Estado para carnets de identidad, expedientes personales y pasaportes o bien por la personalidad política, científica o militar, estas personas se convierten en objeto de interés general y su publicación puede hacerse siempre que no perjudique intereses legítimos.

Por el hecho de que esta excepción no sólo atiende a fines de justicia y seguridad pública, sino al uso que se da de las expresiones objetivas de la imagen de las personas como el uso de una foto en la credencial para votar, la licencia de manejo, etc. hemos decidido llamar a este límite: “excepción por razones de autoridad”; entendiendo que aquel uso será en virtud de las disposiciones que dicten las autoridades en ejercicio de sus funciones; así puede ser por un mandamiento de autoridad administrativa, legislativa y judicial.

Así, por ejemplo, en España, la LO 4/1997 de 4 de agosto que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos determina quien es la autoridad competente para acordar la instalación de videocámaras fijas y videocámaras móviles -arts. 3.2 y 5.2-.³⁶⁷

Es interesante ver el caso de las fotos de actuaciones procesales de acuerdo a las legislaciones civiles de algunos países las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevén las leyes del procedimiento. Consecuencia de ello es que las imágenes que se capten, publiquen o transmitan en un proceso no entran en el DIMA de los interesados los cuales no podrán ejercerlo sobre dichas expresiones.

Por otra parte, Mascareñas dice que es lícita la divulgación de expresiones objetivas de imágenes como medio de prueba en un pleito civil; lo cual consideramos acertado. Cabe

³⁶⁷ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 93

entonces la reproducción de los retratos de una persona en aras de lo que De Cupis denomina “interés al conocimiento judicial de la verdad”.³⁶⁸

2.14.6. Personas que deben permanecer en el anonimato

El último párrafo del art. 8.2 de la LO 1/82 permite la captación de la imagen, así como las correspondientes reproducciones 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. Sin embargo, al final de ese artículo dispone que esas excepciones no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

A tales personas, pues, no se les aplica el límite y conservan su DIMA, pese a su cargo público e incluso en actos o lugares públicos, en beneficio del interés general o de su propia seguridad.

Parece claro que la limitación de la utilización de la imagen afecta a aquellas personas que por su delicada y secreta profesión al servicio de la sociedad y el estado interesa que permanezcan indudablemente en el anonimato.³⁶⁹

En relación con este límite, O’Callaghan dice que hay un caso frecuente y a veces discutido, que es el relativo a las imágenes de las personas que aparecen en un proceso público y en especial los profesionales que intervienen que ejercen cargo público –Jueces, Fiscales, Secretario, Abogados, Procuradores- en acto y lugar público –sala de audiencias-; partes o testigos forman parte, en aquel momento, del acto público y su actuación es pública. De ello se desprende que el DIMA de todos ellos queda dentro de este límite; no les alcanza el DIMA, por razón de su cargo, en este acto. A salvo, desde luego, la

³⁶⁸ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 354

³⁶⁹ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 246

excepción del último párrafo –necesidad del anonimato- aplicable a ciertos procesos –por ejemplo, de terrorismo-.³⁷⁰

2.14.7. Uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona

Esta limitación se refiere a que es lícita la utilización de una expresión objetiva de la imagen de una persona cuando se utiliza sólo en una mínima proporción respecto de la duración de un programa televisivo, por ejemplo.

En EE.UU. la licitud del uso incidental de la imagen por la consideración es avalada por el *Restatement of Torts*, de este modo, un paciente de una institución de salud mental, cuya imagen aparece en pantalla durante cuatro segundos en una emisión de sesenta minutos, como parte de un documental, no-ficticio, no puede reclamar frente a esta a esta utilización, según *Delan vs CBS* -el uso incidental se calcula considerando la duración de la aparición y su importancia-.

Ahora bien, cabe decir que todas las limitaciones que hemos visto no son absolutas, en el siguiente punto veremos cuáles son los casos de excepción.

2.15. Excepciones a las limitaciones del Derecho a la Propia Imagen

Como hemos dicho, las limitaciones del DIMA encuentran una excepción para su aplicación, y dicha excepción consiste en que con la utilización de la imagen se lesione otro derecho del efigiado, en especial podríamos hablar de lesiones a su honor y a su vida privada e intimidad. Es decir, si se viola alguno de estos derechos con la utilización de la imagen no se podrán aplicar las limitaciones del DIMA y por lo tanto, habrá lesión también a este derecho.

³⁷⁰ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., p. 152

Remitimos a las páginas anteriores de este trabajo para el estudio del honor, de la vida privada e intimidad; sin embargo, aquí se hace necesario hacer unas aclaraciones en el caso específico del honor.

Recuérdese que el honor es la estima que tiene el sujeto de sí mismo o aquella que tiene la sociedad sobre ese sujeto. Se violaría el honor, por ejemplo, publicando en una revista la fotografía de un político acompañado de una dama y en el pie de foto se dice que son amantes; a pesar de que dicho político sea la persona con la mayor probidad del mundo.

Dentro de la institución del honor existe una situación que hace una conducta deje de ser lesiva al honor de una persona, en la doctrina se conoce como la *exceptio veritatis* – excepción de verdad-. Esto quiere decir que si se logra probar que lo que en un momento dado lesiona el honor de una persona es verdad, dejará de lesionarlo. De este modo, si deja de lesionarse el honor, entonces podrá aplicarse la limitación del DIMA –en caso que pueda aplicarse alguna- y con ello tampoco habría lesión al DIMA.

Hemos visto de manera general los casos más comunes de violación al DIMA, así como sus límites y limitaciones, así como las excepciones a estas; ahora se hace necesario hablar de algunos casos muy particulares que en un momento dado podrían considerarse como lesivos al derecho en estudio.

2.16. Casos especiales respecto del Derecho a la Propia Imagen

Dentro de los casos mencionados se encuentran la caricatura, los dobles, los imitadores, las radiografías, y hasta cierto punto -como veremos- la biografía, la ficción, la ficcionalización y la docudramatización.

2.16.1. Caricatura

El término en cuestión viene del italiano *caricatura*, que significa carga-. Se define como figura ridícula o dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona. Asimismo, dice que puede ser una obra de arte que ridiculiza a una persona o toma en broma el modelo que tiene por objeto.³⁷¹

Su ascendencia etimológica -de carga- hace pensar en figuración cargada, exagerada de los rasgos fisonómicos o somáticos de una persona; en motivación peyorativa de carga, de ridículo; pero no excluye el sentido más benévolo de escenas vistas por su lado cómico, de alusiones burlescas a determinados acontecimientos o de simplemente facilitar la identificación de la persona caricaturizada mediante la exageración de aquellos de sus rasgos que más decididamente diferencian su figura de las demás.³⁷²

Dentro del argot del medio, suele también llamársele caricatura -política o de humor blanco- a aquellos cartones que ridiculizan o bromean sobre algún tópico, aun y cuando no se capten y deformen los rasgos fisonómicos de un individuo determinado. Rius explica que estos dos tipos de caricaturas son diferentes, establece una diferencia entre lo que es el dibujo humorístico y la caricatura: mientras el dibujo da risa por la exageración de las formas, la caricatura tiende más bien a burlarse de algo o alguien, el dibujo se queda en la risa provocada y la caricatura va más allá: intenta hacer pensar al espectador.

La caricatura constituye una forma de exteriorizar el pensamiento del ser humano y se encuadra dentro de la libertad de imprenta o de prensa, ya que necesariamente, para la elaboración del cartón, se requerirá plasmar la visión que tenga el caricaturista sobre una superficie, sobre un material *ad hoc* a los propósitos deseados. La caricatura es según Lorenzo Meyer, el dibujo distorsionado, exagerado, de una persona, tipo o situación, hecho con intención de burla o sátira. En este último caso el objeto del autor es censurar la insensatez o la deshonestidad de un personaje o una situación. Justamente el exagerar para

³⁷¹ Diccionario de la Real Academia Española, op. cit., p. p. 293

³⁷² MASCARENAS, Carlos E. y Prats Buena Ventura Pellisé, op. cit., p. 305

resaltar los múltiples aspectos grotescos, corruptos o francamente perversos de nuestra vida, es la técnica básica de las caricaturas de crítica política.

En términos similares lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia en la tesis siguiente:

“Quinta Época.”

“Instancia: “Primera Sala”

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación”

“Tomo: XXV”

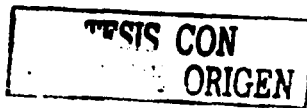
“Página: 1870”

“CARICATURAS. La caricatura es una de tantas formas de la expresión del pensamiento humano; y por lo mismo, no debe tener mas limitaciones que la moral, la paz pública, el derecho de tercero y el deber de no provocar la comisión de delitos, sin que pueda decirse que obrar en contra de las disposiciones de la ley; no es moral, pues tal argumento hace descansar la moralidad del acto en un razonamiento *a priori*, siendo que el juez penal debe mostrar previamente, que el acto mismo de publicar la caricatura, constituye un ataque a la moral.”

“TOMO XXV, pág. 1870. Rodríguez de la Vega, Daniel, 9 de abril de 1929”.³⁷³

La caricatura personal -que suele implicar una desproporción entre el verdadero semblante, la verdadera figura del modelo, y su representación mediante la exageración de líneas y, sobre todo, de rasgos fisonómicos-, muchas veces más que a lograr el ridículo, puede tender a obsequiar al caricaturizado, o bien a provocar la risa por razón del contraste entre realidad y representación, entre imagen y caricatura de la persona representada. En este último caso se asemeja a la parodia como manifestaciones de humorismo. Si, por el contrario, se propone verdaderamente ridiculizar a la persona representada, sacando partido en perjuicio de ésta de cualquier anomalía corpórea que presente, entonces se emparenta

³⁷³ ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio, Tesis “La caricatura como presunta causa de violación del Derecho a la Propia Imagen”, Facultad de Derecho, UNAM, 1997, pp. 188-199



claramente con otro tipo de producción intelectual, la sátira, menos jocunda, pero más irónica e hiriente manifestación del sentido del humor.³⁷⁴

La caricatura es la parodia o la sátira de la imagen de una persona. Mientras la persona sea reconocible bajo los trazos bufonescos del dibujante caricaturista –o del fotógrafo que opera con lentes deformantes en el objetivo de la cámara-, puede haber lugar a que el efigiado invoque el apoyo de la justicia. Aunque es necesario reconocer que la caricatura política es bastante difundida y tolerada en la actualidad.

Royo Jara afirma que la caricatura es la expresión más evidente de la sátira en el grafismo. Estos apuntes desganados, mordaces, benévolo y a pesar de ello por lo común afables añadimos que exageran los trazos de la fisonomía de las personas pueden incluir desde el halago más sublime hasta la denigración más cruel. Dependiendo el mayor o menor grado de crítica según o de acuerdo con el uso social, esta expresión ha de entenderse en el sentido de que ha de publicarse la caricatura de acuerdo con lo que es habitual y está justificado según la temática, el contexto social informativo y las exigencias que el derecho de información demanda en una sociedad y en un país determinado. Es decir, siempre que concurren tales requisitos pueden publicarse en la prensa y en la televisión caricaturas de personas célebres con fines humorísticos, críticos o incluso sátiro-políticos, pero nunca injuriosos, permitiéndose que cuando no constituyan estos últimos fines pueden publicarse sin constituir intromisión al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, aunque sean muy críticos en el aspecto político acerca del personaje que dibujan. En el caso de que la caricatura satírica traspase el mero fin humorístico o satírico se produciría una vulneración no sólo del derecho a la imagen sino también de los derechos del honor o la intimidad en su caso. Debería distinguirse –insiste Royo Jara- entre la caricatura crítica, paradójica, parcial, irrespetuosa incluso, aquella que tenga por objeto el humor benévolo o la risa fugaz, de esa otra con la que se pretende ultrajar directamente a la persona así ultrajada.³⁷⁵

³⁷⁴ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., p. 305

³⁷⁵ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 206

En España, por ejemplo, la LO 1/82 dice en su art. 8.1 que no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Y el punto 2 dice que en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá su 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. Y tampoco la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

La referencia al uso social implica la aceptación social del uso de la caricatura para ilustrar un comentario o hacer una parodia o broma y permite delimitar la forma, condiciones y circunstancias en las que es lícito el uso de la misma. En cualquier caso, la caricatura que represente a la persona en un momento de su vida privada o en la que exista una deliberada intención de perjudicar al caricaturizado deberá considerarse ilícita. En otras palabras, la excepción carecerá de virtualidad cuando la imagen, en este caso, expresada objetivamente en forma de caricatura sea simplemente el vehículo para lesionar cualesquiera otros de los dos derechos reconocidos por el art. 18 de la Constitución Española, generalmente el honor.³⁷⁶

En la caricatura, la persona deberá ser reconocible ya por sus rasgos o por objetos que la evoquen, de lo contrario faltaría uno de los elementos para poder ejercer el DIMA, por otra parte, la dificultad de que la excepción de la caricatura no será aplicada respecto de autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza. Además, de acuerdo al art. 7.6 de dicha ley, es ilícita la utilización de la caricatura de personas con proyección pública con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

En nuestra opinión, reconocemos que la caricatura puede plasmar los rasgos físicos de una persona u objetos o determinadas ideas que evoquen la imagen de dicha persona. Además, el uso de la caricatura sólo se debe aceptar en el caso de personas noticia, con la

³⁷⁶ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 117-8

excepción de los casos en que con aquella se produzca un daño a otro derecho del efigiado, como puede ser el honor o la vida privada. Asimismo, el uso de la caricatura será lícito siempre y cuando no se utilice con fines económicos o publicitarios. Un último comentario, sería respecto de los casos en que las personas por la naturaleza de sus actividades tengan que estar en el anonimato, se permitirá una caricatura de ellas, siempre y cuando no aparezcan plasmados sus rasgos físicos, es decir, por ejemplo, si es respecto de un testigo de algún caso muy importante, donde no se pueda conocer la identidad del testigo por razones de seguridad, entonces la caricatura podría sólo plasmar a una persona con una capucha y poniendo objetos o ideas que evoquen que es dicho testigo.

2.16.2. Imitadores y dobles

Primero veremos el caso de la imitación; existen varios problemas a resolver, por ejemplo, en el caso de la imitación y apropiación del estilo de actuación ¿supone imagen de la persona imitada la representación que de él hace un actor?. Tradicionalmente la protección de la parodia, como parte fundamental de la libertad de expresión, ha cubierto la actividad de imitadores y satiristas. La parodia debe ser libre, a menos que se cumplan los requisitos para que exista difamación. En cambio, no se entendía que la actividad de esos profesionales, supusiera una posible vulneración del DIMA de la persona representada. En la percepción de esa actividad por parte del público no se ve en cuestión la imagen del imitado, sino el desarrollo de un trabajo por parte de un actor.

Sin embargo, con la utilización de la imagen con fines pecuniarios o emergencia del derecho patrimonial sobre la imagen –derecho con cuya existencia estamos en desacuerdo como lo vimos- y su tendencia expansiva a cubrir todas las emanaciones de la misma trae consigo un grave peligro para la libertad de expresión. Un caso norteamericano lo pone de manifiesto. Un conocido imitador presentaba un espectáculo en el que se copiaban, parece ser que con gran exactitud, la apariencia, vestuario y forma de actuar de Elvis Presley³⁷⁷, además de interpretarse sus canciones más populares, bajo el título de “*The Big Show*”. Los

³⁷⁷ *Estate of Elvis Presley vs Russen*, 513 F. Supp., 1359

herederos del cantante aunque no consiguieron la prohibición del espectáculo como pretendían, sí lograron el que cesara la utilización de algunos símbolos asociados con el artista durante su vida y la publicidad en la que se utilizaba la imagen del imitador. También se prohibió todo tipo de propaganda que pudiera hacer creer al público que la actuación estaba autorizada, patrocinada o conectada con los demandantes. Y, además, aunque en *obiter dictum*, se señaló que la actividad en cuestión no merece la protección de la Primera Enmienda –la libertad de expresión-. Más lejos aún fueron los tribunales de Nueva York en el caso Marx, donde se prohibieron las representaciones de la obra teatral “El oso” de Chéjov, al estilo y con la apariencia de los hermanos Marx..

En la antigua República Federal de Alemania, se señalaba que el DIMA abarca, no sólo la foto de una persona, sino también la representación de una persona por un actor en el escenario, en película o televisión³⁷⁸.

La argumentación común en estos casos es que, a pesar de que existe una clara intención de entretener y de informar al público, estos espectáculos están especialmente diseñados para explotar la imagen de los sujetos representados sin contribuir, sin embargo, con algo de sustancial valor a la sociedad. Según Igartua estas decisiones suponen el punto más alto de protección que ha alcanzado el *Right of publicity* norteamericano. Tal vez sea un nivel excesivo, pues no se han tomado en cuenta las necesidades de la libertad de creación artística y de la libertad de expresión. Un criterio resbaladizo, pues el arte puede entenderse en este caso como la capacidad de imitar más fidedignamente al original. Sin duda, es un supuesto para el que no pueden darse reglas generales. Sin embargo, apoyamos a Igartua respecto de los criterios que deberían ser tenidos en cuenta³⁷⁹:

1. En primer lugar, hay que observar el tipo de actividad en la que actúa el imitador o la persona que utiliza el estilo de actuación del demandante.

³⁷⁸ OLG Hamburg, NJW, 1975, 649/650

³⁷⁹ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit.

a) Si se trata de un anuncio publicitario, la intromisión en el DIMA del imitado es clara. El transmitir un mensaje comercial no es causa de justificación suficiente para el atentado que sufre la persona representada.

b) Si se trata de parodia o crítica del personaje, la actividad en cuestión debería ser lícita – con la salvedad de la posible responsabilidad por difamación–.

c) Si se trata de copiar la imagen o el estilo de una persona para realizar una actividad igual –o parecida- a la que aquélla desarrolla en su actividad profesional, tal intento debe ser contemplado a la luz de los criterios que siguen:

- o Habrá que apreciar en la conducta del imitador dos aspectos cuantitativos: en primer lugar, cuánto del aspecto y estilo del imitado es utilizado; en segundo lugar, cuán importante –por duración u otra característica- es esa utilización en la actuación global que se cuestiona.

- o Otra cuestión es la de la identificabilidad del sujeto representado. Si por los criterios que hemos anunciado con anterioridad se reconoce al sujeto, podremos considerar la existencia de una infracción de su DIMA. De todas formas, para el caso de los imitadores o actores que adoptan el estilo de otra persona, es más fácil apreciar que existe esa vulneración cuanto mayor sea el parecido que se adopte. La libertad de creación justifica, en cambio, menores apropiaciones de símbolos, gestos o vestimentas de personajes conocidos, para mejor desarrollar una creación o como mero homenaje o referencia a aquellos.

- o La pretensión de los demandantes tendrá mayor viabilidad cuando el uso que se haga de la imitación–una vez calificada como tal- sea importante. Un simple uso incidental de la apariencia de Cantinflas en una obra de teatro o actuación, no supone una conducta ilícita. Una obra de teatro interpretada completamente a la manera de Cantinflas, tal vez sí, una actuación musical de cincuenta minutos utilizando la apariencia y estilo de Julio Iglesias –y sus canciones-, sin duda lo es. La práctica entre los imitadores de consagrar unos minutos

de su actuación a imitar a un personaje concreto, no es, en cambio, más que un uso incidental, perfectamente lícito.

d) Habrá que ver también lo que se aporta por el imitador o actor. Se trata aquí de proteger la libertad de creación. Esta puede venir representada por la propia aportación del actor al personaje imitado, por lo que cuanto más cerca de la parodia o crítica se esté se le otorgará mayor protección y lo contrario cuanto más cerca de la mera copia. La creación puede venir también por el marco en el que se coloque al personaje, por ello cuanto más se acerque al habitual en el que el imitado desarrolle su actividad profesional, existirán más posibilidades de apreciar la violación al DIMA y viceversa.

e) En cada caso habrá que contemplar también los intereses del público a recibir la actuación del imitador. Es decir, la función social que desempeña ese entretenimiento.

Según Igartua, lo dicho hasta ahora recordará los criterios que según la regulación del *copyright* en los Estados Unidos se suelen utilizar para decidir si existe un *fair use*³⁸⁰ –uso correcto sin necesidad de autorización del autor- de una obra protegida por los derechos del autor. Por ello, hará falta hallar el equilibrio de los intereses en conflicto en aquel problema, es decir, el efecto que el uso no consentido puede tener sobre el mercado potencial de la obra. Si éste se ve afectado en una mera apreciable, los tribunales suelen fallar invariablemente a favor del titular de los derechos de autor. Algo similar ocurre en la cuestión que nos ocupa. El efecto en el mercado puede jugar también aquí un papel importante. Todo uso que como gusta de señalar la jurisprudencia norteamericana no intenta o tiene el efecto de colmar la demanda por el original es lícito –la parodia, por ejemplo-. Cuando, en cambio, se sustituye la posible prestación del sujeto representado, se

³⁸⁰ El art. 17, USC, 107, 976, señala como criterios a tener en cuenta:

- 1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si tal es de naturaleza comercial o para propósitos educativos no lucrativos.
- 2) La naturaleza de la obra protegida por los derechos de autor.
- 3) La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la otra en su conjunto.
- 4) El efecto que el uso tenga sobre el mercado potencial o valor de la obra.

está claramente ante una apropiación de su mercado y, por tanto, ante la base para hacer ilícita la apropiación de su personalidad —en nuestra opinión, más que apropiación de la personalidad, respecto del DIMA consideramos que es más correcto decir imitación de la imagen—. Esta conclusión concuerda, además, con las indicaciones que contempla el problema desde la situación de la competencia desleal nos daría. Por supuesto, cuando la actividad del imitador entre dentro del concepto de competencia desleal, tal acción podrá ser utilizada.

Por otra parte, en España, el art. 39 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor. Y el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1972 señala en cuanto a los Actos de Competencia Desleal que es desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la Buena fe, además de que también lo es todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El art. 11 dice que la imitación de prestaciones de un tercero se reputará competencia desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. Esta ley parece apuntar un amplio ámbito, pues, a pesar de exigir finalidad concurrencial de los actos de competencia, no exige que exista una relación de competencia real entre las partes en conflicto.

Asimismo, dicha ley en su art. 12 habla de la explotación de la reputación ajena, y dice que se considera desleal el aprovechamiento, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En estos casos puede existir competencia desleal cuando, por ejemplo, un imitador de Julio Iglesias, que además de copiar su actuación se presenta bajo el nombre de Julio I. Glesias, como le ocurrió a Charlie Chaplin con un imitador llamado Charlie Aplin³⁸¹.

³⁸¹ Chaplin vs Amador, 93 Cal App. 358, 1928

Recordemos el ejemplo del imitador de Presley, es decir, la perfecta copia del estilo y apariencia. Para unos, el esfuerzo creativo que, sin duda, exige dar vida a ese tipo de imitación debería hacer primar la libertad de creación sobre los intereses del sujeto representado. Para otros, como Igartua, esa misma exactitud es la base de una fuerte presunción de que se intenta explotar comercialmente la imagen de aquél. Pero, se adopte el punto de vista que se quiera, en este punto ninguno de los dos criterios sería seguramente suficiente para resolver algún caso en concreto. Por ejemplo, ¿considerarían los defensores del primero que también la licitud de las actuaciones del imitador debe extenderse a la realización de anuncios comerciales? Suponemos que no, aunque sigan existiendo las mismas loables dosis de esfuerzo creador en componer un personaje. Por otra parte, ¿defenderían los partidarios del segundo criterio que un mero uso incidental de la imagen del sujeto supone apropiación? Creemos que no, y ello aunque la copia sea perfecta, pues por el carácter incidental de ese uso no se lesiona el mercado, en fin, las perspectivas profesionales del imitador y además se da un cauce adecuado al desarrollo de la libertad de creación.

Ahora habrá que considerar, además, si el personaje utilizado vive o no. En ese sentido, la sección 990-n- del Código Civil de California estima que no constituye apropiación del nombre, voz, firma, fotografía, o apariencia de una persona fallecida, su utilización en:

- 1) Una obra teatral, libro, revista, periódico, composición musical, película o programa de radio o televisión que no sean anuncios comerciales no justificados.
- 2) Material que tiene interés político o noticiable.
- 3) Obras de arte originales y únicas.
- 4) Anuncios o propaganda para utilizations permitidas. Según esto, situaciones que en vida del sujeto constituiría seguramente utilización de su imagen –y tal vez competencia desleal- como algunas de las actividades recogidas en el parágrafo 1, no lo son tras su fallecimiento.

Parece evidente que una acción de competencia desleal tendría menos posibilidades de triunfar, pues ya no existe persona con la que competir. A ese respecto, es importante

conocer si los titulares del DIPAF tienen planeada alguna actividad para explotar la imagen de su causante, que pudiera verse afectada por la del imitador.

Por otro lado, tenemos el caso los dobles; el doble es un sosia, es decir, la persona que tiene parecido con otra hasta el punto de poder ser confundida con ella.³⁸²

El doble es una persona con tal parecido a otra que puede provocar confusión –por tanto, es indispensable el requisito de la confundibilidad, equivalente a la reconocibilidad-, la imagen que se utiliza es la del doble, pero es confundible con la de la persona que representa y con ello se podría dar una violación al DIMA de ésta.³⁸³

El que una persona se parezca a otra, incluso llegando a la categoría de perfecto sosia no supone violación del DIMA, como es evidente. Se trata de la misma situación en la que se encuentran dos personas que tienen un nombre y apellidos iguales. El derecho no protege el nombre o la imagen sin más, sino la identidad de las personas. Por ello, sólo cuando alguien pretende ser otra persona cabrá actuar frente a él. Los problemas se plantean normalmente por la utilización comercial de un sosia de un personaje famoso en un anuncio publicitario. Normalmente, además, no se cita el nombre del personaje aludido, pero la identificación suele ser diáfana.

La idea de que una persona –el doble- no puede ver prohibido usar su propia cara debe ser rechazada cuando se buscaba la confusión con otra persona.

Así, por ejemplo, en un caso norteamericano³⁸⁴ un anuncio presentaba a un doble de Woody Allen alquilando en una tienda especializada varias películas, entre ellas alguna realizada por Allen –Annie May- y alguna de gran influencia en ese director –Casablanca-. El tribunal decidió que se trataba de un caso de competencia desleal y prohibió al doble seguir actuando en anuncios en esa personificación y a la empresa, de la que ese doble depende, seguir ofreciendo ese servicio. Sin embargo, enfrentado a la reclamación del

³⁸² *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, op. cit., p. 1155 y 3571

³⁸³ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 119-124

³⁸⁴ *Woody Allen vs National Video, Inc.* 610 F. Supp 612 DCNY, 1985

director y actor de que se estaba usando su retrato para fines comerciales la misma alegación que había triunfado en el caso de Onassis, el Tribunal prefirió no decidir la cuestión. Estimó que en el caso de Jacqueline Onassis, la única explicación posible a la presencia del doble –dado el formato del anuncio y el notabilísimo parecido–, era hacer creer que la persona representada había consentido en la utilización de su imagen; en este caso, en cambio, cabía la posibilidad de que se estuviera presentando, no a Allen, sino a un doble, a los ojos del público y que ésa fuera una de las bases del anuncio. Sin embargo, como ya hemos señalado, si se entendió que existía competencia desleal. Por ello se prohibió además a Boroff –el doble- que apareciera como doble del demandante en anuncios de productos o servicios que den tal apariencia que una persona razonable podría creer que se trataba realmente del demandante o que el demandante había aprobado su aparición.

A pesar de esta decisión, año y medio más tarde se publicó en la Revista *New Day* un anuncio en el que se veía Boroff vestido de manera informal –como suele hacer Allen- como parte de una campaña de publicidad de unas tiendas de ropa de rebajas. El texto del anuncio rezaba: “*Men’s Fashion World* hizo de mí un *sex-symbol*”; además, aparecía tocando el clarinete situación que, como es sabido, el público asocia claramente con Woody Allen. Sin embargo, en el margen inferior de la fotografía aparecía en pequeños caracteres tipográficos la siguiente leyenda: “éste es uno de los dobles de celebridades de Ron Smith”. Probablemente por ello el tribunal³⁸⁵ entendió que esa conducta no violaba las prohibiciones anteriores. De todos modos, emitió una orden para clarificar los intereses en conflicto que fundamentalmente exige que aparezca una inscripción en letra negrilla, de tamaño cuando menos igual al de la letra del anuncio, identificando a Boroff como doble y negando toda conexión entre Allen y el producto o servicio; que Boroff entregue una copia de esta prohibición a sus clientes potenciales y que les explique su fuerza obligatoria; que Smith ofrezca los servicios de Boroff o de otros dobles de Allen tan sólo de acuerdo con las prescripciones de la orden prohibida; y que también Smith entregue una copia de la misma a potenciales usuarios de dobles de Allen.

³⁸⁵ *United States District Court, SDNY*, 26 de junio de 1986

El anunciante intentaba distinguir los hechos de aquel supuesto de los de éste. Aducía que *National Video* sí era un competidor de Allen, pues su negocio era similar –alquiler de películas-, pero el suyo, sin embargo –fabricación de ropa masculina-, no entraba en competencia con el del actor y que, por tanto, en la competencia con el del actor y que, por tanto, en la competencia desleal para ser accionable, la conducta debe ser, no sólo desleal sino competitiva en alguna manera discernible.

Otro caso lo constituye el de Onnasis, el problema consistió en que una doble de Jacqueline Onnasis hizo un anuncio donde aparecía como parte del público que asistió a un desfile de modas de Dior; se alegó, por parte de los demandados, que se estaba ante un trabajo de una actriz –excepción de fines artísticos- y que se estaba cerrando el paso a su carrera. El juez contestó a esta alegación: “Pintar un retrato de Jacqueline Kennedy Onnasis es crear una obra de arte, parecerse a ella no lo es. La señorita Reynolds puede capitalizar su llamativo parecido en fiestas, apariciones televisivas y obras dramáticas, pero no en anuncios comerciales... Nadie tiene un derecho inherente o constitucional a hacerse pasar por quien no es...”.

Un proyecto de ley de Nueva York sobre el *Right of publicity* prohíbe la utilización de dobles en anuncios publicitarios, incluso en el caso en que se haga constar, mediante texto, que no se trata de la persona que se evoca, sino de un actor o doble.

Los tribunales alemanes tampoco consideran lícita la práctica de utilizar dobles en publicidad. Igualmente en el famoso caso Heino, en el que una persona tras presentarse públicamente como el verdadero cantante Heino, muy popular en los años sesenta en Alemania, el Tribunal de Apelación de Apelación de Bonn señaló que, al igual que una empresa que hace publicidad con el doble de un artista, no se beneficia de la imagen del doble, sino de la de la persona imitada, lo mismo sucede cuando un artista hace parodia de un conocido cantante, mediante una máscara y una vestimenta de gran semejanza.³⁸⁶

³⁸⁶ OLG Bonn, 27/11/1985 en IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 48-75

En nuestra opinión, los dobles no deben ser utilizados en publicidad, puesto que aunque se diga expresamente que ni es la persona que se imita, y que tampoco existe conexión entre ésta con el producto o servicio que se anuncia, siempre se queda uno con la idea de que dicha conexión existe. De lo contrario hablaríamos de que al copiar la imagen de la persona –ya que se está haciendo una expresión objetiva de dicha imagen- habrá violación al DIMA.

2.16.3. Radiografías

Según Rovira, no se verá satisfecho el supuesto de reconocibilidad cuando sea sólo el propio sujeto el que se identifique con la imagen en cuestión siendo preciso que al menos un tercero lo haya identificado y que evidentemente su identificación no se deba al empleo de una especial pericia profesional. Lo que la lleva a excluir a las radiografías. En este sentido, esta autora no comparte la opinión de Alegre Martínez cuando afirma que deben considerarse incluidas dentro del concepto “imagen” las radiografías que recojan la imagen de órganos internos del cuerpo humano. De lo contrario -es decir, en caso de entender el término imagen en un sentido restrictivo- determinadas vulneraciones podrían quedarse sin protección. Supóngase, por ejemplo, que es sustraída de un centro médico una radiografía en la que se puede observar que un relevante personaje padece una determinada enfermedad, y que algún medio de comunicación paga varios millones de pesos por conseguir la primicia informativa. En este supuesto, no sólo se vulneraría el derecho a la intimidad del afectado, sino también su DIMA.³⁸⁷

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con ninguno de los dos autores, ya que excluimos a las radiografías como medio para violar el DIMA, debido a que como hablamos dicho, la imagen es la apariencia física exterior de las personas, es ese sentido una radiografía es una expresión objetiva del interior del sujeto, y por ello no forma parte de la imagen como objeto del DIMA.

³⁸⁷ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 8-9

2.16.4. Usos de la imagen personal en relación con la presentación de la historia vital de la persona -biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización-

La utilización de la imagen de una persona en una obra -novela, película, obra de teatro- es uno de los casos más difíciles de juzgar a la hora de decidir si hay o no violación al DIMA. En los casos que veremos en este apartado, la doctrina entiende la utilización de la imagen, el nombre, y otras características de la persona dentro de lo que conoce como uso de la identidad de las personas, en este sentido abordaremos lo referente a la biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización; dentro de los cuales consideramos que puede darse el uso de la imagen al copiar los rasgos de una persona, interpretarla un actor, o en el caso de que sean impresas -alguna biografía en libro, por ejemplo- el ilustrar con fotografías de dicha persona.

En el caso de la biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización parece que la libertad de creación puede quedar cercenada sino se le protege de una manera completa, es decir, dejando que se utilicen esas imágenes sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas representadas en el libro o filme -sin tener que pagar por ello, además-. Sin embargo, a esa, más que conclusión, premisa, se enfrentan algunas consideraciones; la principal de ellas es la que hacen quienes consideran que el libro o película -o si se quiere la historia que se narra en ellos-, no son más que un producto comercial, para cuya venta se utiliza como medio de atracción la identidad de un personaje real mismo que, incluso, en algunos casos el libro o película no son más que el soporte de la venta de otro producto la personalidad del sujeto representado.³⁸⁸

Así, McCarthy enuncia varias categorías de ficción en las que se usa la imagen de personas reales. Repárese en que sólo habla de obras literarias, pero la clasificación vale también para las obras cinematográficas o de TV:

³⁸⁸ IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 174-5

1) La biografía no autorizada que es exacta en todos sus extremos, pero que se discute por ser competitiva con las ventas —o posibles ventas- de una biografía realizada por el personaje biografiado o autorizado por él.

2) La biografía no autorizada que pretende ser exacta en sus descripciones pero contiene unos cuantos errores en cuanto a hechos o fechas que escaparon inadvertidamente a los esfuerzos de conseguir exactitud del autor.

3) La biografía no autorizada que contiene algunos episodios y diálogos ficticios insertados deliberadamente para adornar la historia y darle un mayor valor como entretenimiento. Aquí hay dos posibilidades:

a) La publicidad y promoción de la biografía que da la impresión de que es exacta y está basada en hechos reales.

b) La publicidad y promoción de la biografía la presenta claramente como novela, ficción, fantasía o similar.

4) Una narración que no tenga relación alguna con ningún acontecimiento de la vida de la persona pero en la que la ésta es identificada, por su nombre u otras características, como uno de los caracteres de la narración, ya sea para añadir realidad a la misma o para hacerle más atractiva. La promoción puede usar o no una leyenda del tipo “todos los acontecimientos descritos en esta historia son ficticios. Cualquier semejanza con los acontecimientos o personas reales es pura coincidencia.”

Por su parte, Lawrence divide los usos de la identidad personal en relación con la presentación de la historia vital de la persona en cuatro categorías: biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización.

Por biografía entiende la narración de la historia de una persona que pretende ser exacta. Por ficción, la presentación de la historia de una persona de una manera totalmente

inventada, únicamente se usa el nombre de aquélla. Ficcionalización es, en cambio, la mezcla de realidad y ficción, de tal forma que es muy dificultoso, si no imposible, apreciar qué partes son verdad y cuáles son inventadas. Por último, docudramatización se refiere al proceso que ocurre cuando se realiza un docudrama, este proceso implica la mezcla de biografía y diálogo inventado; es decir, es llevar a escena una biografía. Mientras que la ficcionalización se refiere a una mezcla arbitraria de realidad y ficción, aquí se añade un diálogo ficticio a un tratamiento biográfico de la vida de una celebridad.³⁸⁹

La doctrina discute cuando son lícitas las biografías no autorizadas, así como los casos de docudramatización, ficción y ficcionalización; sin embargo, no es relevante para nuestra tesis. Por lo que nos limitaremos a hacer algunas consideraciones respecto de estos conceptos con relación al DIMA, tomando como presupuesto que hablaremos de los casos no consentidos, de lo contrario ya no habría violación al DIMA.³⁹⁰

En la biografía, que es la narración de la vida de una persona, sólo encontraremos violación al DIMA cuando se presenta impresa –revista, libro, etc.- pero con la característica de que se utilicen fotos del personaje objeto de dicha obra para ilustrar los hechos, de lo contrario no podría haber violación al DIMA –al no ser la imagen de dicha persona objeto de utilización en la biografía-. En el caso del docudrama, que es la biografía puesta en escena o en la pantalla –de TV o cine-; sólo tendremos violación al DIMA, en el caso de que, por un lado, se intente copiar la imagen de la persona objeto del docudrama, es decir, el actor que tome el papel de dicha persona en la obra normalmente copia sus rasgos físicos –entre otras cosas-, y ello podría constituir violación al DIMA; por otro lado también lo podría ser el que se utilicen expresiones objetivas de la imagen de la persona durante el docudrama, es decir, que se filmen algunas fotografías, por ejemplo, donde aparezca la persona real objeto del docudrama. Respecto de la ficción, que es inventar los hechos, los diálogos, etc. respecto a la vida de la persona; así como en la ficcionalización que es combinar la verdad con la ficción, se aplicarán los mismos criterios mencionados para la biografía y el docudrama, y además, si se hace algún montaje en alguna foto o se

³⁸⁹ Ibidem, pp. 175-177

³⁹⁰ Remitimos al lector a IGARTUA ARREGUI, Fernando, op. cit., pp. 178-182 para profundizar en los casos de biografías, ficción, ficcionalización, y docudrama.

copia la imagen y se pone en un contexto que no es el real podría entenderse que se viola al DIMA por medio de la falsa apariencia –la cual tratamos anteriormente–.

2.17. Consecuencias del ataque al Derecho a la Propia Imagen

En este punto veremos lo que trae consigo la violación al DIMA, lo cual puede ser un daño moral, un daño material, así como repercusiones en el mercado –real o potencial del titular–. Asimismo, estudiaremos cuales son las medidas contra dicha violación, para evitar una posterior, así como para reparar los daños –o al menos compensarlos.

2.17.1. Daño

Larenz, da un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. Santos Briz, entiende que el concepto de daño debe incluir también la nota de su antijuridicidad, definiéndolo como todo menoscabo, material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra.³⁹¹

El Código Civil Federal Mexicano en su art. 2108 dice que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Por su parte, el art. 1910 menciona que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En la doctrina francesa, el daño causado intencionalmente constituye un delito civil y el que se origina por la culpa o negligencia, se denomina cuasidelito. En España, el daño cubre también la lesión a los bienes no valuables en dinero, por ejemplo, los daños

³⁹¹ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 265

causados sobre la persona en su vida, su intimidad, sus afectos, la salud, etc. -art. 1108, 1109 y 1116 del C.C.-.

Una de las peculiaridades de los derechos de la personalidad radica en que su lesión acarrea siempre perjuicios morales, agravios, como los denomina López Jacoiste, cuando se afecta al patrimonio moral de quien sufrió la lesión, el menoscabo se especifica en calidad de agravio. No obstante, la asimilación a efectos prácticos con el perjuicio, bascula éste expresivamente hacia la vertiente patrimonial, en tanto el agravio lo hace hacia la de carácter espiritual, al significar la palabra o acción que hiera a otro en su dignidad. De agravio se trata, en efecto, en las más comunes incidencias que afectan a derechos de la personalidad. Y estos agravios son mucho más difíciles de probar que los perjuicios en sentido pecuniario. De ahí que el legislador español haya querido facilitar la acreditación de su existencia con una presunción en su favor, al decir que cuando hay una intromisión ilegítima por ejemplo al DIMA, el daño se presume. Por el contrario, presumir los daños pecuniarios tiene menos sentido: aquí sí cabe una cuantificación, y el acreditamiento del monto a que equivale. La existencia del daño pecuniario puede concurrir o no con la de los daños morales: en muchos casos los agravios ocasionados serán meramente morales, aunque no por ello menos importantes.

En efecto, aunque como veremos la doctrina no es precisamente pacífica en este punto, algunos tratadistas y Tribunales otorgan un valor de *iuris et de iure* a la presunción de existencia de daños morales, y meramente de *iuris tantum* a la de los materiales³⁹². Sin embargo, consideramos que tal vez son todas *iuris tantum* a menos que la ley diga que no hay; puesto que existe la posibilidad de probar que no existe tal daño, aunque tal vez sea muy difícil.

Ahora entremos al estudio de cada uno de los daños y la responsabilidad objetiva.

³⁹² Ibidem, p. 267

2.17.1.1. Moral

Según Romero Coloma, el daño moral es el perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio, o también se define como aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia.

Galindo Garfias dice que el daño moral "...se refiere a las lesiones causadas injustamente a una persona en sus derechos no patrimoniales, dentro de los cuáles en forma destacada aparece la lesión a los derechos de la personalidad".³⁹³ Nosotros creemos estamos de acuerdo con la definición, salvo en lo que se refiere a los derechos no patrimoniales, lo cual es incorrecto, porque como hemos visto, los derechos de la personalidad son patrimoniales no pecuniarios.

Generalmente se clasifica esta especie de daños en aquellos que atañen a la persona en su aspecto social -honor, reputación, dignidad, pública consideración, buena fama-; los que lesionan a la persona en sus sentimientos, su integridad corporal, su configuración y aspecto físico, el DIMA, al secreto de su vida íntima, su vida afectiva, etc.³⁹⁴

Ahora bien, el derecho a ser indemnizado por los daños morales sufridos es idéntico para todo el mundo. La única diferencia es que, si la persona es famosa, la estimación del daño económico causado por la infracción será superior, ya que su imagen tiene más valor, pero su derecho moral vale igual.³⁹⁵

En relación con la presunción del daño que recoge la LO española, Rovira Sueiro, Martín Casals y Salvador Coderch consideran que una adecuada interpretación del art. 9.3 – el cual la recoge- debe llevar a la conclusión de que la presunción del daño se refiere exclusivamente al daño moral. Estos autores basan tal afirmación en dos razones:

³⁹³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, op. cit., p. 336

³⁹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, op. cit., p. 2827

³⁹⁵ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pp. 19-22

a) en su aspecto de daño el moral es el perjuicio que se deriva de la lesión de un interés jurídicamente protegido.

b) la presunción del daño moral también se explica tanto por la dificultad de su prueba y cuantificación como porque los costos que provocaría la obtención de información podrían ser tan desmesurados que convertirían la prueba en algo económicamente prohibitivo. A mayor abundamiento establecen que en su aspecto de moral el daño es el perjuicio a un interés jurídicamente protegido para el que no se admite un mercado o, simplemente, para el cual no lo hay. No se admite el mercado porque el interés protegido se considera indisponible, se configuran así determinados derechos como irrenunciables, inalienables o imprescriptibles; tienen ese carácter los derechos de la personalidad como, entre otros, el derecho moral de autor –art.14 LPI- y los derechos tutelados por la LO 1/1982 –art. 1.3 entre los cuales está el DIMA-. Si no existen impedimentos legales para la formación de un mercado, su existencia o inexistencia está determinada por el grado de evolución social y económica. El paso a una economía de servicios genera una tendencia a la economización de daños que tradicionalmente eran considerados como no susceptibles de valoración pecuniaria y, por lo tanto, como morales. La ley establece una presunción del daño moral en atención a lo que sucede en la mayoría de los casos: se estima que una intromisión ilegítima conlleva siempre daño moral. Si el resarcimiento en forma específica –difusión de la sentencia, réplica- no es suficiente, deberá indemnizarse pecuniariamente; y, a pesar de lo que pudiera concluirse de la interpretación literal de la ley, los daños pecuniarios deberán ser probados.³⁹⁶

Por su parte, Fernández Albor afirma que la jurisprudencia entiende que es necesaria la lesión o perjuicio moral causado, no basta, la existencia de la probabilidad o el simple disgusto. Es el actor el que debe probar que el acto fue el generador del daño moral. El actor debe probar también la existencia del daño como la relación de causalidad entre el acto ejecutado u omitido y los daños mismos. No existe acto u omisión causante del daño

³⁹⁶ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 191-3

moral para el actor si éste no prueba su concurrencia, gravedad y causa que la origina, así como si le afecta a su libertad, honradez, etc.³⁹⁷

En nuestra opinión, consideramos que es adecuada la presunción del daño moral, puesto que sería muy difícil probar su existencia ya que se refiere al interior de la persona; sin embargo, esa presunción debe ser *iuris tantum* porque siempre debe haber posibilidad de ser destruida con una prueba en contrario.

2.17.1.2. Material

Según Romero Coloma, el daño material es el perjuicio que implica una pérdida de dinero, que entraña para la víctima alguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio, o también se define como aquel daño que consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia.

En México, el art. 2108 del Código Civil Federal define al daño como el menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación. Este concepto va aparejado con el de perjuicio el cual es definido por el art. 2109 del mismo código como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Estos conceptos dan origen a una responsabilidad civil, la cual se encuentra prevista en el art. 1910 el cual menciona que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Esa obligación de reparar el daño puede tener como fuentes el hecho ilícito, el cual es definido por el propio Código en su art. 1830, como el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres o la responsabilidad objetiva por riesgo creado.

³⁹⁷ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 226

En este sentido, cuando se utiliza la imagen de una persona sin su consentimiento y dicha conducta no está protegida por alguna de las excepciones que vimos, entonces será contraria a las leyes de orden público –y en parte a las buenas costumbres, dependiendo como esté regulado el DIMA-. Ahora bien, dicha conducta puede ser causante no sólo de un daño moral, sino también de uno material –o económico como le llaman algunos autores-.

Así por ejemplo tenemos el uso de la imagen de las personas por los medios de comunicación. Parte de la doctrina defiende que ese uso si es de la imagen de los famosos supone una propaganda gratuita para los mismos por lo que más que de daño debería hablarse de beneficio, o como mínimo ambos se compensarían. No obstante parece claro que cuando se trata de personas famosas existe un daño pecuniario que se basa:

- 1) En una disminución de los ingresos que pueden obtenerse por esta vía.
- 2) En el hecho de que ningún otro comerciante de un producto similar va a solicitar sus servicios.
- 3) En el enriquecimiento injusto del infractor, que ha obtenido beneficios a costa de la imagen de otra persona sin pensarle por ello.

Cuando se trata de personas desconocidas este aspecto adquiere especial importancia, ya que el valor en mercado de la imagen de una persona común es poco. El uso de la imagen de una persona en publicidad produce además casi siempre daños para el consumidor, tanto si el titular ha consentido el uso como si no lo ha consentido. En ambos casos el usuario tiende a pensar que la persona que presta su imagen avala la calidad del producto, cosa que no es cierta, naturalmente, en el primer caso, ni tampoco en aquel en que el titular haya autorizado el uso, ya que ello no quiere decir que avala el producto.

2.17.2. Responsabilidad

Cabe señalar que la utilización de la imagen sin consentimiento puede acarrear responsabilidad penal, en el caso de que dicha conducta se tipifique como delito –como es en algunas legislaciones como la española-, o sólo responsabilidad civil –la cual veremos a continuación-.

Ahora bien, los conceptos de daño y perjuicio dan origen a una responsabilidad civil, la cual en México se encuentra prevista en el art. 1910 CCF el cual menciona que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Autores De Cupis y Carmelutti, definen esa responsabilidad como “la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso. También como la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie. A. 1910 “se entiende por hecho ilícito la conducta violatoria del deber jurídico de no causar daño a nadie.”³⁹⁸

La conducta del responsable, es indebida porque ha violado directamente ese deber impuesto por el ordenamiento -responsabilidad extracontractual- o por que esa violación se ha producido en manera indirecta, faltando al cumplimiento de una obligación concreta, previamente contraída -responsabilidad contractual-.³⁹⁹

Sus elementos son daño, hecho ilícito y nexo causal. Las personas responsables de la reparación del daño son: en primer lugar, quien ha causado ilícitamente el daño, aunque se trate de un incapaz, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas encargadas de él -art. 1991, 1923-8-. La responsabilidad del art. 1918 “es consecuencia de que el representante obra en nombre y por cuenta de la persona por quien actúa -art. 27, 1927-8-.

³⁹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, op. cit., p. 2826

³⁹⁹ Idem

La responsabilidad objetiva o por riesgo creado reconocida por el art. 1913, el cual dice que esta responsabilidad no requiere que la causa del daño sea imputable a culpa o dolo de quien resulte responsable del daño producido por una cosa peligrosa. La responsabilidad objetiva nace de la creación de un riesgo: el uso de cosas peligrosas.⁴⁰⁰

Ahora bien, cuando surge la responsabilidad civil el afectado tiene la posibilidad de optar, como lo apunta Bejarano Sánchez entre la reparación en naturaleza, es decir, borrar los efectos del daño, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de que se causara el daño o bien la reparación por equivalente, entendida ésta como el pago en dinero o en especie previa estimación legal –en lo cual profundizaremos posteriormente–.

El art. 1830 del Código Civil dice que para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa. El daño causado por caso fortuito o fuerza mayor, que excluyen la culpa o el dolo no dará lugar a responsabilidad porque no ha podido ser previsto o porque habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. Tampoco surge la responsabilidad civil, si el daño se ha causado en el ejercicio de un derecho o se produjo por el hecho de la víctima.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad específicamente en el DIMA, podemos decir que si existe no existe consentimiento para la utilización de la imagen y dicha utilización no encuentra protección en las limitaciones al DIMA, nos encontraremos ante la responsabilidad extracontractual; si por lo contrario si existe el consentimiento y no se respecta éste estaremos ante la responsabilidad contractual.

Habrá que pensar ante todo en que sea posible acudir a la construcción de la responsabilidad contractual por inejecución o exceso en la ejecución de una prestación obligacional preexistente. Pero en tal caso se habrá producido realmente una doble infracción; del contrato estipulado con el efigiado y del DIMA, por lo que tampoco se podría descartar la defensa directa del DIMA.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 2827

Incluso en alguna ocasión cabrá invocar la teoría del abuso del derecho cuando se publique o difunda inconsideradamente una expresión objetiva de la imagen de una persona. Es cierto que probablemente quien abuse de la imagen ajena, por ejemplo, exponiendo una fotografía que no estaba destinada a la publicidad, no ostentará derecho alguno sobre ella y entonces difícilmente podrá hablarse de abuso. Pero si es el fotógrafo profesional titular de un derecho de autor o el productor cinematográfico quien, sin consentimiento del efigiado, reproduce, publica, pone en comercio su retrato, entonces será posible hablar de abuso del derecho. Aunque Mascareñas dice que tal caso no constituiría abuso del DIMA, que éste sólo concierne al original retratado, sino del derecho de autor del fotógrafo o del que por contrato se haya estipulado con el productor.⁴⁰¹ Por nuestra parte creemos que sí podría existir abuso del DIMA.

Ahora bien, la tutela al DIMA comprenderá la adopción de todas las medidas de prevención o cautelares, reparadoras y sancionadoras como veremos a continuación.

2.17.3. Medidas cautelares

Las medidas cautelares son aquellas que dicta el juez –ya de oficio o a petición de parte– para evitar que se cause o se siga causando una posible violación al DIMA. Es decir, se aplican antes de que finalice el proceso y se resuelva si existe o no dicha violación.

En España, el art. 1428 del CC exige un principio de prueba por escrito que será, efectivamente, necesario para acordar la medida cautelar, evitando que exageradas sospechas o susceptibilidades puedan llevar a una medida que puede causar gravísimos perjuicios –piénsese en el secuestro de un periódico-. El principio de prueba por escrito no es una prueba plena, sino una *semiplena probatio* con lo que el solicitante acredita el *fumus boni iuris*.

⁴⁰¹ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 364-7

El solicitante de la medida cautelar prestará previamente fianza para responder de los perjuicios que pueda ocasionar. Será de cualquier tipo, menos la fianza personal: aval bancario, hipoteca, etc. La fianza será bastante, dice el texto legal español, lo que significa que la fijará el Juez atendidas las circunstancias del caso: concretamente, los perjuicios que pudieran causarse por razón de la medida cautelar. La medida cautelar se solicitará en el proceso en el que se accione la protección a la imagen, o se solicitará previamente a la demanda, debiendo presentarse está en los ocho días siguientes a su concesión.

El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas. Lo que significa que el Juez puede citar a las partes en la comparecencia que prevé el párrafo sexto, antes de acordar la medida, en cuyo caso el demandado podrá pedir que se alce. Debe interpretarse esta norma procesal con la opción que ofrece, en relación con el art. 24.1 de la Constitución española, que proscribe la indefensión y llegar a la conclusión de que el juez acordará la medida inaudita parte, sin oír al demandado, exclusivamente en el caso extremo de que sea totalmente imposible hacerlo —como el secuestro del periódico o la revista o la no-emisión de un programa de radio o televisión, que va a aparecer al día siguiente.

Se advierte claramente que la decisión judicial sobre la medida, está condicionada a que la sentencia sea condenatoria y declare que hay intromisión ilegítima; por tanto en el fondo, el juez tiene la sensación y hasta la convicción de que está prejuzgando y tiene que ver muy clara la intromisión para acordar la medida cautelar. En todo caso, la fianza que exigirá a la parte que solicita la medida será bastante para cubrir los perjuicios que pueda causar si la sentencia resulta desestimatoria. Piénsese en la cuantía de la fianza para el secuestro de un periódico o de una revista.

Las acciones defensivas puestas a disposición del perjudicado pueden agruparse en acciones cautelares -inhibitorias y preventivas- y acciones meramente declarativas.

Si fuera la violación al DIMA por medio de un acto administrativo, se podría entablar el proceso contencioso administrativo. En éste, por ejemplo en España, la Ley de 26 de

diciembre de 1978, sección segunda –garantía contencioso-administrativa-, prevé como única medida cautelar la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado, tal como prevé el art. 7.2. Se puede solicitar la suspensión en el mismo escrito de interposición del recurso contencioso administrativo o en cualquier momento posterior –art. 7.2-. Se forma pieza separada, se da traslado al MF y al Abogado del Estado, se recaba informe del órgano de la Administración y se resuelve sobre la petición de suspensión –7.3 y 4-.⁴⁰²

Según Herrero, hubiera sido conveniente que el legislador permitiera separar la indemnización –de carácter meramente reparador- de la pena civil, que cumpliría funciones disuasorias, y que no debería engrosar el caudal del perjudicado, sino el erario público. De esta forma podrían conseguirse simultáneamente dos funciones: intentar dejar indemne al perjudicado por la intromisión ilegítima, sin que se lucrara por ello de su desgracia, y una finalidad preventiva de sucesivas intromisiones, tanto cara al culpable de la misma como al resto de la sociedad. Sólo así las medidas acordadas serían lo suficientemente eficaces.⁴⁰³

2.17.4. Medidas de reparación

Una vez que el juez ha resuelto que existe violación al DIMA, en la sentencia deberá dictar las medidas correspondientes a la reparación del daño.

Estas medidas son necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse principalmente la indemnización por los daños y perjuicios causados; la declaración del derecho, la retirada de la publicación de bibliotecas o hemerotecas, así como el reconocimiento del Derecho a replicar –cuando existe daño también al honor- y la difusión de la Sentencia-se publica que la imagen se utilizó sin consentimiento del titular a fin de reparar los daños morales que se

⁴⁰² O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 193-7

⁴⁰³ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., p. 271-8

le puede haber producido-. Asimismo, la protección jurisdiccional podría consistir en solicitar del particular, de la empresa publicitaria del medio de difusión –cinematografía, prensa y televisión- entreguen los negativos, fotos originales así como aquellas partes de los filmes y *spots*, en donde aparezca él. Si se trata de libros con fotografías se retirarán aquellas páginas con fotos incluidas que han originado intromisiones ilegítimas al DIMA.⁴⁰⁴

Las medidas tienen la finalidad de dar satisfacción al interés del sujeto titular del DIMA, que ha sido dañado por la actuación del atacante. Una vez que ha sido atacado el DIMA será normalmente imposible conseguir una satisfacción completa –salvo si se han acordado previamente oportunas medidas cautelares- y las medidas lograrán una satisfacción meramente compensatoria.

Respecto del DIMA, la satisfacción tiene un ámbito moral y uno material. La indemnización comprenderá el pago de los daños moral y material, así como de los perjuicios causados.

Ahora bien, puede darse el caso de que aparte del DIMA se lesione otro derecho –principalmente el honor y la vida privada- por la misma conducta. El aspecto moral se refiere –como dice el art. 9.2 de la Ley española de 1982- a que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos; en el ámbito moral podríamos encontrar el caso de la réplica y la rectificación, por ejemplo, en el caso de la publicación de un artículo en la prensa en que se hable de la corrupción en la concesión de un puesto en la Administración, cuando la persona afectada probara su obtención en concurso u oposición; la sentencia podría incluir la declaración de que su plaza la obtuvo y la ejerce limpia y honestamente.⁴⁰⁵

El derecho a réplica es una alusión a los arts. 58 a 61 de la Ley Española. La cual, bajo la rúbrica derecho de réplica, establecía el art. 58 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966

⁴⁰⁴ HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit. p. 221 y sig.

⁴⁰⁵ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., pp. 197-201

que toda persona natural o jurídica que se considere injustificadamente perjudicada por cualquier información escrita o gráfica que la mencione o aluda, inserta en una publicación periódica, podrá hacer uso del Derecho de réplica en los plazos y en la forma que reglamentariamente se determinen. Aunque en es país se ha sustituido por el derecho de rectificación, sin embargo, no es exactamente lo mismo rectificación que réplica, la primera se refiere a los hechos puros; la segunda, a opiniones, aunque la réplica comprende también hechos. Cabe agregar que en algún caso se ha otorgado a la rectificación un valor atenuatorio de la responsabilidad.

Por otro lado, dentro de las medidas reparatorias encontramos la difusión de la sentencia, esto es el hecho de que se dé a conocer la sentencia por medio de medio masivos de comunicación. La pregunta obligada es ¿pueden negarse los medios de difusión a que divulgar una Sentencia en la que ellos no han sido parte? Es patente que tal publicación se haría a costa del condenado, y como publicidad, si no se arbitra otra fórmula. Pero, pese a ello, se ha mantenido por algún sector doctrinal que, teniendo el director del medio de comunicación -específicamente en el caso de un periódico- derecho de veto sobre los originales, incluida la publicidad, podría éste negarse a la inserción de una Sentencia con la que no estuviera de acuerdo, o tuviere un contenido contrario a la línea editorial del medio que dirige. Tales objeciones, no obstante, carecen de base, a la vista del art. 118 de la Constitución Española, según el cual: está obligado a cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como a prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

Por otro lado dentro de las medidas reparatoras se podrían incluir la declaración de derechos, y la retirada de las bibliotecas o hemerotecas de la publicación a través de la cual se ha cometido la intromisión ilegítima.

En cuanto a la declaración del derecho, por ejemplo, la Sentencia de 18.III.87 de la Sala 2ª Civil de la Audiencia Territorial de Granada, plantea y resuelve el caso en el cual la parte demandante excluye de sus peticiones en la demanda todo lo relativo a la indemnización de

perjuicios, y se limita a solicitar que se declare que no ha existido defraudación alguna que le sea imputable, así como la publicación de la Sentencia que contenga tal declaración.

En cuanto a la retirada de la publicación de bibliotecas o hemerotecas, la respuesta hasta ahora ha sido negativa: así, la Sentencia de 15. XII. 86, del Juzgado de 1ª Instancia No 10 de Madrid razona que: no puede accederse a la retirada del libro de las bibliotecas nacionales, hemerotecas y fondos públicos. Por mucho que duela, forma parte de la historia –por muy negra que sea-; y no podemos privar a las generaciones futuras de parte de la historia presente-.

2.17.4.1. Indemnización

Cuando una persona causa a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia, o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido. Se dice que una persona es civilmente responsable, cuando alguien está obligado a reparar el daño material o moral que otro ha sufrido. La reparación del daño tiende a colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo.

Cuando se trata de una lesión moral -el daño moral no es reparable propiamente-, la obligación se cubre por medio del pago de una indemnización en numerario, con el que se satisface el daño material o moral causado a la víctima -se resarce, no se restituye o repara-.⁴⁰⁶

En la Ley Española del 82 se contempla la posibilidad de una indemnización que en el caso de los daños morales más que de reparar, se trata de compensarlos.

Así, López Jacoiste afirma que las indemnizaciones cumplen desde luego un cometido de resarcimiento, pero también, en parte, de ejemplaridad, de disuasión de cara al futuro, de

⁴⁰⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, op. cit., p. 1679

modo que a la función de garantía inherente a la responsabilidad civil agrega una función preventiva. En efecto, el art. 9.2 dispone que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir o impedir intromisiones ulteriores.

Respecto de esta función de prevención, una de las más claras medidas será la imposición de una indemnización que no se reduzca a restablecer el equilibrio pecuniario, sino que cumpla una función disuasoria cara al futuro, dirigida tanto al actual infractor como al resto de la sociedad. Como apunta la doctrina, de ahí que a la indemnización pueda cumplir, en parte, funciones de pena civil, a modo de multa cuyo beneficiario sería el agraviado por la intromisión ilegítima en lugar del Estado. Rojo Jauri afirma que en materia de indemnización de daños morales la función del dinero no es de resarcimiento, sino una función compensativa o satisfactoria.

Igartua Arregui enjuicia, asimismo, de forma negativa el contenido de la Ley del 82 en este punto por entender que se trata de una pauta ajena al sistema de responsabilidad civil, ya que la acción de daños debe dirigirse a repararlos y no a recuperar el beneficio del infractor, y añade que para ello existen otras vías como por ejemplo la acción de enriquecimiento injusto.

Por su parte, Igartua afirma que la acción de daños debe dirigirse a repararlos, no a recuperar el beneficio del infractor. Para ello existen otras vías, como la acción de enriquecimiento injusto. Ha llegado incluso a hablarse del negocio que puede suponer una lesión del DIMA. Pero, como afirma acertadamente la Sentencia de 9.I.86, del Juzgado de Primera Instancia no 9 de Madrid es contrario a la realidad que las indemnizaciones en materia de propia imagen constituyen un enriquecimiento injusto a favor del demandante, a quien interesaría la publicidad de su imagen para obtener un lucro.

Quizás para precaver el peligro, la Sentencia de 3. VII. 86 del Juzgado de 11 instancia No 15 de Madrid propone que la valoración de la indemnización debe regirse por el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de su propia fama. Con ello se descartarían cifras desproporcionadas. En similar sentido se pronuncia la Audiencia Territorial de

Barcelona en la Sentencia de 29.III.86 al decir que la reparación del daño ha de procurar una restauración del equilibrio comprometido, a través de una equivalencia pecuniaria, pero no puede servir para enriquecer al perjudicado más allá de esa medida.⁴⁰⁷

Pantaleón señala que no es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa, ya que esta es una de las funciones de la institución del comiso –art. 48 C.P.Español- cuyo juego debería extenderse de *lege ferenda*, a la privación de beneficios que logren las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidas por sus órganos o por dependientes en el ejercicio de su actividad –art. 137 de la propuesta de anteproyecto de C.P. de 1983-. Estrada Alonso lo considera acertado porque si bien es cierto que un sistema de fuertes indemnizaciones puede provocar el enriquecimiento personal de algunas personas que por su fama pública son atacadas reiteradamente en algunos medios de comunicación, entre la máxima y la mínima indemnización debe establecerse un término medio que impida la rentabilidad de la dignidad ajena.

Una buena acogida le ha dispensado también Martín Casals quien entiende que lo que establece el legislador es una pretensión de enriquecimiento injusto englobada dentro de una acción de daños. Es más, Rovira cree que acierta cuando Casals afirma que la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su utilización legítima, y ello porque la intromisión en él puede generar además de un daño pecuniario y moral para quien lo sufre y un beneficio económico para quien lo realiza, lo cual ocurre con notable frecuencia.

En cuanto al daño moral, éste presenta especiales dificultades ya que, como destaca De Cupis, se ha afirmado que es imposible y repugna a la razón y al sentimiento, reducir a dinero el interés relativo a bienes como la imagen; se pregunta el mismo autor: ¿cómo puede resarcirse un daño del que no puede establecerse el monto pecuniario?, responde a tal cuestión, observando que aunque se admita que la función más apropiada del dinero, sea la de medir los valores se produce una extensión o una derivación de la función del dinero.

⁴⁰⁷ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., pp. 278-280

Así, resarcido un daño moral, se cumple un fin superior de justicia reparatoria consistente en atribuir una medida pecuniaria, al menos aproximada, a aquellos intereses que por su naturaleza parecen repugnar a tal medida; no puede negarse que constituye una aplicación de las reglas de equidad atribuir la reparación del daño no pecuniario, originado al interés correspondiente de alguno de aquellos preciosos bienes que afectan al hombre.

Ahora bien, para la cuantificación del monto de la indemnización, se deberán tomar en cuenta algunos criterios como la gravedad de la lesión producida, la difusión o la audiencia del medio, el beneficio que haya obtenido el causante, así como si se dañaron otros derechos, además del grado de culpabilidad y si la utilización ha disminuido las oportunidades de futuros contratos para el titular.

El concepto de gravedad, sin que se pueda precisar con exactitud matemática, es el grado de la intromisión ilegítima de la violación al DIMA del sujeto; es indudablemente subjetivo, pero apreciable también objetivamente evitándose exageradas susceptibilidades.

Dentro de la gravedad podemos encontrar el criterio de la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión ilegítima. Así entre más audiencia o más alcance tenga el medio, más grave será la lesión. De este modo no es lo mismo que se haya producida la lesión por un periódico local, que por Internet que tiene una cobertura mundial.

Por otro lado, el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma, podría derivar de la potencia económica de la imagen. Aunque otros autores dicen que la valoración del daño puede también basarse en el valor comercial de la imagen utilizada en el mercado, considerando posible obtener indemnización aunque el demandado no haya obtenido ningún o poco beneficio con la utilización, ya que si el infractor ha obtenido mucho beneficio ello se debe también a su habilidad, aunque este hecho pueda llevar a aumentar o disminuir la indemnización fijada. Los tribunales americanos tienden a conceder indemnización sólo cuando el demandante pruebe que los ingresos por cesión de su imagen son sustanciales, es decir, cuando hay un perjuicio al modo usual de ganarse la

vida. Ello impediría a los no famosos reclamar en cuenta el nivel de fama alcanzado por el titular, las ganancias que haya obtenido en un contrato previo de cesión de su imagen o las ganancias que obtienen otros personajes famosos.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de aquellos autores que dicen que de lo que se trata es de que nunca, a pesar de indemnizar el daño, pueda salir beneficiado el autor del mismo. A tal fin, la ponderación del beneficio resulta de gran utilidad no sólo para poder establecer una indemnización en la que la persona causante del daño siempre salga perdiendo, sino también como elemento disuasor de la producción de intromisiones. Aunque en este sentido, y teniendo en cuenta que muchas veces la conducta intromisiva proviene de los medios de comunicación señala Pace que es razonable sostener que condenar a la empresa radiotelevisiva o editorial exclusivamente al resarcimiento de los daños sufrido por el actor, tomando como parámetro la situación personal del perjudicado, no constituye de por sí, -ni puede constituir-, en último extremo, un eficaz refreno de comportamientos ilícitos similares por parte del propio medio, dado que el coste de la condena es menor que el beneficio de las entradas publicitarias que recibe dicha empresa como consecuencia de similares programas de televisión y servicios periodísticos.

Cabe señalar que en México la Ley Federal de Derechos de Autor⁴⁰⁸ en su art. 216 bis dice que la reparación del daño material y/o moral así como la indemnización por daños y perjuicios por violación al DIMA, en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación al DIMA. Asimismo, agrega que el juez con audiencia de peritos fijará el importe de la reparación del daño o de la indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en que no sea posible su determinación conforme a lo anterior.

Ahora bien, el beneficiario de la indemnización será el titular del DIMA; pero cuando la lesión se produce con posterioridad a la muerte de su titular, los beneficiarios a raíz del ejercicio de la acción de DIPAF serán el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, -art. 4.2-, y en su defecto sus causahabientes. Mientras que en el supuesto de vulneración

⁴⁰⁸ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

antemortem, esto es, cuando la intromisión ilegítima se produzca en vida del titular, no habiendo éste podido ejercitar la acción, la indemnización se entenderá comprendida en su herencia, por lo que los beneficiarios serán los herederos, establecidos en el testamento y, en caso de sucesión intestada serán en primer lugar los hijos y descendientes, en defecto de éstos sus ascendientes, y a falta de ellos el cónyuge y los parientes colaterales y, en último lugar, en defecto de todos ellos, el Estado.⁴⁰⁹

Por otro lado, en cuanto al valorar el grado de culpa; en la responsabilidad extracontractual basta con la existencia de una culpa mínima *-in lege Aquilia etiam levissima culpa venit-*. Pero puede suceder que el agente haya obrado con culpa grave, o incluso con dolo. En estos casos ¿deberá valorarse igualmente la indemnización pertinente? Entendemos que no. Como ha declarado el Tribunal Supremo Español, las cuestiones que afectan al DIMA, exigen un particularizado examen de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Y una de esas circunstancias puede ser el grado de culpabilidad apreciado en el agente, de manera que pueda operar a la hora de moderar –en más o en menos– la función preventiva que la indemnización debe desempeñar.⁴¹⁰

Asimismo, es posible también considerar que se puede conceder una indemnización mayor o menor teniendo en cuenta si la utilización ha disminuido las oportunidades de futuros contratos para el titular.

Por otro lado, surge el problema de cuando comienza a evaluarse la indemnización por daños y perjuicios en el caso de una intromisión ilegítima o una utilización indebida respecto a la imagen de la persona, lógicamente desde el momento que se hace pública la intromisión.

En otro orden de ideas, mencionamos anteriormente que cuando se revoca el consentimiento dado para la utilización de la imagen propia; habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas, lo

⁴⁰⁹ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 196-213

⁴¹⁰ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., pp. 226-7

cual lleva a plantearnos si dicha indemnización es una consecuencia o por el contrario, una condición de la revocación. En opinión Rovira, dicha indemnización es simplemente una consecuencia del ejercicio de la facultad de revocar, cuya finalidad no es otra que la de compensar el empobrecimiento injustificado del tercero por los daños que se puedan derivar de la lícita revocación.⁴¹¹

2.18. Prescripción para el ejercicio del Derecho a la Propia Imagen.

El DIMA en sí es imprescriptible, sin embargo, por ejemplo en España, el ejercicio de la acción caduca⁴¹² en el plazo de cuatro años a partir de cuando pudieron ser ejercitadas.⁴¹³ Por nuestra parte, creemos que son suficientes dichos cuatro años para que prescriba la acción en caso de que se viole el DIMA –más no prescribe el DIMA, ya que como hemos dicho es imprescriptible-.

Queda por resolver la interrogante de cuándo se entiende que pudieron ser ejercitadas: ¿basta con que exista la vulneración del derecho o, por el contrario, es necesario que el titular del derecho tenga conocimiento de la misma? Pues bien, a nuestro juicio –y siguiendo a Rovira-, en este ámbito la disyuntiva seguridad jurídica-equidad, debe inclinarse en favor de esta última y ello nos lleva a optar por un criterio subjetivo. Por consiguiente, consideramos que el momento en que pudieron ejercitarse debe entenderse como el momento en el que el titular del derecho lesionado haya tenido conocimiento de la misma⁴¹⁴.

Finalmente, por lo que al cómputo del plazo se refiere cabe señalar que éste se regirá por las normas del código civil por lo tanto el día de plazo se tiene por entero y el último día debe cumplirse en su totalidad, asimismo no se excluyen los días inhábiles.

⁴¹¹ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., p. 87

⁴¹² En España se utiliza el término "caducidad", mientras que en el derecho mexicano se utiliza el de "Prescripción" para referimos a la pérdida de un derecho por el transcurso del tiempo –el derecho debe estar ya nacido, de lo contrario si se utilizaría el término caducidad".

⁴¹³ O'CALLAGHAN, Xavier, op. cit., p. 175

⁴¹⁴ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 196-213

2.19. El Derecho a la Propia Imagen en conflicto con otros derechos y libertades

El DIMA muchas veces se encuentra en conflicto con algunos derechos y libertades, principalmente la libertad de expresión y la información; así como el derecho de autor y el derecho del trabajo.

2.19.1. Libertades de expresión y de información

Pueden haber dos formas de emitir o exteriorizar los pensamientos: la forma escrita y la verbal; refiriéndose dicha garantía igualmente a otros medios no escritos de expresión eidética, tales como las obras de arte en sus diversas manifestaciones: pictóricas, esculturales, etc., así como a su difusión bajo cualquier forma -por cinematografía, por TV, por radiotransmisión, etc.-. La obligación estatal y autoritaria que se deriva de dicha garantía individual, estriba en una abstención de parte del sujeto pasivo de la relación jurídica respectiva, o sea en un no hacer, traducido en la no-intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la libre expresión eidética. El art. 6 sobre este particular establece que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”. “Por inquisición, se entiende toda averiguación practicada con un determinado fin, el cual consiste, en el caso de esta garantía, en establecer cierta responsabilidad y en aplicar la sanción que a ésta corresponda.”⁴¹⁵

La Libertad de imprenta contenida en el art. 7 de la Constitución comprende dos libertades específicas: la de escribir y la de publicar escritos, dicho artículo “...establece la garantía individual respectiva que atañe a la emisión, expresión o exteriorización del pensamiento por medios escritos -libros, periódicos impresos, etc.-. La obligación estatal correlativa consiste, por ende en la abstención que se impone al Estado y sus autoridades de impedir o coartar la manifestación escrita de las ideas, traducida en la publicación o edición de libros, folletos, periódicos, etc. También la obligación negativa consistente en no establecer previa censura, esto es, estimar una publicación con el fin de constatar su

⁴¹⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., p. 279

conveniencia o inconveniencia tomando como base un determinado criterio, así como en no exigir fianza a los autores o impresores.⁴¹⁶

Según la Constitución Mexicana, las excepciones a la libertad de expresión son: ataques a la moral, ataques a los derechos de tercero –entre los cuales está el DIMA-, si se provoca algún delito, y si se perturba el orden público. Esta libertad que puede entrar en conflicto con el DIMA, aunque Amat dice que para expresar ideas, en principio, no es necesario utilizar la imagen de otro.⁴¹⁷

Por otro lado tenemos la libertad de información que se canaliza a través de lo que se llama medios masivos de comunicación, como lo son la prensa, el cine, la TV y el radio. La información por estar estrechamente vinculada a la colectividad que la recibe, debe condicionarse al interés social como prevalente sobre los intereses particulares de los informadores y de quienes utilicen dichos medios como propaganda o anuncio.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 constitucional según se trate de libertad de expresión –en el sentido de la emisión de juicio y opiniones- y libertad de información –en cuanto a la manifestación de hechos-. Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso, habrá de atenderse al elemento predominante. La regla de veracidad no exige que los

⁴¹⁶ Idem

⁴¹⁷ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., p. 34

hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

Las libertades de expresión e información no son libertades como las demás; pues afectan, no sólo a su sujeto –el periodista, autor o comentaristas–, sino a toda la comunidad política, puesto que un sistema pluralista y democrático sólo puede existir si los ciudadanos tienen acceso a informaciones y opiniones de signo distinto, de manera que puedan evaluar la actuación de los gobernantes, y de sus eventuales sustitutos; se reclama así una posición preferente para estas libertades; pero, por otro lado, se indica que si un sistema democrático es preferible, es precisamente porque garantiza los derechos de cada ciudadano y de todos ellos, y que esta garantía debe alcanzar a aspectos tan decisivos en nuestra cultura, y tan arraigados en nuestra forma de ser y vivir como son los llamados derechos de la personalidad: como el DIMA.

Existen distintas teorías sobre la prevalencia de las libertades de información y expresión o de los derechos de la personalidad –específicamente el DIMA- cuando entre en conflicto entre sí. Ahora veremos las más representativas.

Primero está la teoría que considera primordiales los derechos morales como el DIMA sobre la libertad de expresión y la libertad de información o comunicación. Esta teoría se justifica por que, el DIMA ocupa un lugar superior a éstas por ser personalísimo y ocupan el rango siguiente a los derechos primarios de la vida y la integridad física.

Además no pueden ser prevalentes la libertad de información cuando no existe un verdadero interés público de información.

Por otro lado, está la teoría que considera concurrentes los derechos dela personalidad -DIMA- respecto a las libertades de expresión y de información. Diversos y destacados

autores se han pronunciado respecto, así Llamazares Fernández afirma que la doctrina del Tribunal Constitucional Español podría resumirse de modo siguiente:

1º en ningún caso la limitación de uno de los derechos puede afectar a su núcleo esencial que es intangible. Deberán preservarse en todo caso las facultades que lo hacen reconocible, cuidando que no quede cerrada la posibilidad de dar de consecución de los intereses a los que sirve.

2º deben de compatibilizarse y armonizarse unos y otros derechos, de manera que se consiga, atendidas las circunstancias concretas, la realización simultánea de todos ellos en su grado óptimo.

3º Debe darse proporcionalidad entre el derecho que se limite y el bien que se protege, esa es una ponderación que deberá hacer el juez, caso por caso.

Por último, existen teorías que apoyan la prevalencia o predominio de las libertades de expresión y de información sobre el DIMA.

Estas teorías, si bien con matices, abogan en general que cuando existe un conflicto o una colisión entre el DIMA frente a la libertad de expresión y la de información debe ceder aquel ante éstas. La postura más radical de los defensores de esta teoría la defiende Bustos Pueche al estimar que la libertad de expresión es, en términos constitucionales, un medio de información de la opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública que es una institución del estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger.⁴¹⁸ Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues

⁴¹⁸ HERCE DE LA PRADA, Vicente, *op. cit.*, p. 180

los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales de quien los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan a normales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas.⁴¹⁹

Por nuestra parte, creemos que los derechos de la personalidad deben ser reconocidos por todas las constituciones y deben tener igual rango. Ahora bien, si entran en conflicto *a priori* ninguno debe prevalecer, sino que hay que analizar dicha prevalencia caso por caso. Así por ejemplo, el DIMA podría declinar –no en todos los casos- ante el interés social que haya en el caso determinado si por el contrario, el objetivo a satisfacer es la simple curiosidad de los lectores o telespectadores o bien la información carece de interés social resultará inobjetable que prevalecería el DIMA.⁴²⁰

Otro de los problemas más comunes es la colisión entre el DIMA y el derecho de autor.

2.19.2. Derechos de autor

El objeto del DIMA referido a la manifestación del aspecto físico externo de la persona es susceptible de las más diversas formas de expresión –objetiva- como, por ejemplo, la escultura, la pintura, la fotografía, siendo preciso que la misma sea reconocible –en sí, o por el contexto como vimos anteriormente-. Desde esta perspectiva resulta que, sobre la imagen humana expresada objetivamente, puede recaer, además del DIMA de la persona en cuestión, los derechos de aquellos que la crean o plasman mediante su ingenio y simple destreza. La especialidad aquí no proviene de una determinada cualidad del sujeto titular sino de la posible pluralidad de sujetos. Si la titularidad de tales derechos coincide en una misma persona, por ejemplo un autorretrato, o habiendo distintos titulares éstos de común

⁴¹⁹ HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., pp. 110-1

⁴²⁰ Burgoa dice que el Interés social: "...radica en evitar algún daño o perjuicio de cualquier índole a la comunidad, en procurar, para ésta algún beneficio, en resolver los problemas colectivos o en satisfacer cualquier necesidad pública". BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., p. 111

acuerdo han determinado cabalmente sus límites no tienen, en principio, porque plantearse problemas. La cuestión se suscita cuando siendo varios los derechos sobre el mismo objeto y distintos los titulares se produce un conflicto de intereses entre la persona cuya imagen se reproduce y el autor de la misma.⁴²¹

Así, por ejemplo, el artículo 12 de la ley búlgara de 1961 establece que pertenece al autor de la obra el derecho sobre un dibujo, una escultura, una incisión o grabado y una fotografía que representen a otra persona, pero que, sin embargo, el autor no puede ejercitar el derecho de reproducción o de difusión sino con autorización de la persona retratada y después de su muerte con la de su cónyuge superviviente o la de sus hijos.

El artículo 17 de la ley checa de 1963 de derechos de autor restringe el ámbito del consentimiento contractual del retratado, señalando que no lesiona el derecho de autor quien reproduce o hace reproducir para su uso personal o incluso distribuir las reproducciones de una obra fotográfica que represente su retrato y que haya sido realizado por encargo o a título oneroso.

En este momento se hace necesario distinguir entre una obra fotográfica y una fotografía. Esta distinción no sólo es formal sino que tiene trascendencia sustantiva en el sentido de que, el conjunto de facultades que se proyectan sobre una fotografía es mucho más amplio si ésta constituye una obra fotográfica que si se trata de una mera fotografía. La obra fotográfica supone las notas de creatividad y originalidad. La creatividad, no muy amplia en este tipo de obras, es posible en la medida en que no se entienda este requisito en sentido absoluto como creación *ex novo* de los elementos siendo suficiente que, aunque reproduzca una realidad anterior, no se limite a la reproducción pura y simple de ella sino que concurra por parte del sujeto una actividad de percepción, de elaboración y de expresión. La originalidad ha de suponer, según la acepción subjetiva defendida por Bercovitz un cierto grado de novedad que puede conseguirse de la elección del motivo o imagen, perspectiva, delimitación, luces y sombras, contrastes, momento, pudiendo proceder también del tipo de revelado, retoques, fotomontajes, etc.

⁴²¹ ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 140-1

Hoy en día la originalidad se puede entender también en sentido subjetivo atendiendo a al Directiva 93/98 CEE como han puesto de manifiesto Rodríguez Tapia y Bondía Román, lo cual significa que toda fotografía que implique un trabajo de planteamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo y la capacidad creativa e intelectual del fotógrafo, deberá considerarse original. En España las meras fotografías, que podrían formar parte de las denominadas *Kleine Münze* -creaciones inferiores - son las que no tienen carácter de obra protegida, también son aquellas que o bien no son artísticas o bien no son originales, o ni lo uno ni lo otro, pese a que son realizadas por un sujeto. La mencionada trascendencia sustantiva de la distinción se traduce en que mientras el autor de la mera fotografía, -realizador-, goza de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, al autor de una obra fotográfica le corresponden además de los derechos aludidos, el derecho moral de autor, el de transformación, entre otros derechos.

Concretamente, por lo que se refiere al autor de una obra fotográfica, en tanto deberá hallarse protegido por el derecho de autor en cuanto, gracias a sus conocimientos técnicos y profesionales, a su habilidad, a su gusto y su buen juicio, haya sabido crear una obra original, nueva, que por sus características se diferencie de la expresión objetiva banal que podría obtener todo manipulador de una cámara fotográfica. Entonces, se puede decir que cuando el arte no aparece por parte alguna, debe considerarse inexistente el derecho de autor del fotógrafo.

Se infiere ya que el conflicto que puede surgir entre los titulares de los derechos implicados en una fotografía son de distinta índole según que el sujeto que la capte tenga la consideración de autor o de realizador. Aún así por lo que se refiere al eventual conflicto entre los realizadores y el titular del DIMA, en España su solución se alcanza fácilmente relacionando el TRLPI y la LO 1/1982. En tal sentido, siendo los intereses en juego, en principio antagónicos, -pecuniarios y morales-, partimos de la posición prevalente del titular del DIMA y en consecuencia las facultades derivadas de la condición de realizador están supeditadas o bien a la obtención del consentimiento de la persona cuya imagen se utiliza, o bien a la concurrencia de alguna de las excepciones al DIMA. Sin embargo, la cuestión adquiere otros matices cuando nos referimos al autor de la obra fotográfica y al

titular de la imagen en ella captada. Por una parte, nos encontramos con el derecho moral de autor reconocido el 1º en el TRLPI que implica, entre otros, un derecho irrenunciable e inalienable a decidir si su obra ha de ser divulgada –art. 14. 1-, y por otra parte, con el derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible a la propia imagen –art. 1.3 LO 1/1982.

Para resolver esta cuestión, Rovira dice que hay que diferenciar de forma clara dos situaciones:

- 1) la captación y divulgación de la fotografía de una persona sin su consentimiento.
- 2) captación y divulgación con el consentimiento del efigiado.

Por lo que respecta a la primera, la ausencia de consentimiento conlleva la ilicitud de la captación y más aún de la divulgación impide el nacimiento de cualquier derecho por parte del autor y, consiguientemente el eventual conflicto ya no se produce pues no existe colisión con un derecho que no ha surgido, el del autor.

Por lo que se refiere al segundo supuesto para poder hablar de conflicto es necesario que el titular de la imagen que consintió haga uso de la facultad revocatoria. En este entendimiento y para poder resolver la cuestión planteada es preciso, a su vez, distinguir si el ejercicio de esa facultad obstativa a la divulgación se produjo antes de que se llevase a cabo la divulgación o después porque evidentemente la revocación es irretroactiva. Al margen de los efectos de la revocación que no presentan problema, la determinación del momento en que se lleva cabo es de capital importancia para saber si estamos ante el derecho de autor a decidir sobre la divulgación de la obra o ante el derecho de autor a la divulgación de la obra. El derecho moral de autor previsto por el art. 14 TRLPI confiere a éste el derecho a decidir la divulgación de la obra y se refiere a aquellas obras que aún no hayan salido de su esfera íntima y debe por tanto diferenciarse, como con acierto sostiene Pérez Ontiveros, del derecho a la divulgación o publicación. La relación entre el derecho a decidir la divulgación y el derecho a la divulgación implica que, con carácter previo a la divulgación efectiva, el autor ha tenido que decidir la misma y solamente va a tener el

carácter de derecho moral el derecho a decidir la divulgación. En consecuencia si el titular del DIMA autoriza la divulgación y después se niega pero antes de que la obra haya sido divulgada, nos encontramos con la colisión de dos derechos de carácter moral y como tales irrenunciables e inalienables: el derecho moral de autor a decidir la divulgación y el DIMA –art. 1.3 LO 1/1982. En tal supuesto, sin perjuicio de que la solución a la que finalmente se llegue atendiendo a las circunstancias concretas puede ser favorable a cualquiera de los dos derechos, Rovira cree que en absoluto debe resolverse en favor del derecho moral de autor dado el valor artístico que por definición ha de concurrir en toda obra fotográfica haciendo, para ello, valer la excepción del art. 8.1 de la LO 1/1982 en el que se establece que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, el cual como puede advertirse atiende de forma expresa a la presencia de interés cultural prevalente y relevante para suprimir la ilicitud, interés en el que evidentemente encuentra cabida el arte y dentro de él las obras artísticas y por ende las obras fotográficas.

En el supuesto de que el titular del DIMA revoque la autorización para la divulgación una vez que ésta ya se haya producido. Rovira entiende que deberá prevalecer el DIMA toda vez que el conflicto enfrenta ahora no al derecho moral de autor, que se supone ya ha sido satisfecho como consecuencia de la decisión de divulgación, sino al derecho a la divulgación de la obra que en la medida que tiene *ex lege* un carácter pecuniario habría de sacrificarse por carecer de las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad que aún a pesar del consentimiento se mantendrían respecto del DIMA. Ello siempre sin perjuicio de indemnizar al autor de la fotografía por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la revocación.

En el contexto jurídico portugués la revocación antes de que se hubiese decidido la divulgación sería suficiente para impedir la y no se produciría el conflicto, al menos en términos de colisión frontal de dos derechos morales toda vez que no se contempla como derecho moral de autor el decidir acerca de su divulgación.

En la ley italiana de 22 de abril de 1941 de protección al derecho autor y otros derechos conexos; concretamente, en su art. 20 establece que independientemente de los otros derechos de exclusiva utilización económica de la obra previstos en las disposiciones precedentes –arts. 12 a 19- y también después de la cesión de los mismos, el autor conserva el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación y otro daño de la obra misma que puedan ser perjudiciales para su honor o su reputación. Ya de forma más específica y con relación a las fotografías en los arts. 87 y 88 además de proporcionar un concepto amplio de las mismas por cuanto se consideran como tales las imágenes de las personas o de aspectos, elementos o hechos de la vida natural o social, obtenidas con el proceso fotográfico o con un proceso análogo, comprendidas las reproducciones de obras de arte figurativo y los fotogramas de las películas fotográficas, señalan cuáles son los derechos que corresponden al fotógrafo: el derecho exclusivo de reproducción, difusión de la fotografía, salvo las disposiciones establecidas en la Sección 2ª del Capítulo sexto de ese Título por lo que respecta al retrato. En concreto su régimen jurídico se contempla en los arts. 96 a 98, a tenor de los cuales el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin el consentimiento de ésta salvo que la utilización de la imagen esté justificada por la notoriedad o cargo público del efigiado, necesidades de justicia o de policía, por los fines científicos, didácticos o culturales o cuando la reproducción está ligada a hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o desarrolladas en público. Ahora bien, el retrato no podrá ser expuesto ni comercializado cuando acarree un perjuicio para el honor o la reputación de la persona retratada. Asimismo, salvo pacto en contrario el retrato fotográfico por encargo puede ser publicado, reproducido o hecho reproducir por el retratado o sus sucesores sin el consentimiento del autor si bien habrá de pagársele a éste un equivalente.⁴²²

Por otro lado tenemos el caso de que el retrato se haga por encargo, así tan pronto como el retratado satisfaga el precio convenido, indudablemente la propiedad de la fotografía pasará a él de modo absoluto y con pleno derecho de disposición, incluso a título oneroso. El retratado podrá por su cuenta reproducir la fotografía y publicarla; mientras el fotógrafo,

⁴²² ROVIRA SUEIRO, María, op. cit., pp. 140-157

por su parte, será considerado un extraño al respecto y, por ende, sin consentimiento del efigiado aquel no podrá llevar a efecto nuevas reproducciones de su obra conteniendo la imagen de aquél, a no ser que se halle por él expresamente autorizado al efecto. Tampoco podrá el fotógrafo exponer su obra en las vitrinas o escaparates de su establecimiento, taller o estudio, ni siquiera como anuncio o propaganda de su industria, sin ser para ello autorizado por la persona cuya imagen ha plasmado en papel fotográfico. Incluso pueden obtenerse entonces del fotógrafo no sólo las copias, sino también, previo pago, el cliché o negativo de la fotografía. De no comprarlos, podrán ver vendidos tales negativos por el fotógrafo, pero únicamente si vende o traspasa el establecimiento entero, como formando parte de las existencias del mismo; no separadamente.⁴²³

En México, la Ley de Derechos de Autor en su art. 85 expresa que salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquiriente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional. El art. 86 refiere que los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo previa autorización. Pero lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro.⁴²⁴

Ahora bien; de este caso de fotografía hecha por encargo del efigiado o sus familiares habrá que distinguir, como hace la Ley Suiza de 7 de diciembre de 1922, aquel otro en que la fotografía haya sido realizada por iniciativa y a cuenta del fotógrafo. Parece que habrá de reconocer al fotógrafo un cierto derecho de autor sobre tal imagen. Se producirá efectivamente la concurrencia sobre un mismo bien: el retrato de una persona -de dos distintos derechos de exclusión, el de la propia imagen del efigiado y el de autor del fotógrafo-. Cada uno de ellos estará limitado por la existencia del otro y, por tanto, para la ulterior publicación del retrato será menester el acuerdo de ambos titulares. Entonces, ni el

⁴²³ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit.

⁴²⁴ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

retratado podrá por su cuenta reproducir la obra artística que le representa, ni publicarla, ni ponerla en comercio, sin la autorización de su autor, o al menos sin mantener la firma de éste y quizás abonándole una compensación económica si la publicación se hace con fin de lucro; ni el artista podrá llevar a cabo nuevas reproducciones ni publicar su obra si no ha mediado la autorización expresa del retratado.

Mascareñas señala que también se deben de aplicar algunas excepciones del DIMA al derecho de autor de una expresión objetiva, como un retrato. Así, por ejemplo, por la popularidad de la persona efigiada se podría utilizar dicho retrato –siguiendo las reglas antes dadas-. Por otro lado, puede afectar también al derecho de autor la excepción de utilización del retrato para el logro de finalidades necesarias al servicio de la justicia y concretamente de la policía. Pero no así en los restantes casos de restricción del ejercicio del DIMA por interés público, en los que, aun si se estima, que vale la publicación de una fotografía en periódicos, revistas, obras, obras didácticas, etc., sin más mención del nombre del autor, parece procedente reconocer a éste el derecho a ser recompensado económicamente y de modo adecuado por tal utilización de sus fotografías. Por consecuencia de cuanto queda expuesto si un tercero, sin el consentimiento de dichos dos titulares de derechos sobre un mismo retrato, lo utiliza, comete simultáneamente dos violaciones, cuya reparación le puede ser exigida en el mismo juicio o en juicios separados. Si uno de dichos titulares de derechos lesionados renuncia a su pretensión de reparación, ello no debe implicar presunción alguna de que el otro también lo haya hecho.⁴²⁵

2.19.3. Derecho del trabajo

El conflicto entre el derecho del trabajo y el DIMA lo podemos ilustrar con el siguiente caso español: un trabajador de una empresa de derivados de cerdo fue despedido por negarse a realizar una demostración de corte de jamón ante las autoridades y la prensa en la presentación pública del producto, alegando el trabajador que no quería que su imagen

⁴²⁵ MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats Buenaventura Pellisé, op. cit., pp. 359-361

fuera captada públicamente, despido que fue considerado procedente por la jurisdicción laboral española. La acción fue desestimada por los tribunales.⁴²⁶

Sin embargo, si aplicamos la legislación laboral mexicana tenemos por un lado la obligación del trabajador de desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estará subordinado en todo lo concerniente al trabajo –art. 134 fracc. III de la Ley Federal del Trabajo-. Por el otro lado tenemos el DIMA del trabajador que en este caso sería específicamente la facultad de decidir si su imagen puede ser captada o no. Por nuestra parte consideramos que en este caso en particular habría que ver si esa obligación dada por el patrón concernía las actividades del trabajador, pensamos que aquí la obligación es de cortar el jamón y que ya no lo es hacerlo frente a las cámaras, puesto que eso es para publicidad; y por ello consideramos que debía prevalecer el DIMA del trabajador. Sin embargo, -como hemos venido sosteniendo- hay que atender a las particularidades de cada caso.

2.19.4. Criterio general para resolver dichos conflictos

Ahora haremos referencia a un criterio que consideramos en todos los casos podría aplicarse junto con los criterios específicos que dimos para los conflictos con cada derecho.

Dicho criterio consiste en que hay que valorar los intereses en cada caso, pero hay que tener en cuenta que si el daño producido es grave puede contrapesar el interés general y no permitirse el uso de la imagen.⁴²⁷

Para finalizar este capítulo queremos hacer unas reflexiones sobre el problema de la imagen frente a los avances tecnológicos.

⁴²⁶ SARAZA JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, España, 1995, p. 151

⁴²⁷ AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pp. 34-40

2.20. Imagen y nuevas tecnologías de la comunicación –INTERNET–.

La pregunta que se puede formular es: ¿de qué sirve una normatividad nacional si la red es, por definición, de ámbito mundial?. Además, no es posible controlar al particular que transforma a su arbitrio la expresión objetiva de la imagen de una persona que está circulando por la red, no es posible –hoy por hoy– impedir que un usuario introduzca en la red la expresión objetiva de la imagen personal de alguien que ni ha dado su consentimiento, ni tiene las condiciones de notoriedad exigibles para justificar tal intromisión; y, lo que es más preocupante, no es posible tampoco exigir responsabilidades. Dar con el autor de una intromisión ilegítima por difusión o manipulación de la expresión objetiva de la imagen en la red, requiere que los operadores que ofrecen los servicios de comunicación asuman la carga de efectuar un control sobre los contenidos vinculados y sobre sus autores, algo que técnicamente sí es posible.

Hasta ahora, los medios de comunicación convencionales han ofrecido sistemas uniformes de comunicar: la televisión, la radio, la prensa, suponen siempre difundir hacia un público general. Pero Internet ofrece la opción de cambiar los modos de comunicar dentro de un mismo medio: se puede mantener una comunicación personal, semejante a la del teléfono; se puede comunicar al modo de los medios convencionales difundiendo mensajes hacia unos destinatarios potencialmente ilimitados; o bien, pueden interactuar varios emisores y receptores de forma simultánea.⁴²⁸ Todo eso hace más difícil la aplicación del DIMA de las personas respecto a su ubicación geográfica, su nacionalidad, etc.; aunque puede ser el principio de una configuración de un DIMA con una única regulación global.

Ahora bien, ya visto de una manera más o menos completa el DIMA, proponemos que este derecho sea reconocido de manera expresa –junto con los demás derechos de la personalidad–, en primer lugar en las distintas constituciones del mundo, las cuales como en México constituyen el punto de partida del sistema jurídico. Además se debe reconocer –junto con los otros derechos de la personalidad–, como límite expreso de las libertades de

⁴²⁸ AZURMENDI ADARRAGA, Ana, op. cit., p. 212-3

expresión e información, esto último, sin miedo a las críticas de los medios por razones de ley mordaza.

Pensamos que debe abrirse un apartado especial en los códigos civiles –o crear nuevas leyes como el caso de España-, referentes a los derechos de la personalidad –patrimonio moral de la persona-, donde se haga un catalogo –abierto, por supuesto- de dichos derechos. Además, se debe regular al DIMA en todos sus aspectos, excepciones, límites y limitaciones. En la protección a la imagen se deberían contemplar una definición de imagen como objeto de protección del DIMA, las formas más comunes de violarlo como son la creación de expresiones objetivas de la imagen, su publicación, el caso de la falsa apariencia incluyendo al montaje, su uso con fines comerciales o no; así como sus limitaciones tanto subjetivas como en el caso de las personas noticia, aquellas que deben permanecer en el anonimato, el uso de la imagen de las personas accesorias, así como de las limitaciones objetivas, como necesidades de justicia o de policía, fines culturales –científicos, históricos y didácticos-, razones de información pública, hechos de interés público o desarrollados en público, y el uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona. Por otro lado, deben considerarse los casos especiales como son la caricatura, el doble, el imitador. Así como el sentar bases del uso que se pudiera dar en biografías, ficciones, ficcionalizaciones, y docudramatizaciones.

Asimismo, creemos que las disposiciones acerca de este derecho deben ser específicas, es decir, no se puede encontrar normadas por extensión o por relación que guarda con otros derechos afines como por ejemplo, la intimidad y el honor, sino que debe ser regulada de manera independiente a fin de que su protección sea más clara y eficaz.

Por otra parte, el DIMA en nuestro país tiene muchas peculiaridades como será estudiado en el siguiente capítulo.

CAPITULO TERCERO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN MÉXICO

Habiendo estudiado el DIMA con todas aquellas características que deberían contener las distintas legislaciones, se hace necesario ver su regulación en nuestro país, la cual, como veremos, es muy escasa. Comenzaremos con ver algunos antecedentes legislativos, para continuar específicamente con su regulación vigente.

3.1. Antecedentes legislativos en México

El primer antecedente legislativo lo encontramos en la Ley de Derechos de Autor de 1947⁴²⁹, cuyo art. 25 dice que el retrato de una persona no podía ser publicado, exhibido o puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de ella y después de su muerte, del de su cónyuge y de los hijos, y en su defecto de sus ascendientes y otros descendientes hasta el segundo grado. Asimismo mencionaba que la persona que haya dado su consentimiento podía revocarlo antes de la publicación o de subsecuentes publicaciones pero estaba obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que con ello se ocasionase. Por último agregaba que era libre la publicación del retrato cuando tenía un fin científico, didáctico, y en general, cultural, o si se refería a un acontecimiento de actualidad, de interés público u ocurrido en público.

En esa misma ley encontramos regulado el "delito de publicación del retrato"; en efecto, el art. 119 de dicha ley decía que se castigaba con prisión de tres días a seis meses o multa de 10 a 1, 000 pesos, o ambas sanciones a juicio del juez, al que, fuera de los casos autorizados por la ley, publicaba, exhibía o ponía en el comercio el retrato de una persona.

⁴²⁹ D.O.F. del 14 de enero de 1948

La siguiente regulación al DIMA la encontramos en la Ley Mexicana de Propiedad Intelectual del 29 de diciembre de 1956⁴³⁰ la cual establecía en el art. 13 que el retrato de una persona no podía ser publicado sin su consentimiento expreso y, después de su muerte, del de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus hijos y otros descendientes hasta el segundo grado. También decía que la persona que haya dado su consentimiento en alguno de los casos mencionados podía revocarlo antes de cada publicación, pero quedaba obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que ello ocasionara. Asimismo podía publicar el retrato de una persona cuando la publicación tenía un fin educativo, científico o cultural o de interés general, o si se refería a un acontecimiento de actualidad u ocurrido en público, siempre que no fuese infamante. Además se agregaba la particularidad de que los fotógrafos profesionales podían exhibir las fotografías de sus clientes, como muestra de trabajo, si no se oponía alguno de los interesados mencionados.

El delito de publicación del retrato pasó al art. 136 en el cual se imponía la pena de prisión de quince días a seis meses o multa de 100 a 1,000 pesos, o ambas sanciones a juicio del juez, al que, fuera de los casos autorizados por la ley, publicaba, exhibía o ponía en el comercio el retrato de una persona.

Esta última Ley fue afectada por la reforma de 1963⁴³¹ y el DIMA paso a ser regulado por el art. 16, el cual mencionaba que la publicación de la obra fotográfica podía realizarse libremente con fines educativos, científicos culturales o de interés general, pero en su reproducción debía mencionarse la fuente o el nombre del autor. Asimismo, el retrato de una persona sólo podía ser usado o publicado, con fines lucrativos, con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes, o en caso de muerte, el de sus herederos en el orden de sucesión que establecían las leyes civiles. Por otro lado, la autorización podía revocarse por quien la otorgó, quien debía responder de los daños y perjuicios que ocasionare con la revocación. Y por último mencionaba que los fotógrafos profesionales podían exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo si no había oposición

⁴³⁰ D.O.F. del 31 de diciembre de 1956

⁴³¹ D.O.F. del 21 de diciembre de 1963

de su parte o de sus representantes. Por otro lado, desapareció el delito de publicación de retrato.

Ahora veamos la regulación vigente.

3.2. Ley Federal de Derechos de Autor⁴³²

La poca regulación sobre el DIMA en México, la encontramos esencialmente en las disposiciones de la Ley Federal de Derechos de Autor, derivada de la relación que puede darse entre la obra fotográfica y el retrato de una persona determinada

Los artículos de dicha ley dedicados a la protección del DIMA –aunque lo hacen prácticamente en función de las obras fotográficas- se encuentran en el Título cuarto “De la Protección al Derecho de Autor”, Capítulo II “De las Obras Fotográficas, Plásticas y Gráficas”, y son el 86 y 87. Art. 86 dice que los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización. Pero lo anterior, gracias a la reforma que sufrió este artículo⁴³³, no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro.

Por su parte el art. 87 dice que el retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quién, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación. Asimismo, dispone que cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento mencionado y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados. Por el contrario, no es necesario el consentimiento cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en

⁴³² D.O.F. del 24 de diciembre de 1996

⁴³³ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

un lugar público y con fines informativos o periodísticos. Por último dicho artículo menciona que los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte.

En dichas disposiciones existe la prohibición de utilizar fotografías de personas sin que medie su consentimiento expreso. No obstante, la protección que encontramos limita la defensa del DIMA frente a casos específicos como son las caricaturas, las historietas, la televisión, cinematografía, medios electrónicos, etc.; debido a que sólo hace referencia a los retratos –aunque creemos que se debe hacer extensiva a las demás expresiones objetivas de la imagen, como puede ser una escultura, una pintura, una película, etc-. Asimismo, dispone que no es necesario el consentimiento cuando la persona retratada se encuentre en lugares públicos y que la foto se tome con fines periodísticos, es decir, ambos requisitos son indispensables y no son excluyentes el uno del otro. De esta forma, si una persona es tomada en un momento que recaiga en su vida privada está viendo violado su DIMA –y tal vez su derecho a la privacidad- no importando que se esgriman fines periodísticos.

Existen otros artículos que pueden resultar ligados con el DIMA, a saber: 173 fracción III y 188 fracción I, inciso e) los cuales se encuentran incluidos en el Título VIII “De los registros de derechos”; Capítulo Segundo “de las reservas de derechos al uso exclusivo”.

El art. 173 fracc. III nos dice que la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva entre otras cosas las características físicas y psicológicas distintivas aplicadas a personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos.

Por su parte el art. 188 fracc. I e) dice que no son materia de reserva de derechos, entre otras, las características físicas o psicológicas cuando incluyan –entre otras cosas- la imagen de alguna persona determinada, sin consentimiento expreso de la misma.

La reserva de derechos es concebida como una figura creada para proteger elementos adyacentes a la obra, pero que no constituyen una obra en sí misma. Así pues, debido a no

ser propiamente una creación no puede ser catalogado como un derecho de autor propiamente dicho, ni como un derecho conexo.

Como establece el artículo 173 fracción III a través de la reserva de derechos es posible obtener la facultad de usar y explotar en forma exclusiva, entre otros, personajes humanos de caracterización por ejemplo, el Chaparrón Bonaparte, el Dr. Chapatín o Cantinflas; o ficticios o simbólicos como Charly Brown o Coby.

Ahora bien, el término “Personaje” es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como cada uno de los seres humanos, sobrenaturales o simbólicos, ideados por el escritor, que toman parte en acción de una obra literaria; también puede ser la criatura de ficción que interviene en la obra literaria, teatral o cinematográfica. A veces puede ser animales, especialmente los dibujos animados; y por caracterización entiende el representar un actor su papel con la verdad y fuerza de expresión necesarias para reconocer al personaje representado.⁴³⁴

“El personaje humano de caracterización es el ser ficticio ideado para ser representado por un actor o un ser humano de manera general”.⁴³⁵ Pensemos por ejemplo, en el caso del Chaparrón Bonaparte; es evidente que la reserva de derechos se da sobre el personaje de bigote, que porta lentes, vestido con camisa de manga larga, pantalón de vestir, tirantes y sombrero; además con ciertas características psicológicas como el hecho que padezca de sus “chiripiorcas” y que esté “loco”, asimismo que siempre esté acompañado de su amigo Lucas; sin embargo, aunque este personaje se encuentre completamente ligado al actor que la da vida: Roberto Gómez Bolaños -pues éste aporta sus gestos, características físicas, su fuerza de expresión, lo que daría como resultado que no sea posible pensar en el Chaparrón Bonaparte representado por cualquier otro actor- es evidente que con la reserva de derechos sobre el personaje no se protege la imagen de Gómez Bolaños sino al personaje producto del ingenio de determinado sujeto -sea o no la misma persona que lleva a cabo tal caracterización-. Es posible que podamos concluir que en el caso de este tipo de reserva de

⁴³⁴ Diccionario de la Real Academia, op. cit., p. 787

⁴³⁵ LARRONDO SCHOELLY, Andrea, op. cit., p. 47

derechos, el derecho se le otorgaría tanto al creador del personaje humano de caracterización como también a quien lo configura, por estar ligados y de esta manera encontraremos una protección a la imagen de las personas por extensión.⁴³⁶

Es evidente que la LFDA no tiene como objetivo proteger la imagen de las personas, tal y como lo establece el mencionado artículo 11 el cual dice que el derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de dicha Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial. En consecuencia, el personaje del Chaparrón Bonaparte podría ser caracterizado por cualquier otra persona, siempre que su creador lo permita. Por otro lado, si pensamos que la imagen puede ser protegida por extensión cuando se obtiene el certificado de reserva de derechos sobre un personaje humano de caracterización, caeríamos en situaciones absurdas como el hecho de que la persona Roberto Gómez Bolaños sólo tiene su imagen protegida en tanto encarne el personaje del Chaparrón Bonaparte y no en cualquier otra caracterización que realice como el Dr. Chapatín o el Chapulín Colorado, o que con cada reserva de derechos a estos personajes la imagen de Gómez Bolaños pueda resultar protegida dos, tres o cuatro veces. Si atendemos a lo que busca el derecho de autor y en este caso el derecho conexo, que también de cierta forma implica una creación intelectual, no se podría pretender que la reserva de derechos esté ligada a una persona determinada porque entonces no se estaría protegiendo la creación del personaje con sus características físicas y psicológicas sino a la persona de Roberto Gómez Bolaños, es decir, se desvirtuaría la naturaleza de la reserva de derechos, en la cual busca otorgar en este caso el uso exclusivo del personaje humano de caracterización y no una reserva sobre la propia imagen.⁴³⁷

En relación con el artículo 173 encontramos el artículo 188 fracción I, inciso e) en el cual se establece que no son materia de reserva de derechos las características físicas o psicológicas cuando éstas incluyan la imagen de una persona determinada sin su

⁴³⁶ Idem

⁴³⁷ Idem

consentimiento expreso. Sin embargo, la disposición contenida en este artículo debe ser entendida en tanto estas características se aplique a personajes ficticios o simbólicos, pues como hemos establecido en el caso de los personajes humanos de caracterización no es posible pretender la reserva de la imagen de la persona que encarna del personaje. En este sentido un personaje ficticio o simbólico -por ejemplo, un muñeco de peluche que representa a una determinada persona- podrá tener las características reales de una persona, siempre y cuando ésta acceda a otorgárselas y se reúnan los requisitos solicitados por el INDAUTOR -Instituto Nacional de Derechos de Autor-.

El problema para quien pretenda la reserva de derechos, cuando no obtenga el consentimiento del titular de hacer uso de sus características físicas, será únicamente él no obtener la reserva de derechos, ya que no existe disposición para evitar que la imagen sea explotada o resulte protegida de manera más efectiva cuando se encuentre con este tipo de cuestiones, lo que puede dar lugar a que se utilice su imagen en personajes ficticios o simbólicos sin su autorización, y aunque INDAUTOR no haya otorgado la reserva de derechos. Sin embargo, encontramos algunos muñecos de peluche de una televisora mexicana, así como máscaras o muñecos de personas reales, cuyos explotadores seguramente no tienen el consentimiento de la persona, y, por lo mismo, carecen de una reserva de derechos sobre esa imagen que explotan, pero tampoco les es aplicada una sanción efectiva para evitar que la usen o exploten sin el consentimiento de su titular. Dicha utilización constituye una violación al DIMA de las personas que representen, independientemente que usen variaciones en los nombres.

En todo caso, para la persona titular de la imagen sería, desde cierta perspectiva, más benéfico dar el consentimiento para que un tercero o él mismo obtengan la reserva de derechos y así, por lo menos, tener la posibilidad de recibir regalías cuando ésta sea explotada. No obstante lo anterior, la reserva de derechos tampoco resultaría ser un método infalible para la protección del DIMA, puesto que las reservas de derechos en general y en este caso particular sobre personajes humanos de caracterización, simbólicos o ficticios, tienen una vigencia de cinco años contados a partir de la fecha de su expedición-art. 190-; aunque es susceptible de renovarse por el uso.

De acuerdo al art. 234 de la LFDA⁴³⁸, corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial -IMPI- el sancionar las Infracciones en Materia de Comercio contempladas en el art. 231 de dicha, entre ellas, la dispuesta por la fracción II, relativa a la Utilización de la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes, cuando dicha conducta sea realizada con fines de lucro directo o indirecto. Podemos decir que este artículo resultará ser uno de los más importantes en lo que a la materia del DIMA se refiere, ya que prevé una sanción para la explotación de la imagen de cualquier persona no importando la situación específica en que la misma se verifique, como puede ser el caso que ya señalamos en materia reserva de derechos. Así, podemos deducir que cualquier medio de explotación *grossa modo* estaría regulado dentro del art. 231, y no únicamente aquellos que tengan una norma expresa como es el caso de la fotografía; y, por lo tanto, TV, medios electrónicos y cualquier otro en que la imagen de las personas pueda resultar plasmada estarían obligados a respetar el derecho que nos ocupa.

Por otro lado del artículo 232 fracción II establece que a quien viole el art. 231 II se le aplicará una multa que va de mil hasta cinco mil días de salario mínimo. Asimismo, el art. 232 dice que se aplicará multa adicional de hasta quinientos días de salario mínimo general vigente por día, a quien persista en la infracción. Cabe mencionar que dicha sanción que se impone es una infracción de carácter administrativo, misma que queda a favor del IMPI, quedando abierta la posibilidad de acudir a los tribunales civiles a reclamar daños y perjuicios; lo cual consideramos que es una aberración, debido a que se vuelven demasiados trámites para el afectado –al tener que acudir a dos instancias diferentes- para ver satisfecha su pretensión; por lo cual proponemos que como solución, se faculte al IMPI para determinar el monto de daños y perjuicios, así como las facultades necesarias para la ejecución de dichas sanciones.

Además, es preciso señalar que estas sanciones se incrementan cuando quien realiza estos actos resulta ser un sujeto que tiene la facilidad de explotar la imagen en el ámbito

⁴³⁸ El art. 234 dice que el IMPI sancionará las infracciones materia de comercio con arreglo al procedimiento y las formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial. El IMPI podrá adoptar las medidas precautorias previstas en dicha ley, y para tal efecto tendrá las facultades de realizar investigaciones; ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos.

comercial. Así, el art. 233 dice que si el infractor fuese un editor, organismo de radiodifusión, o cualquier persona física o moral que explote obras a escala comercial, la multa podrá incrementarse hasta en un cincuenta por ciento.

De conformidad con lo establecido dentro del artículo 234 de la LFDA el IMPI sancionará las infracciones materia de comercio con arreglo al procedimiento y las formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial, asimismo podrá adoptar las medidas precautorias previstas en esta ley. Para tal efecto tendrá las facultades de realizar investigaciones; ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos.

También se podrá solicitar que el IMPI ejercite las medidas contenidas en el artículo 199 bis de la LPI que pueden ser:

I.- Ordenar el retiro de la circulación o impedir ésta, respecto de las mercancías que infrinjan el derecho.

II.- Ordenar se retiren de la circulación:

- a) Los objetos fabricados o usados ilegalmente;
- b) Los objetos, empaques, envases, embalajes, papelería, material publicitario, anuncios, letreros, rótulos, papelería y similares que infrinjan el derecho
- c) Los utensilios o instrumento destinados o utilizados en la fabricación, elaboración u obtención de cualquiera de los señalados anteriormente;

III.- Prohibir, de inmediato, la comercialización o uso de los productos con los que se viole el derecho

IV.- Ordenar el aseguramiento de bienes. El cual podrá recaer en: equipo, instrumentos, maquinaria, dispositivos, diseños, especificaciones, planos, manuales, moldes, clisés, placas, y en general de cualquier otro medio empleado en la realización de los actos o hechos considerados como infracciones; así como libros, registros, documentos, modelos,

muestras, etiquetas, papelería, material publicitario, facturas y en general de cualquiera otro del que se puedan inferir elementos de prueba; y mercancías, productos y cualesquiera otros bienes en los que se materialice la infracción –art. 211 LPI-

V.- Ordenar al presunto infractor o a terceros la suspensión o el cese de los actos que constituyan una violación al derecho

VI.- Ordenar se suspenda la prestación del servicio o se clausure el establecimiento cuando las medidas que se prevén en las fracciones anteriores, no sean suficiente para prevenir o evitar la violación a los derechos protegidos por esta Ley.

Si el producto o servicio se encuentra en el comercio, los comerciantes o prestadores tendrán la obligación de abstenerse de su enajenación o prestación a partir de la fecha en que se les notifique la resolución. Igual obligación tendrán los productores, fabricantes, importadores y sus distribuidores, quienes serán responsables de recuperar de inmediato los productos que ya se encuentren en el comercio.

De conformidad con el art. 235 de la LFDA el IMPI está facultado para emitir una resolución de suspensión de la libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, en los términos de lo dispuesto por la ley aduanera.

Sin embargo, consideramos que pudiera salir sobrando la existencia una infracción en materia del comercio cuando la imagen se utilice con fines lucrativos, ya que de todas maneras existe violación al DIMA que bien se puede demandar vía civil –ya que debe estar en el Código Civil como un derecho de la personalidad-, así que los fines lucrativos podrían ser sólo una agravante a la utilización de la imagen.

Cabe señalar que esta ley en su art. 213⁴³⁹ dice que los Tribunales Federales conocerán de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de dicha ley –como lo son las violaciones al DIMA- pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses

⁴³⁹ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal. Además agrega que las acciones civiles que se ejerciten se fundarán, tramitarán y resolverán conforme a lo establecido en esta ley y en sus reglamentos, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles ante Tribunales Federales y la legislación común ante los Tribunales del orden común.

Por otro lado y muy ligadas a las disposiciones de la LFDA encontramos aquellas de su reglamento.

3.3. Reglamento de la Ley Federal de Derechos de Autor⁴⁴⁰

En este reglamento encontramos algunos artículos que ayudan a la mejor interpretación de la LFDA. Como vimos en el art. 231 de la LFDA se menciona que la conducta debe ser llevada a cabo con lucro -directo e indirecto-; conceptos que son aclarados por el art. 11 del RLFDA el cual nos dice que se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la **utilización de la imagen de una persona** o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo. Asimismo, se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate. Además se agrega que no será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.

Este artículo limita los alcances del DIMA, ya que para que las sanciones establecidas en la LFDA sean aplicadas, las actividades deben llevarse a cabo con un fin de lucro directo o indirecto.

⁴⁴⁰ D.O.F. del 22 de mayo de 1998

En lo referente a las reservas de derechos en el reglamento destacan los artículos 71 73
74

El art. 71 dice que para los efectos del artículo 173, fracción III, de la Ley⁴⁴¹, no son objeto de reserva las características físicas y psicológicas reales de una persona determinada. Es decir, según este artículo no es posible proteger conjuntamente a la reserva sobre el personaje las características de la persona que le da vida. Pero la redacción de este artículo se encuentra en oposición a las disposiciones que establece la LFDA. En este orden de ideas el artículo 188 dice que no es posible obtener la reserva de derechos sobre los géneros a que se refiere al artículo 173 -en donde están incluidos tanto los personajes humanos de caracterización, como los ficticios y simbólicos- cuando incluyan la imagen de una persona que no ha otorgado su consentimiento, de lo cual podemos desprender que si tal consentimiento se otorga entonces sí podrá obtenerse la reserva; y, en segundo lugar, en la fracción I, inciso e) del mismo art. de la LFDA se dice que no son materia de reserva de derechos las características físicas o psicológicas de una persona cuando no lo consienta expresamente lo que por lógica nos lleva a concluir que si da el consentimiento la persona entonces sí da lugar a la reserva de derechos. Entonces, la interpretación correcta de esta prohibición sería que, en tanto no exista consentimiento expreso de la persona, no se puede dar la reserva derechos, pero si media consentimiento, si es posible otorgar la misma. Es importante mencionar que la imagen de la persona puede ser objeto de reserva derechos en tanto se encuentre ligada a un personaje ficticio o simbólico, pues en relación con el personaje humano de caracterización, como ya dijimos, no es posible hacer una reserva de derecho pues se desvirtuaría esta figura.

Por su parte, el art. 73 nos menciona que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 188, fracción I, inciso e), de la Ley, -que no son materia de reserva de derechos, entre otras, las características físicas o psicológicas cuando incluyan la imagen de alguna persona determinada, sin consentimiento expreso de la misma- será necesario el consentimiento expreso del interesado, cuando la solicitud correspondiente comprenda, conjunta o

⁴⁴¹ El art. 173 fracc. III nos dice que la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva entre otras cosas las características físicas y psicológicas distintivas aplicadas a personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos.

aisladamente, la reproducción del rostro de una persona determinada, su expresión corporal, facciones o rasgos generales, de tal manera que se pueda apreciar que se trata de la misma persona, aun cuando su rostro, expresión, facciones o rasgos generales fueran modificados o deformados y su nombre sustituido por uno ficticio.

Por otro lado, el art. 74 dice que para los efectos de la fracción II del artículo 231 de la ley, no constituirá infracción en materia de comercio la utilización de la imagen de una persona sin la autorización correspondiente, cuando se realice con fines informativos o periodísticos o en ejercicio del derecho de libertad de expresión.

Así, el artículo 74 establece un caso de excepción a la infracción en materia de comercio cuando se utiliza la imagen de una persona con fines informativos, periodísticos o en ejercicio de la garantía de libertad de expresión. Este artículo, así como esta concepción de la libertad de expresión y de los fines informativos puros y sanos, son lo que en diversos casos llevan a la violación del DIMA sin que exista la posibilidad de protegerla debidamente. Muchos periodistas violan el DIMA escudándose en fines de crítica y de información cuando en la mayoría de los casos el fin es evidentemente el lucro y el aumento del nivel de audiencia *-rating-* o de ventas en el caso de revistas. Piénsese en el caso de "la Orca"; en este programa nada más alejado a los fines periodísticos o de información, se viola constantemente la vida privada de las personas, que aunque viven del espectáculo, también tienen el derecho como cualquiera a gozar de espacios alejados de quienes que no forman parte de su círculo familiar, amistoso o de trabajo; hemos visto cientos de veces tomas en las cuales las personas esconden la cara o piden no ser fotografiados, donde claramente no están otorgando su consentimiento, y, sin embargo, este derecho no es respetado en aras de la libertad expresión y de los fines de crítica y periodismo. Creemos que por ello es necesario delimitar de manera clara hasta dónde llega el fin periodístico que debe protegerse y hasta dónde constituye un límite la vida privada de las personas, así como su DIMA, mismo que no debe ser violado en aras de un fin periodístico o informativo alguno.

3.4. Código Civil Federal

No encontramos disposiciones expresas sobre el DIMA, ni para alguno de los demás derechos de la personalidad, sin embargo podríamos encontrar su protección por medio de la responsabilidad civil y con obligación de reparación del daño moral y material así como los perjuicios causados—todos ellos pueden ser causados a una persona cuando se viola su DIMA-.

Así, el art. 2108 del Código Civil Federal define al daño como el menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación. Este concepto va aparejado con el de perjuicio el cual es definido por el art. 2109 del mismo código como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Estos conceptos dan origen a una responsabilidad civil, la cual se encuentra prevista en el art. 1910 que dice que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Esa obligación de reparar el daño puede tener como fuentes el hecho ilícito, el cual es definido por el art. 1830, como el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres o la responsabilidad objetiva por riesgo creado. Ahora bien, cuando surge la llamada responsabilidad civil el afectado tiene la posibilidad de optar, como lo apunta Bejarano Sánchez entre: la reparación en naturaleza, es decir, borrar los efectos del daño, restableciendo las cosas al estado que tenían antes de que se causara el daño o bien la reparación por equivalente, entendida ésta como el pago en dinero o en especie previa estimación legal.

En relación con lo anterior el art. 1915 establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando una personas sufre una pérdida o menoscabo dentro de su esfera inmaterial, es decir, en sus bienes personales o familiares nos encontramos el llamado daño moral, el cual está definido por el art. 1916 que dice que por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de si misma tienen los demás. Además, dice que se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Asimismo, cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual; igual obligación de reparar el daño moral el estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928.

Según este artículo, la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. Además, el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. En ese sentido, cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenara, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Ahora bien, el artículo mencionado dentro de su primer párrafo ha sido visto por la doctrina como el que contempla los derechos de la personalidad; sin embargo, resulta claro que el tratamiento que se da en forma extensiva, al hacer referencia el daño moral no otorgándose, por tanto, un tratamiento adecuado o sistemático. Por otro lado, este párrafo no contempla el DIMA, el cual, como ya lo hemos establecido, presenta una naturaleza

independiente y autónoma, no pudiendo entonces homologarse ni supeditarse a otros derechos como la vida privada u honor.

Por su parte el párrafo segundo de dicho artículo, establece que el daño conlleva a una responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual.

Por otro lado, el artículo 1916 bis⁴⁴² dice que no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Pero en todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

Como vemos, la regulación se establece únicamente en tanto este derecho sea violado, pero no existen normas claras que permitan establecer límites objetivos y bien sistematizados al respecto. De esta forma dentro del artículo 1916 se encuentra una regulación incipiente sobre el DIMA al estar relacionado por extensión con algunos de los conceptos enumerados; por ejemplo, el honor, los afectos, las creencias, la vida privada o los aspectos físicos; no obstante, la protección que establecerse artículo, se encuentra desprovista de los aspectos objetivos para que puedan resultar eficaces y aplicadas a cabalidad.

El artículo 1916 bis pretende dejar a salvo principalmente al derecho a la información, protegiéndolo y dejándolo aparentemente fuera de la obligación de reparar el daño. Sin embargo, la interpretación necesariamente en este sentido, pues si bien este artículo pone, de cierta forma, a salvo a quien ejerza los derechos de opinión o crítica, también establece que las limitaciones aplicables serán en todo caso las mismas que establece la Constitución, es decir, vida privada, orden público, moral, etcétera. No obstante lo anterior, los medios de difusión masiva se han excusado una y otra vez en estos lineamientos considerando que se

⁴⁴² El art. 1916 bis nace como consecuencia de la oposición de los medios de comunicación a una ley mordaza, es decir, a la creencia de que estableciendo los lineamientos del daño moral se estaría coartando la libertad de expresión y sobre todo el derecho a la información.

encuentran exentos de la reparación del daño cuando por el ejercicio de su derecho a la información o de sus subclases violen algún derecho de la personalidad, ya que aún admitiendo el interés cultural, el mismo no debe prevalecer sobre los derechos de la personalidad, y en particular sobre el DIMA, toda vez que muchas veces la intromisión ilegítima en ese derecho no resulta ni imprescindible ni necesaria para dar cumplida satisfacción al reseñado interés cultural.

El uso de la imagen, por otro lado, también puede generar el daño material –como vimos en el capítulo pasado- reconocido por el art. 2108, el cual dice que se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Además, el concepto de daño se encuentra fuertemente vinculado al de perjuicio el cual es entendido por el art. 2109 como la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

La protección a los derechos de la personalidad y con esto al DIMA podemos encontrarla en algunos Códigos Civiles locales, a saber:

3.5. Código Civil de Tlaxcala

El civil de Tlaxcala de 1976 fue el primero en donde se reconoció el patrimonio moral y se estableció, por primera vez, un catálogo, aunque incipiente de los derechos de la personalidad.

El artículo 1402 dice que el daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida

privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación, y la cara e integridad física de la persona misma.

El art. 1404, por su parte, menciona que la reparación del daño debe asistir el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello fuera imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral.

3.6. Código Civil de Puebla

Tanto en este código como en el de Quintana Roo, encontramos una regulación más completa de los derechos de la personalidad. En el de Puebla hallamos dentro del Capítulo Segundo intitulado "De los derechos de la personalidad" las siguientes disposiciones:

El art. 82, dice que salvo lo que dispongan las leyes sobre imprenta, la exhibición o reproducción de la imagen de una persona, sin consentimiento de ésta y sin un fin lícito, es violatoria de los derechos de la personalidad.

El art. 83 dice que el honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos se protegen en beneficio de los deudos de éstos.

El art. 86 menciona que la violación de los derechos de la personalidad por actos de un particular o de una autoridad, es fuente de responsabilidad civil para el autor de estos actos, tanto por lo que hace al daño no económico, como al económico, de acuerdo con lo dispuesto con este código.

En el artículo 83 es interesante ver que se extiende la protección del DIMA no sólo titular de la misma sino a sus deudos, cosa que en el CCF no se contempla ya que en él se establece que la acción de reparación sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

3.7. Código Civil de Quintana Roo

El artículo 674 dice que cuando la imagen de una persona o de su cónyuge, o persona que viva con ella como si fuera su cónyuge, sin serlo, sus ascendientes, descendientes y colaterales dentro del cuarto grado se reproduzca o expongan sin un fin lícito, la autoridad judicial ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor o autores de la reproducción o exhibición.

El artículo 676 dice que el honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos se protegen en beneficio de los deudos de éstos.

El artículo 677 dice que la violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

En el artículo 678 se dice que la violación a los derechos de la personalidad, por actos de un particular o de una autoridad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral, como al económico, de acuerdo con lo dispuesto en dicho código, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación.

3.8. Ley de Imprenta -artículos 6º y 7º Constitucionales-⁴⁴³

El DIMA, según algunos doctrinarios, se haya ligado íntimamente con la idea de vida privada. Por otro lado las garantías de expresión, así como de información, encuentran

⁴⁴³ En abril de 1917, antes de que entrara en vigor la Constitución vigente -1º de mayo de 1917-, Carranza elaboró una Ley de Imprenta, que es la que se aplica en la actualidad y tiene la pretensión de ser reglamentaria de los arts. 6º y 7º constitucionales. Como se advierte, esta ley adolece del defecto formal de haber sido puesta en vigor antes de que rigiera la Constitución de 1917 y, por ende, antes de que estuvieran vigentes los artículos que pretende reglamentar. Propiamente, tal ley fue derogada por la propia Constitución, desde el momento en que ésta se abstuvo de declarar la subsistencia de dicha ley y, por ser posterior y constituir el último fundamento de validez del orden jurídico mexicano, invalidó todas las disposiciones anteriores. A mayor abundamiento no es posible admitir como vigente una ley expedida por quien, según los nuevos mandamientos constitucionales, ya no tuvo facultades legislativas. Sin embargo, la Ley de Imprenta de carranza sigue aplicándose en la actualidad, a falta de la ley orgánica de los arts. 6º y 7º constitucionales. Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., T. II, p. 2104 y sig.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dentro de sus límites los ataques a la vida privada. Así, dentro de la Ley de Imprenta reglamentaria de los artículos 6° y 7° constitucionales leemos algunas disposiciones con relación a lo que se entiende como vida privada, con lo que por extensión y siguiendo a esos doctrinarios, resultarían ser algunas disposiciones aplicables al DIMA.

En el art. 1° se dice que constituye ataque a la vida privada: toda manifestación de expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas o por medio del manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensaje o de cualquier otro modo exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo o pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses.

En este caso consideramos que el ataque al DIMA se daría sólo en caso de que se utilice la imagen de alguna persona para atacar su vida privada.

Por otro lado, el art. 6 establece que en ningún caso podrá considerarse delictuosa la crítica para un funcionario o empleado público si son ciertos los hechos en que se apoya, y si las apreciaciones que con motivo de ella se hacen son racionales y están motivados por aquellos, siempre que no se vieran frases o palabras injuriosas. Aquí creemos que podría entrar el caso de la caricatura —como vimos en el capítulo anterior— que podría hacerse respecto de las actividades o decisiones que tome alguno de los personajes mencionados.

Cabría agregar que el texto del art. 6° Constitucional dice que la manifestación de ideas no será objeto de inquisiciones judiciales o administrativas, sino sólo cuando ataque a la moral, los derechos de tercero, etc. En dichos derechos de tercero encontramos al DIMA, el cual debe entenderse que funciona como límite a la libre expresión.

Es necesario aclarar que las disposiciones reglamentarias a la garantía de libertad de expresión no resultan en nuestro tiempo verdaderamente eficientes, lo que ha dado lugar a que exista una continua violación a los derechos de la personalidad, específicamente el DIMA por no existir límites claros y objetivos en los cuales apoyarse para impedir que la

violación a los mismos continúe. Todo ello aunado a la posición en la que se cree que reglamentar el ejercicio de la libertad de expresión y por ende el derecho a la información, constituye un intento de acallarla.

Creemos que las disposiciones sobre el DIMA deben ser específicas, es decir, no se puede encontrar normadas por extensión o por relación que guarda con otros derechos afines como por ejemplo, la intimidad y el honor, sino que debe ser regulada de manera independiente a fin de que su protección sea más clara y eficaz.

3.9. Derecho de arena y derechos vecinos o conexos de los artistas⁴⁴⁴

En nuestro sistema jurídico existe una figura muy particular: el Derecho de arena, el cual en sus orígenes, es la expresión que se empleó para designar la prerrogativa que corresponde al deportista de impedir que terceros, sin su autorización, divulguen su imagen mediante transmisiones televisivas o por cinematógrafo, al participar en competencias o juegos en sitios en los que el acceso al público no es gratuito.

La palabra latina "arena" que alude a un lugar cubierto de arena, se hizo extensiva para referirse al anfiteatro, local en que luchaban los gladiadores entre sí o enfrentándose a las fieras. Así, puede ser algún lugar de lucha, de contienda o de competencia deportiva o de representación de algún espectáculo masivo.

Por otro lado, se ha considerado que el deportista, en su actuación, se transforma en un artista, en una atracción de las masas y, en consecuencia, en una mercancía altamente lucrativa para los interesados en su industrialización y comercialización, en cuya virtud, nada más justo que proteger al atleta o artista en el lugar de la contienda o competencia, en el local en donde exhibe sus habilidades. Si es remunerado por el club-empresario para exhibirse, también debe serlo cuando sus actuaciones o exhibiciones fijadas en soportes

⁴⁴⁴ La información referente sólo al derecho de arena fue obtenida de RANGEL MEDINA, David, Derecho Intelectual, McGraw-Hill, México, 1998, p. 149 y sig.

materiales para que vuelvan a ser mostradas a un público casi siempre mayor que, por lo mismo, reditúa a los fijadores y transmisores fabulosos lucros mercantiles.

Este fenómeno ha conducido a reconocer a los deportistas un derecho conexo o vecino similar al de los artistas, intérpretes y ejecutantes. En la actualidad la institución se reconoce y se aplica más allá de las actividades netamente deportivas tradicionales, y son beneficiarios además de los futbolistas, beisbolistas, basquetbolistas, tenistas, boxeadores, luchadores y toreros, los artistas de variedades, los artistas del circo, los pilotos de carreras de automóviles, los jinetes de carreras de caballos, etcétera.

Es preciso hacer notar que no hay un consenso general acerca del derecho de arena como una institución del derecho autoral. En efecto, si el derecho de arena consiste en la facultad de los atletas de percibir una cuota por la transmisión de su imagen en un espectáculo deportivo público con entrada pagada, puede afirmarse que en nada tiene que ver el derecho de arena con los derechos de autor, ya que la ley de la materia presupone una creación intelectual, llegando a calificarse de absurdo situar al derecho de arena como un derecho conexo a los derechos de autor.

En México se hace efectivo el derecho de arena en su más amplia concepción, y tiene las siguientes características:

- a) la televisión deberá pagar el derecho de arena a los jugadores siempre que la transmisión o retransmisión sea vendida, quedando la obligación de hacer dicho pago a cargo del empresario que compra la transmisión del espectáculo deportivo;
- b) para aplicar dicho principio no tendrá por qué distinguirse la naturaleza intrínseca de la práctica deportiva, por lo que las normas que lo establezcan deben hacerse extensivas a todos los sucesos deportivos públicos y con entrada pagada;
- c) en los casos en que concurren esas dos condiciones -ejecución pública, con entrada pagada- el beneficio del derecho de arena debe aplicarse en forma extensiva a los artistas

intérpretes y ejecutantes aún cuando su actuación no sea un espectáculo deportivo, ni se desarrolle en un campo abierto tradicional, llámese arena, estadio, plaza de toros, hipódromo, cancha de tenis, alberca, etcétera.

Por nuestra parte, consideramos que el derecho de arena va muy ligado al DIMA, puesto que si bien, aquél se refiere a la actuación en sí, al captarse dicha actuación, es evidente que se captarán las características físicas externas de la persona –su imagen-; por lo tanto, al violarse el derecho de arena, llevará consigo la violación automática del DIMA, excepto en aquellos casos en que no sea identificable la persona –ya directa o indirectamente-, por ejemplo, que cierto actor esté disfrazado, independientemente de que se sepa que es él por el nombre, la propaganda, etc. mientras no se distinga en este caso que es él no habrá violación al DIMA. Otro ejemplo podría aclarar dudas en cuanto a ser distinguible o no: supongamos que se retransmite un concierto de un cantante famoso, sin embargo las tomas son tan lejanas que no se aprecia su rostro, sin embargo se escucha que es él quien está cantando, además todo el aparato publicitario lo confirma, en este caso la retrasmisión será violatoria del derecho de arena –por el hecho de retransmitirse-, y del DIMA por captar la imagen del cantante; no así si el personaje central estuviera completamente disfrazado, ya que la retrasmisión sólo derivaría en violación a su derecho de arena.

Por otro lado, los artistas -intérprete o ejecutante -, los cuales, de acuerdo con el artículo 116 de la LFDA, designan al actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya un texto previo que norme su desarrollo. Los llamados extras y las participaciones eventuales no quedan incluidos en esta definición. Dichos artistas gozan de los derechos conexos o vecinos. Así, según el artículo 118, tienen el derecho de oponerse a la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones; a la fijación de sus interpretaciones o

ejecuciones sobre una base material, y a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones.⁴⁴⁵

Ahora bien, creemos que a ellos se deberían aplicar las mismas consideraciones que se dieron para el derecho de arena, pero sólo en los casos en los que se capte la imagen, así, por ejemplo, podemos excluir los casos en que sólo se capte la música que ejecutó el pianista, la cual se podría transmitir en radio, pero si también se captará la imagen y se transmitiera, habría una violación al DIMA, con independencia de la lesión a los derechos conexos que tenga.

Ya vista la regulación del DIMA en nuestro país, nos damos cuenta que es bastante escasa, y por ello proponemos que este derecho sea reconocido de manera expresa –junto con los demás derechos de la personalidad-, en primer lugar en nuestra constitución, que es el punto de partida de nuestro sistema jurídico. En este caso podría ser en el artículo 4º, dándoles el carácter de derechos fundamentales del individuo. Además se debe reconocer –junto con los otros derechos de la personalidad-, como limite expreso de las libertades de expresión e información, esto último, sin miedo a las críticas de los medios por razones de ley mordaza. En segundo lugar, debe abrirse un apartado especial en los códigos civiles, referentes a los derechos de la personalidad –patrimonio moral de la persona-, donde se haga un catalogo –abierto, por supuesto- de dichos derechos. Además, se debe regular al DIMA en todos sus aspectos, excepciones, límites y limitaciones que vimos en el capítulo anterior. Con dicho reconocimiento en el código civil se debe eliminar de la LFDA y su reglamento. En dado caso que no se hiciera esto último, se debería de dar al IMPI, la facultad de establecer el monto de la indemnización por los daños y perjuicios causados al titular del DIMA, ya que de lo contrario dicho titular tiene que acudir primero a la vía administrativa –IMPI- y luego a la judicial –civil- para ver satisfecha una reparación del daño. Lo cual toma mucho tiempo, dinero, tramites, etc. quedando sólo en palabras aquella “justicia pronta y expedita”.

⁴⁴⁵ Estos derechos se consideran agotados una vez que el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la incorporación de su actuación o interpretación en una fijación visual, sonora o audiovisual.

CAPITULO CUARTO: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL EXTRANJERO

Este capítulo no pretende ser un estudio exhaustivo del tratamiento jurídico que se da al DIMA en algunos países, sino sólo se hará mención de algunos textos jurídicos que contemplan a dicho derecho, ya expresa o intrínsecamente.

4.1. Instrumentos Internacionales

El DIMA es un derecho que no viene reconocido de una manera explícita ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en los otros grandes textos internacionales de Derechos Humanos. Y ello pese a que el comienzo de la problemática de este derecho se remonta a los últimos años del siglo XIX. Sin embargo, de acuerdo a como pensaba la doctrina en el tiempo en que se elaboraron, se puede considerar implícitamente reconocido este derecho a través de aquellos textos en que se reconocen los siguientes derechos:

A. El derecho a la libertad:

El artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, el Párrafo 1º del Preámbulo de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada el 7 de Septiembre de 1956 por la Conferencia de plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7.1 del Pacto de San José de Costa Rica, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Mayo de 1989, el artículo 6 de la Carta

Africana de los derechos del hombre y de los Pueblos, de 1981, afirman que: todo individuo tiene derecho a la libertad.

B. El derecho a la seguridad personal:

Artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 7.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1963; el artículo 5 letra b, de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica; el artículo 2 de la Declaración de los derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989; el artículo 6 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981: establecen que toda persona, sin distinción por motivo de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del estado contra todo acto de violencia o atentado contra su integridad personal cometido por funcionarios públicos, o por cualquier individuo, grupo o institución.

C. El derecho a la integridad moral:

Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 4 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981; el artículo 7.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1963; el artículo 5 letra b, de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; establecen que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

D. El derecho a la intimidad:

Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948; el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 23 de marzo de 1976 y ratificado por México el 23 de marzo de 1981; el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989; el artículo 40.2. b. VII, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de Noviembre de 1950; el artículo 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre derechos humanos del 22 de noviembre de 1969, en vigor a partir del 18 de julio de 1978 y ratificado por México el 24 de marzo de 1981; el artículo 11.3 del Pacto de San José de Costa Rica; el artículo 6.2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo por Resolución de 16 de Mayo de 1989, establecen que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada.

4.2. Textos constitucionales y legales de las distintas naciones.

4.2.1. Alemania

En este país, los tribunales reconocen un derecho de propiedad sobre la imagen.

La Ley Alemana de derechos de Autor sobre obras de arte y fotografía -9 de enero de 1907- dice que las imágenes sólo pueden ser publicadas con el consentimiento del retratado, o con el de sus familiares -cónyuge, hijos y padres- durante los 10 años primeros de su muerte; pero hacen excepción las imágenes que corresponden a la historia contemporánea, aquellas en que la persona es accesorio del paisaje, las fotografías de reuniones o actos públicos en los cuales la persona representada ha participado, aquellas

que no se han hecho por encargo, si su exhibición sirve a un elevado interés artístico, y aquellas cuya publicación interesa a la autoridad por razones de justicia o de seguridad pública. Pero en todos los casos, la facultad no se extiende a una difusión o exhibición por la cual se lesione el interés legítimo del retratado y, en caso de que hubiera fallecido, de sus próximos parientes-a. 22 a 24-. En su art. 18 señala, en relación con el retrato de una persona, que el comitente o su causahabiente puede reproducir la obra salvo pacto en contrario. Si el retrato es una obra de arte figurativa, mientras viva el autor solamente es lícita reproducción por medio de la fotografía, salvo lo antes dicho.

4.2.2. Argentina

En este país el DIMA se regula por la ley 11.723 -propiedad intelectual-; especialmente por su art. 31. Dicho artículo dice que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o en su defecto, el padre o la madre, faltando éstos la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público. Aunque la ley alude sólo al retrato fotográfico, existe en general un consenso sobre su aplicación analógica a toda otra forma de exhibición de la fisonomía. También se advierte en el hecho de que, aun en los supuestos en que la publicación es libre, por intervenir algunas de las causales indicadas en el art. 31 in fine de la ley 11.723, éstas no pueden justificar el daño causado al decoro, dignidad o reputación del fotografiado: si innecesariamente para el logro del fin cultural, del interés público, etc. se lesiona la intimidad o el honor, quedaría objetivamente evidenciada una extralimitación del sentido legitimante de la autorización y nacería la responsabilidad consiguiente.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., Derecho a la intimidad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 96

Por otro lado el uso de la imagen puede ser un medio de violación de otros derechos, así, el art.1071 bis del Cód. Civil, prevé entre las acciones perturbadoras de la intimidad la publicación de retratos, caso en el cual el uso de la imagen ajena se subsume en el daño causado a la reserva de la aquella.

4.2.3. Austria

Su Ley de Propiedad Intelectual de 9 de abril de 1936, modificada el 14 de julio de 1949 y el 8 de julio de 1953, establece en su artículo 55 que tratándose de retratos de personas realizados por encargo y salvo pacto contrario, pueden hacer fotografías de tal retrato o encargarlas a un tercero incluso a título oneroso, lo mismo el comitente que sus herederos, la persona representada y, tras la muerte de ésta, sus parientes en línea recta y el cónyuge superviviente. Ello no se aplicará a los retratos realizados a través de algún procedimiento de imprenta, fotográfico o similar, salvo el caso de que las personas antedichas no puedan en modo alguno obtener del autor otros ejemplares de la obra realizada con tal procedimiento o sólo puedan procurárselos a precio de excepcional dificultad.

Por otro lado, el art. 78 manifiesta que los retratos de personas no pueden ser expuestos públicamente ni difundidos de modo que los haga accesibles al público, si de tal manera se causa perjuicio a los intereses de la persona representada o de algún próximo pariente en el caso de que la persona haya muerto sin haber autorizado u ordenado la publicación. Tales próximos parientes son, según el art. 77, los de las líneas ascendente o descendente y el cónyuge superviviente.

4.2.4. Bélgica

La Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de marzo de 1886, en su art. 20, dispone que ni el autor ni el propietario de un retrato tienen el derecho de reproducirlo ni de exponerlo

públicamente sin el consentimiento de la persona efigiada o del de sus derechohabientes durante veinte años a partir de su muerte.

4.2.5. Brasil

La Constitución de la República Federal del Brasil de 1988, protege al DIMA por medio del art. 5º fracción V y del 10.

La fracción V dice que se garantizará el derecho de réplica, proporcional al agravio, y a la indemnización por daño material, moral o a la imagen. Y su art. 10 dice que son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, y que se garantiza el derecho a la indemnización por el derecho material o moral derivados de su violación.

Y de alguna manera el DIMA es un límite a la libertad de información; así el artículo 220 dice que la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, bajo cualquier forma, proceso o vehículo, no sufrirán ninguna restricción, observándose lo dispuesto en esta Constitución. Así en su fracción X agrega que no contendrá la ley ninguna disposición que pueda constituir una traba a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación social, observándose lo dispuesto en el artículo 5º., IV, V, X, XIII y XIV.

4.2.6. Bulgaria

La Ley sobre Derechos de Autor de 12 de noviembre de 1951, en su art. 12, establece que al autor de la obra, pertenece el derecho de autor sobre un dibujo, una escultura, una incisión o grabado o una fotografía que representen a otra persona; pero que, sin embargo, el autor no puede ejercitar el derecho de reproducción y difusión sino con la autorización de la persona representada y, después de su muerte, del cónyuge supérstite y de los hijos.

4.2.7. Costa Rica

El Cód. civil en su art. 29 dice que la fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe, por necesidades de justicia o de policía, o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público.

El art. 30 menciona que si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquella puede solicitar al juez que, como medida cautelar, y sin recurso, suspenda la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva.

Asimismo, el art. 41 establece el derecho a obtener indemnización por el daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad.

4.2.8. Ecuador

La protección al DIMA se establece en la Constitución dentro del Título III “de los derechos, garantías y deberes”, Capítulo 2 “De los derechos civiles”, artículo 23 el cual dice que sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas entre otras cosas: la protección de su imagen -frac. 8-

4.2.9. Egipto

La Ley sobre el derecho de autor, de 24 de junio de 1954, su art. 36 determina que el autor de un retrato, salvo pacto en contrario, no tiene el derecho de exponer, de publicar o de poner en circulación el original ni otros ejemplares –reproducciones– de dicho retrato sin la autorización de la persona representada. Disposición ésta que no se aplica cuando haya sido hecha la publicación del retrato en ocasión de acontecimientos desarrollados en público o si el retrato concierne a personajes oficiales o personas que gozan de notoriedad mundial, o, en fin, si la publicación es autorizada por la autoridad pública en interés general. Sin embargo, no podrá ser expuesto o hecho circular el retrato si de ello resulta lesión para el honor, la reputación, el decoro de la persona representada. La persona efigiada tiene el derecho, salvo pacto en contrario, de autorizar la reproducción de su retrato sobre periódicos, revistas u otras publicaciones análogas, aun sin el consentimiento del autor del retrato.

4.2.10. España

La Constitución Española de otorga al DIMA su protección como derecho fundamental. De esta manera, el DIMA, junto al derecho a la intimidad y el derecho al honor, se contemplan en el Título I “de los Derechos y Deberes Fundamentales”, Capítulo 2º “Derechos y Libertades”, Sección 1ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” -artículos 15 al 29- y concretamente en sus artículos 18.1 y 20.4

Así el art. 18.1 dice que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. Esta previsión constitucional se regula en la Ley 1/82 de 5 de mayo, que por imperativo del art. 81.1 de la Constitución se desarrolla mediante una Ley Orgánica -la Ley de máximo rango-. En consecuencia, el DIMA en España es un derecho de protección excepcional con un sistema de garantías también excepcional. Estas garantías se establecen a través del artículo 53.2 de la Constitución en la Ley 62/78 de 26 de Diciembre, que establece un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad,

con aplicación de cuantas medidas sean necesarias, incluidas cautelares, en el que la existencia del perjuicio se presumirá si se prueba la intromisión -no hay que probar el daño-, y que permite el recurso ante el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, el artículo 20. 4 de la Constitución dice que las libertades de expresión y de información tienen su límite en el respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia –entre otros-.

Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen o Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo es la que reglamenta dichos artículos constitucionales. Así, su art. 1.1 reitera el carácter de Derecho Fundamental del DIMA, y dice que será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas. El 2.2 dice que el carácter delictivo de la intromisión al DIMA no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en la ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de dicha ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

El DIMA es irrenunciable, inalienable e imprescriptible y que la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento que se reconozcan por la misma - art. 1.3-.

La protección civil del DIMA quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales entendiéndose al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia - art. 2.1-.⁴⁴⁷

No se apreciara la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso –art. 2.2-. Dicho consentimiento será revocable en

⁴⁴⁷ Los usos sociales son aquellas pautas de opinión o mentalidad que tienen arraigo en la conciencia colectiva en un país y en un momento histórico dados. HERCE DE LA PRADA, Vicente, op. cit., p. 142

cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas –art. 2.3-.

El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil –3.1-. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez –3.2-.

El ejercicio de las acciones de Protección Civil del DIMA de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la Protección de los Derechos del fallecido. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas anteriormente. Además, las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.–art. 4-6-.

El Capítulo Segundo “De la Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen”. Comprende los artículos 7 al 9.

Según el art. 7 tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de dicha ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. Ambos puntos se refieren a la violación de la vida privada a través de la utilización de la imagen de las personas.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga

Por su parte, el artículo 8.1 establece que no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Asimismo el 8.2 dice que en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: su 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; la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; la información gráfica

sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Además las dos primeras excepciones no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

El art. 9.1 establece que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y con ello el art. 9.2 hace referencia a que dicha tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma-9.3-. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

En cuanto al DIMA de los menores la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de protección jurídica del menor, en art. 4.1 dice que los menores tienen derecho a la propia imagen. Su art. 4.3 dice que excluye el consentimiento del menor como excepción a la

ilegitimidad de una intromisión en su intimidad a través de los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo a sus intereses. Dice el art. 4.3: “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Art. 4.2 “ la difusión de información o la utilización de la imagen o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitará las indemnizaciones correspondientes por los perjuicios causados, sin distinguir si ha existido o no consentimiento del menor o de su representante.”

En España el DIMA también es protegido penalmente, en este sentido el Código Penal -aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre / BOE número 281, de 24 de Noviembre de 1.995. Encontramos varios artículos en su Libro II “Delitos y sus penas”, Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”; Capítulo I “Del descubrimiento y revelación de secretos”.

Se establece que quien para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses -art. 197.1-. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.-197.3-. Si los hechos descritos se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior -197.4-. Cuando los

hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior –197.5-. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años –197.6-. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito y prevaleciéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años -art. 198-

En cuanto a la protección, el art. 201 dice que para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Pero no será precisa la denuncia para proceder por los hechos descritos en el artículo 198, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Además, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta.

Otras normas que completan el sistema español de protección a la propia imagen.

- a) El real Decreto de 26 de junio de 1985, que regula la relación laboral de los deportistas profesionales. En su art. 7.3 establece que en lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas, se estará a lo que en un caso pudiera determinarse por convenio colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales.
- b) Las referencias aisladas de la Ley del Patrimonio Histórico Español, 13/85 de 25 de junio, art. 57 c, sobre documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su

propia imagen. La ley exige el consentimiento expreso de los afectados para poder consultarlos, o que haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte. Si esta fecha no se conoce, el plazo será de 50 años a partir de la fecha del documento.

c) Los artículos 105 a 113 del Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual acerca de los derechos de los artistas, intérpretes ejecutantes, en los que se establece la necesidad de la autorización del artista para la reproducción y comunicación pública de su actuación en el caso de las obras audiovisuales, y se establecen algunos principios para los contratos de trabajo de esta naturaleza.

d) Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988: en su artículo 13 prohíbe registrar como marca la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca, a menos que medie el consentimiento del titular de la imagen.

4.2.11. Estados Unidos de América

Como vimos en este país, el DIMA no es reconocido expresamente, sin embargo su protección se da por medio del *Right of Privacy* –protección a la vida privada de las personas– y el *Right of Publicity* para las personas famosas –en cuanto a lo que la doctrina conoce como el derecho patrimonial de la imagen–.⁴⁴⁸

La legislación federal por su parte, veda el uso del retrato de una persona viva como marca de fábrica y en los billetes de banco.

Por otro lado, en el Estado de NY, la *Cahill's Law* de 1930, capítulo 9 establece en su parágrafo 50 que es culpable de delito quien utilice para su publicidad o para su comercio el nombre, el retrato o la imagen de una persona viva sin haber obtenido preventivamente el

⁴⁴⁸ El cual para nosotros, como vimos en el segundo capítulo, no existe, sino que es sólo la parte del DIMA que protege a la imagen frente a su utilización con fines económicos.

consentimiento de ésta, o de los padres, o del tutor si se trata de menor de edad. El párrafo 51 añade que los fotógrafos profesionales pueden exponer los retratos que hagan como muestras de su trabajo, lo mismo dentro que fuera de su estudio, siempre que la persona representada no se lo haya prohibido por escrito.

4.2.12. Francia

El art. 368 del C.P. francés sanciona la captación de imágenes dentro de un lugar privado y el art. 369 castiga la publicación de lo captado en un lugar privado.

La ley francesa sobre protección de la vida privada -17 de julio de 1970-, introduce una sanción penal para el que a sabiendas publique un montaje realizado con las palabras o la imagen de una persona, sin el consentimiento de ésta, si no aparece de manifiesto que se trata de un montaje o no se advierte acerca de la existencia de éste.

4.2.13. Guatemala

Aquí el DIMA no se reconoce expresamente, sin embargo el artículo 44 de la Constitución señala que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. En estos últimos consideramos que está el DIMA.

4.2.14. Honduras

La Constitución en su Título III “de las declaraciones, derechos y garantías”, Capítulo II “de los derechos individuales”, art. 76 garantiza el derecho a la propia imagen.

4.2.15. Inglaterra

No se reconoce este derecho en Gran Bretaña –allí tampoco se reconoce el derecho a la privacidad-; se protege indirectamente a través del *British Code of Advertising Practice*. El concepto es muy limitado y sólo afecta a personas vivas, se puede resolver también a través del "*passing off*" *false advertising* o libelo.

Sin embargo, la Ley sobre propiedad intelectual de 7 de noviembre de 1956 dice en su artículo 4º, parágrafo 3, que si una persona encarga un retrato -fotografía, pintura, dibujo, grabado- y paga o se obliga a pagar la obra en dinero o en el equivalente del valor monetario, y la obra es realizada a consecuencia de tal encargo, la persona comitente tendrá derecho a todo *copyright* sobre tal obra.

Por otra parte la ley de 16-12-1911 sobre el derecho de autor, en los casos de reproducciones llevadas a cabo por comisión, se inclina a favor de quien los encargó, así en los trabajos de pintura como en los de grabado, fotografía, etc., disponiendo que el que haya dispuesto el pago de una obra determinada será el primer titular del derecho, salvo pacto en contrario.

4.2.16. Italia

El art. 10 del cód. civil Italiano dispone cuando la imagen de una persona o de sus progenitores, del cónyuge o de los hijos menores de edad sea expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicidad está consentida por la ley, o bien con perjuicio del decoro, o de la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a solicitud del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños.

Cuando, a pesar de darse consentimiento para la exposición o publicación del propio retrato, se origina ofensa al decoro o a la reputación o a cualquier otro derecho, no existe

obligación de pagar resarcimiento de daños al otro contratante por la revocación unilateral del consentimiento, y esto porque en tal caso faltaría también la facultad de disponer de la propia imagen, tratándose de una ofensa a derechos de la personalidad que son inalienables e irrenunciables.

La ley italiana sobre derecho de autor, de 22 de abril de 1941, da normas sobre la figura en estudio. El art. 96 establece que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o puesto en comercio sin el consentimiento de la misma, salvo las disposiciones del art. siguiente. Después de la muerte de la persona retratada es preciso el consentimiento del cónyuge o de los hijos o, en su defecto, de los padres; a falta de todos ellos, de los ascendientes y descendientes directos hasta cuarto grado. Cuando sean varias tales personas y no haya acuerdo entre ellas, decidirá la autoridad judicial, oído el Ministerio Público. En todo caso se respetará la voluntad del difunto cuando conste por escrito –art. 93-. El art. 97 manifiesta no ser necesario el consentimiento de la persona retratada cuando la reproducción de la imagen venga justificada por la notoriedad de la persona, por ocupar un cargo público, por necesidades de justicia, por fines científicos, didácticos o culturales; o cuando la reproducción se refiera a hechos, acontecimientos, ceremonias de interés público o desarrolladas en público. Sin embargo, el retrato no puede ser expuesto ni comercializado cuando ello implique perjuicio al honor, a la reputación o aun al decoro de la persona retratada. Y, finalmente, el art. 98 establece que, salvo pacto en contrario, un retrato fotográfico hecho por encargo puede ser publicado, reproducido o hecho reproducir por la persona efigiada o por sus sucesores o causahabientes sin el consentimiento del fotógrafo, salvo pago a este último por quien utilice comercialmente la reproducción de una cantidad adecuada. Debe ser además, indicado el nombre del fotógrafo si figuraba sobre la fotografía originaria.

4.2.17. Japón

En Japón también se reconoce este derecho, así la ley sobre propiedad intelectual de 4 de marzo de 1899 dispone, a través de sus sucesivas modificaciones, que el derecho de

autor sobre un retrato fotográfico realizado por encargo de un tercero pertenecerá dicho tercero.

4.2.18. Noruega

La Ley relativa a los derechos sobre fotografía de 1910-*Act on Copyright in Photographs*- concede dos tipos de derechos. Por un lado, concede a quien hace una fotografía la exclusividad respecto a su uso y explotación, pero, por el otro, establece que para llevar a cabo cualquier acto que tenga que ver con la fotografía de una persona es indispensable el consentimiento de aquella. Existe la posibilidad de que el retrato de las personas sea utilizado sin su consentimiento previo -art. 7-, como, por ejemplo, fotografías en las que aparezca de manera incidental, retratos de interés general o fotografías de procesiones al aire libre. En su art. 10 establece la vigencia del derecho exclusivo, mismo que dura hasta 15 años después del último día del año en que fallezca el propietario original o el último titular sobreviviente si el derecho pertenece a varias personas conjuntamente. El art. 11 establece sanciones por la infracción a cualquiera de las disposiciones de la ley, las cuales pueden ser multas o indemnizaciones.

El art. 15 de dicha ley prohíbe exponer al público fotografías que representan personas, sin el consentimiento de ellas. Sin embargo, pueden ser reproducidas y expuestas sin el consentimiento indicado: cuando los retratos presentan un interés actual y general; cuando la persona representada no juega sino un papel secundario con relación al tema principal de la fotografía, y cuando las fotografías representan asambleas o manifestaciones abiertas al público y los hechos y sucesos tienen un interés general.

4.2.19. Paraguay

La Constitución de 20 de Junio de 1992 en su art. 33 dice que se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

4.2.20. Perú

La Constitución de Perú en su Título I “De la persona y de la sociedad”, Capítulo I “Derechos Fundamentales de la persona”, art. 2.5 dice que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Asimismo, el art. 15 del cód. civil peruano prescribe que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz de una persona se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

4.2.21. Portugal

La Constitución portuguesa de 1976 en su art. 26.1, establece que todos tendrán derecho a la identidad personal, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y a la reputación, a la imagen y a la intimidad en su vida privada y familiar.

Por su parte, el Código de Portugal habla de que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o lanzado al comercio sin el consentimiento de ella, después de su muerte la autorización compete a otras personas expresamente designadas -art. 70.1-. Agrega además que no es necesario el consentimiento de la persona retratada cuando así lo justifica su notoriedad, el cargo que desempeña, exigencias de policía o de justicia, finalidades científicas, didácticas o culturales, o cuando la reproducción de la imagen se encuadra en lugares públicos o en hechos de interés público o que hayan acontecido públicamente. En el último inciso advierte que el retrato no puede ser reproducido,

expuesto o lanzado al comercio si del hecho resultare perjuicio para la honra, reputación o simple decoro de la persona retratada.

4.2.22. El Salvador

La Constitución en su Título II “los derechos y garantías fundamentales de la persona”, Capítulo I “Derechos individuales y su régimen de excepción”, Sección primera “Derechos individuales”, art. 2 establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Asimismo, se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Y por último, se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

4.2.23. Suecia

Ley 383 relativa a los derechos sobre fotografías de 1920-*copyright Acts in Photographs*-, en su art. 1 establece el derecho sobre las imágenes obtenidas mediante fotografía u otro procedimiento similar. En la ley se establecen reglas como la duración de los derechos que podrá ser hasta de 15 años posteriores a aquel en que la fotografía haya sido editada por primera vez o aquel en que falleció el titular del derecho-art. 7-; así como que la titularidad del derecho de una fotografía encargada corresponde a quien la encargó-art.6-.

4.2.24. Suiza

La Ley federal suiza sobre el derecho de autor de 7 de diciembre de 1922, en su art. 29 indica ser lícita la reproducción de la imagen hecha por encargo de una persona cuando se realice por la persona efigiada, el cónyuge, descendientes o padres o por orden de estas personas. El efigiado, salvo pacto en contrario, puede autorizar sin el consentimiento del

titular del derecho de autor la reproducción del retrato en los periódicos, revistas u otras publicaciones en tanto no constituya una edición de los singulares ejemplares de la reproducción. Si el efigiado murió o si se halla impedido para autorizar la reproducción, pueden hacerlo por él el cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos y hermanas; pero esta facultad sólo corresponde a las personas de los citados grupos cuando las del grupo precedente no se hallen en condiciones de ejercitarla. Y el art. 35 agrega que, salvo convención contraria, los ejemplares de la imagen hecha por encargo de una persona no pueden ser publicados ni puestos en circulación sin el consentimiento de la persona retratada. Si murió o no puede ser consultada, habrá de pedirse el consentimiento al cónyuge, a los hijos, a los padres o a los hermanos o hermanas, con el mismo sucesivo llamamiento a los grupos por su orden. No se aplica esta disposición cuando la imagen hecha por encargo de una persona es puesta en circulación o publicada por la autoridad en el interés de la justicia.

Por otra parte, el art. 29 dice que será lícita la reproducción de la imagen de una persona realizada previo encargo de ésta cuando dicha reproducción sea hecha por la persona representada, por su cónyuge, ascendientes o descendientes o por orden de estas personas. Salvo convenio en contrario, la persona representada podrá autorizar, aun sin el consentimiento del titular del derecho de autor la reproducción de su imagen en libros, revistas u otras publicaciones que no constituyan una edición de ejemplares aislados de la reproducción.

Asimismo, el art. 35 fracc. V menciona que salvo convenio en contrario, los ejemplares de la imagen de una persona hecha por encargo de ésta no podrán ser puesto en circulación ni entregados a la publicidad sin la autorización de la persona representada. Si la persona representada hubiera fallecido o si no pudiese ser consultada la autorización deberá solicitarse de su cónyuge, de sus hijos, de sus padres o de sus hermanos. Pero esta disposición no es aplicable cuando dicha imagen se pone en circulación o se entrega a la publicidad por las autoridades en interés de la justicia.

A lo que cabe añadir que el Cód. civil suizo, en su art. 28, párrafo 1º, señala que quien sufre un ataque o lesión ilícito en sus intereses personales puede solicitar del juez que lo haga cesar.

4.2.25. Uruguay

La ley de propiedad intelectual de 17 de diciembre de 1937 dice en su art. 20 que el derecho de autor sobre las obras artísticas que representan a una persona corresponde a ésta si han sido hechas por encargo. Y el art. 21 agrega que el retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona retratada y, después de su muerte, del cónyuge, de los hijos y de los ascendientes. La persona que dio su consentimiento puede revocarlo, bajo reservas de pagar los daños por el perjuicio así causados. Es libre la publicación de un retrato para fines científicos, didácticos o en general culturales, y con referencia a hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público.

4.2.26. Venezuela

La Constitución en su Capítulo III "De los Derechos Civiles", art. 60 dice que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación; y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Ya vista, de una manera general, la regulación que tiene el DIMA alrededor del mundo, y en especial en nuestro país; se hace necesario ver algunos casos prácticos que han conocido las distintas instancias a las que se puede acudir en México para reclamar el DIMA, con el objetivo de ver cual es el criterio que toman en la resolución de tales conflictos.

QUINTO CAPITULO: EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LOS TRIBUNALES MEXICANOS

5.1. Instituto Nacional de Derechos de Autor

La Ley Federal de Derechos de Autor otorga al Instituto Nacional de Derechos de Autor –INDAUTOR-, la facultad de intervenir en los conflictos que se susciten entre los particulares para dirimir los desacuerdos de manera amigable.

De esta manera existe el “Procedimiento de Avenencia”, el cual permite a la autoridad invitar a las partes en conflicto a una junta con el objeto de encontrar una solución conciliatoria al problema que las involucra –arts. 217 y 218 LFDA-.

En la Junta de Avenencia, las partes son recibidas en la Dirección Jurídica, donde se les invitará a alcanzar un acuerdo conciliatorio. Si las partes manifiestan su deseo de resolver la controversia por esta vía, la Junta de Avenencia podrá diferirse las veces que sean necesarias a fin de lograr la conciliación.

El INDA únicamente intervendrá para conciliar los intereses de las partes, ya que está impedido para determinar sobre el fondo del asunto. A continuación presentamos una pequeña estadística de las controversias sobre el DIMA que se han ventilado en el INDA.

AÑO	No DE CASOS
2002	55
2001	25
2000	26
1999	34
1998	23

5.2. Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial

Como vimos, de acuerdo al art. 234 de la LFDA⁴⁴⁹, corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial -IMPI- el sancionar las Infracciones en Materia de Comercio contempladas en el art. 231 de dicha ley, entre ellas, la dispuesta por la fracción II, relativa a la Utilización de la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes, cuando dicha conducta sea realizada con fines de lucro directo o indirecto.

Ahora bien, en el IMPI, a partir de la entrada en vigor de la actual LFDA y hasta diciembre del 2002, se presentaron 53 solicitudes de Infracciones en materia de comercio en relación con la fracción II del artículo 231 de la LFDA, de las cuales se habían resuelto 47 de ellas.

Enseguida veremos algunos casos que se ventilaron en el IMPI.

El primero de ellos versa sobre el conflicto que existió entre una modelo y una empresa de impresión. Aquella había firmado un contrato con una empresa de publicidad para la utilización de su imagen en la promoción de unos hielos. Sin embargo, en 1997 en la celebración de un Festival de Publicidad, se encontró que en un folleto publicitario de la demandada, la imagen de la modelo había sido utilizada sin su conocimiento, y por lo tanto, sin su autorización, y sin contraprestación alguna. Por lo cual se inició el procedimiento de avenencia ante el INDA, y al no encontrar solución, inició el procedimiento de infracción administrativa en materia del comercio ante el IMPI, argumentando –además de lo mencionado–, que la empresa se beneficiaba del prestigio y aceptación de ella, además de que su carrera se veía afectada por existir una asociación de su imagen al hielo.

En el 2000, el IMPI dicta la resolución. A continuación mencionaremos brevemente el contenido de los considerandos.

⁴⁴⁹ El art. 234 dice que el IMPI sancionará las infracciones materia de comercio con arreglo al procedimiento y las formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial. El IMPI podrá adoptar las medidas precautorias previstas en dicha ley, y para tal efecto tendrá las facultades de realizar investigaciones; ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos.

El considerando primero establece que es competencia del IMPI el conocer dicho caso.

En el segundo se analizan las excepciones opuestas por el presunto infractor, entre las cuales está la de falta de interés jurídico, la cual resultó improcedente, debido a que la solicitud de infracción está relacionada con el DIMA de la modelo, dada la naturaleza del derecho que involucra y por que la solicitante es una persona física, titular de ese derecho, y al ser éste, de carácter personalísimo, inherente e inseparable de la persona, constituye condición suficiente para tener por acreditado el interés jurídico. Además de la facultad del IMPI para iniciar un procedimiento a petición de quien tenga interés jurídico y funde su pretensión –art. 188 CFPC y art. 1 CFPC-, sólo puede iniciar procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga condena y quien tenga interés contrario. Asimismo de este considerando se dice que de las pruebas se obtiene el interés jurídico de la actora.

En ese mismo considerando, también se analiza la excepción de falta de acción y derecho de la actora, la cual se declara improcedente, ya que no es excepción en sí misma pues es una defensa para retardar el curso de la acción o para destruirla. Y por último, la excepción de incompetencia del IMPI la cual fue improcedente también.

Posteriormente, en el considerando tercero, se pasó al fondo del asunto y se analiza el art. 231 II LFDA, y se obtuvo lo siguiente:

- o Que la persona que solicita la infracción sea titular del DIMA. Se es titular por el hecho de ser persona física y ser un derecho personalísimo, inherente e inseparable de la persona, intransferible e irrenunciable, con la salvedad de poder otorgar autorización de su uso o explotación, a quien se considere acreedor del mismo no requiriéndose, por tanto, otro medio de prueba –en este caso se acreditó con la credencial del IFE de la modelo-.
- o Que la imagen de la persona sea utilizada sin su autorización o la de sus causahabientes. En el presente caso 3 fotografías, que se presentan como pruebas, demuestran la utilización de la imagen; pero como no tienen referencia a lugar, tiempo y circunstancias en que fueron

tomadas y lo que representan, queda al arbitrio de la autoridad analizar las características del contenido.

Para demostrar que la modelo celebró un contrato con la empresa publicitaria, se anexo como prueba una copia simple del contrato de uso de la imagen, la cual fue valorada por el IMPI y se le dio valor de indicio y se desprendió que ella estuvo conforme con el uso de su imagen por la empresa publicitaria, para publicidad y promoción en esa empresa y no otras. Enseguida, se analiza otra prueba, consistente en el folleto –dando su detallada descripción-, y vinculando dicho folleto con el contrato, se presume la existencia de la relación laboral; asimismo, se relaciona que la imagen del folleto es igual a la que usa la empresa publicitaria. En este punto, la demandada no acredita tener autorización para el uso de dicha imagen.

o Que dicha conducta se realice con fines de lucro directo o indirecto. Se analiza que hubo sólo 350 folletos, los cuales fueron utilizados para promover y demostrar los servicios al público consumidor por parte de la demandada. De esto se desprende que hubo un lucro indirecto por la utilización de imágenes –sin ser importante si obtuvo el lucro esperado según el art. 11 RLFDA-.

Del análisis mencionado, en el considerando cuarto, se concluye que sí se cometió infracción. Aquí transcribimos parte de dicho considerando, en el cual se establece prácticamente cómo entiende el IMPI al DIMA.

“...el citado artículo 87 de la LFDA, invocado por la solicitante, tutela el retrato o fotografía, es decir, la reproducción de la imagen de cierta persona fijada en un soporte material, partiendo del supuesto interpretativo que la imagen de una persona y el retrato de ésta, son bienes con tratamiento jurídico distintos en el sentido de que la primera hace referencia a un derecho de propiedad intelectual, de carácter personalísimo, inherente e inseparable de la persona, independientemente del modo o forma en que pueda ser susceptible de fijarse materialmente y el retrato o fotografía engloba la reproducción de una imagen de una persona, objeto o cosa fijada materialmente, constituyendo la reproducción

fiel de las imágenes captadas, de tal manera que para poder impresionarlas se requiere su existencia, siendo dable concluir que la solicitud de declaración administrativa de infracción en materia del comercio que nos ocupa, se sustenta en la conducta realizada por la empresa..., al hacer uso no autorizado del derecho a la imagen de la ciudadana..., conducta que quedó demostrada en análisis de la causal de infracción antes vista, y que acreditó la procedencia de las tres hipótesis o supuestos normativos derivados de la misma...”

Mas adelante se da valor pleno al folleto. Las pruebas presuncionales e instrumentales ofrecidas por las partes benefician a la actora. Se dice que queda a salvo el derecho de reclamar indemnización en vía civil. Asimismo, las objeciones en contra de las pruebas de la actora por parte de la demandada resultan improcedentes porque no las prueba y no usa consideraciones lógico-jurídicas para objetarlas.

En el quinto considerando, se fundamenta en el art. 220 LPI en relación con el art. 232 II LFDA para determinar la sanción:

- o Por las pruebas se obtiene que la conducta de la empresa es intencional.
- o Las condiciones económicas del infractor son suficientes para ser una persona moral, que desde su constitución puede adquirir derechos y obligaciones; y su objeto principal es la prestación de un servicio en un local comercial establecido, que implica la erogación de diversos gastos de funcionamiento; de lo cual se desprende que cuenta con patrimonio suficiente para realizar sus actividades. Además, respecto a la cantidad de 350 folletos que se emitieron, la autoridad toma en cuenta que en la práctica comercial, 350 es mínima cantidad para una publicidad comercial que sugiere la idea de ser a gran escala.
- o La conducta perjudica directamente a la actora como titular del DIMA si se toma en cuenta que al determinar la cuantía de la multa a imponer, que la empresa colaboró con IMPI al proporcionar en tiempo y forma el requerimiento de informes y datos solicitados, de lo cual se constata que existen pocos ejemplares del folleto y se concluye que dicha conducta constituye una lesión a uno de los bienes jurídicos que la LFDA protege.

Para terminar, en los resolutivos, se declara administrativamente la infracción en materia de comercio establecida por el art. 231 II de la LFDA por parte de la demandada. Se la impone una multa de mil días de salario mínimo general vigente para el D.F., con el apercibimiento de que esta multa podrá incrementarse hasta por quinientos días por cada día en que el infractor persista en cometer la conducta tipificada en la infracción declarada en virtud de que es el mínimo señalado por el art. 232 I LFDA. Asimismo, se ordena remitir copia de la resolución al Subtesorero de Administración Tributaria de la Sría. De Finanzas del D.F., para hacer efectivo el cobro de la multa impuesta. Y por último, se ordena publicar en la Gaceta de Propiedad Industrial y que se notifique.

Un segundo caso que se ventiló en el IMPI, es aquel en que los actores fueron contactados por medio de una agencia de modelos para que su imagen sirva para la publicidad de cierta marca de ropa, y se contrató con ellos le utilización de su imagen para determinado número de fotografías para espectacular y otras para la prensa; sin embargo, su imagen se utilizó en otros medios de publicidad para dicha marca tales como bolsas, portatrajes, página de Internet, posters, etc. Los actores iniciaron el procedimiento de avenencia ante el INDA, y al no dar resultado, hicieron la solicitud administrativa de infracción en materia del comercio, en virtud del art. 231 II, en la cual se pedía 40% al menos del precio de venta al público de todas y cada una de las mercancías que haya vendido la demandada bajo una marca determinada, desde julio de 1997 hasta la fecha en que se deje de usar la imagen de los demandantes, ya que esa marca se beneficia con el uso de la imagen de estos en su publicidad. Asimismo, se pedía que se retiraran de las tiendas y locales las fotografías medios publicitarios en que se use la imagen sin consentimiento de los actores.

La demandada en su contestación argumentaba que el autor es la única persona legitimada para autorizar la explotación comercial de la misma salvo el caso de la obra por encargo prevista en el art. 83 LFDA y de ninguna manera cuya imagen aparezca. Además, decía que los actores consintieron para que su imagen fuera utilizada por cualquier medio y que fueron pagados para ello. Por otro lado, decía que la demandada era la titular del derecho de autor sobre las obras fotográficas basándose en los arts. 11 XII, 83 y 85 LFDA,

y es quien puede prohibir o restringir el uso y la explotación de dichas obras. Asimismo, mencionaba que como no presento contrato alguno la parte actora, se debe presumir que es uso ilimitado.

Por su parte, el IMPI dictó la sentencia que acabara con la controversia, la cual siguió la misma esencia del caso anterior en cuanto al contenido de los considerandos; así en el primero se estableció que el IMPI sí era competente para conocer ese caso; en el segundo se estudiaron las excepciones de falta de acción, las cuales resultaron improcedentes por los mismos razonamientos antes dados. Enseguida, el tercero se refería a la procedencia de la excepción que había interpuesto la demandada en cuanto a que el IMPI no es competente para determinar el monto de la indemnización. El cuarto de los considerandos calificaba de improcedente la argumentación de la demandada respecto a que el juicio era sobre fotografías, ya que era sobre el uso de la imagen de los actores. En este considerando se hace un análisis -similar al de la otra sentencia- del art. 231 II, y al configurarse los tres supuestos, se acredita la existencia de la infracción.

Por último, en los resolutivos destacan la declaración de la infracción, así como la imposición de una multa idéntica a la de la sentencia antes mencionada.

Un tercer caso que se resolvió en el IMPI, consiste en la solicitud de infracción en materia del comercio -art. 231 II LFDA- interpuesta por un conocido cantante, cuya imagen era expresada objetivamente en diversos productos como playeras, mantas, gorras, tarros, llaveros, etc. los cuales eran vendidos fuera de sus conciertos sin su consentimiento y sin percibir ningún beneficio económico. El cantante solicitaba que se ordenara el retiro de la circulación y que se prohiba la comercialización y el uso de dichas mercancías, así como los objetos que se utilicen para fabricarlas.

El demandado argumentaba en su contestación, que no podía basarse sólo en su imagen para demandar, ya que es imagen pública, y además, que también era pública por el hecho de que había dado su consentimiento para la obtención de su imagen.

En la resolución, el IMPI siguió la esencia de las otras dos sentencias comentadas; así, en el primer considerando se dice que el IMPI es competente para solucionar el conflicto; en el segundo se hace el análisis de las excepciones opuestas por el presunto infractor, de esta manera, se declara improcedente aquella que se refiere a la falta de acción y derecho con los argumentos antes dados. Además, en lo que se refiere a que la imagen de ese cantante era pública, el IMPI dice que si bien, la LFDA no dice que es “imagen”, de sus disposiciones se desprenden elementos para determinarla -art. 188 I e) en relación con el art. 73 del RLFDA-. Tan es así, que del art. 188 I e) se desprende que no son materia de derechos, entre otras cosas “los títulos, los nombres, las denominaciones, las características físicas o psicológicas, o las características de operación que pretendan aplicarse a alguno de los géneros a que se refiere el art. 173 de la ley cuando incluyan el nombre, seudónimo o imagen de alguna persona determinada, sin consentimiento expreso del interesado”. Y el art. 73 RLFDA dice que “para efectos de lo dispuesto por el art. 188 I e) de la ley, será necesario el consentimiento expreso del interesado, cuando la solicitud correspondiente comprenda, conjunta o aisladamente, la reproducción del rostro de una persona determinada, su expresión corporal, facciones o rasgos generales, de tal manera que se pueda apreciar que se trata de la misma persona, aún cuando su rostro, expresión, facciones o rasgos generales fueran modificadas o deformadas y su nombre sustituido por uno ficticio.” Con lo que el IMPI en dicho considerando concluye que “...luego entonces, si existen en la ley algunos parámetros para determinar lo que se entiende por imagen de una persona, que es la reproducción del rostro de una persona determinada, su expresión corporal, facciones o rasgos generales, de tal manera que se pueda apreciar que se trata de la misma persona, aún cuando su rostro, expresión, facciones o rasgos generales fueran modificados o deformados y su nombre sustituido por uno ficticio”.

En ese mismo considerando se dice que ese cantante al ser persona física y por la naturaleza del DIMA es titular del mismo. Asimismo, se analiza y desecha la excepción de oscuridad planteada por el demandado.

El considerando tercero resulta irrelevante para este trabajo, así que pasamos al cuarto, en el cual se analizan los tres supuestos del art. 231 II LFDA, y al actualizarse por las

pruebas presentadas –como son dos playeras con la imagen del cantante, así como el acta de una visita de inspección ordenada previamente al lugar donde se elaboraban dichas playeras- se declara la infracción. Y en el considerando quinto se establece el monto de la multa con la que se sanciona al infractor –con las mismas consideraciones que en el primer caso que vimos-.

Así, el IMPI resuelve principalmente que se declara infracción, impone multa, se mantienen como definitivas las medidas provisionales –aseguramiento de los bienes hecho en la visita ordenada-, se dan 5 días hábiles para que cada parte ofrezca una propuesta sobre el destino de los bienes asegurados –so pena de que lo defina el IMPI-, asimismo se devuelve la fianza otorgada.

En un cuarto caso presentado ante el IMPI, un modelo profesional solicita la declaración de infracción en materia de comercio –art. 231 II LFDA- debido a que su imagen fue plasmada en una revista, argumentaba, asimismo, que sufrió daños y perjuicios al ser afectado en su desempeño profesional, por no haber podido modelar para ninguna otra empresa, en virtud de la exclusividad necesaria para ese tipo de anuncios; además del daño económico al explotarse su imagen.

La empresa fue declarada en rebeldía y se le tuvieron por confesados los hechos que se le imputan. Y el IMPI en su sentencia decretó que era competente –considerando primero-, declaró en rebeldía a la demandada –segundo considerando-. En el tercer considerando niega la petición sobre violación del art. 231 I ya que no versaba el conflicto sobre una obra fotográfica. Y en el cuarto considerando se hace el análisis del art. 231 II LFDA del cual se desprende que hubo infracción por parte de la demandada y por el considerando quinto se establece la cuantía de la multa –similar al de los otros casos vistos-. De esta manera, el IMPI principalmente resuelve que se declara la infracción respecto del art. 231 II, pero se niega respecto de la fracción I de dicho artículo; e impone multa.

En el quinto caso que presentamos, también llevado en el IMPI se desprende que el actor presentó su solicitud de infracción –art. 231 II- debido a que él había realizado un

intercambio fotográfico con la dueña de un estudio, para que quedaran dichas fotografías como muestra del trabajo de ésta, pero dichas fotografías fueron publicadas en una revista de arreglos para novias. Con dicha solicitud de infracción se pedía que se condenará al Directo General de la Revista, y a la Editora de la Revista; así como al Director de la franquicia de dicha revista en uno de los estados de la República –donde se utilizó su imagen-, al igual que a la dueña del estudio fotográfico.

En la sentencia del IMPI, en su primer considerando se declara competente para conocer dicho caso, en el segundo destaca que por un lado, se desecha la solicitud de infracción contra el Director de la franquicia, debido a que el actor no atendió a un requerimiento del IMPI, y por otro lado, precluye el derecho de los otros presuntos infractores por no contestar a tiempo la solicitud de infracción. Otro punto interesante es lo referente al tercer considerando, donde se estudia el art. 231 II LFDA, y como no se acreditó el primer supuesto, es decir, no se acreditó que la imagen que aparecía en la revista fuera la del actor, no se estudio lo demás por economía procesal. Por lo tanto, se resolvió negar la infracción.

El sexto caso de infracción en materia del comercio por el art. 231 II, que presentamos, se basa en que la actora había participado en un desfile de modas vistiendo un traje típico de alguno de los Estados de la República, diseñado por uno de los demandados, éste había cedido una fotografía –sin consentimiento de la actora-, en que la actora aparecía vistiendo el mencionado traje, a una Editorial, la cual publicó dicha fotografía en la portada de una Revista de Turismo, la cual era vendida en una tienda comercial importante en nuestro país. La actora argumentaba que era perjudicada por dicha conducta, al no tener la posibilidad de prestar sus servicios para empresas del mismo giro, por estar asociada a las marcas de productos o servicios con los cuales no la tiene ninguna relación ni beneficio económico. La editorial argumentaba que la modelo era sólo parte del conjunto, ya que lo que se quería mostrar era el vestido, además de los objetos que la rodeaban. Cabe señalar que el caso se presentó primero ante el INDA y al no haber conciliación se presentó ante el IMPI.

De la sentencia –que siguió el mismo estilo que las anteriores- destacamos que se condena a la Editorial a pagar una multa –en condiciones similares a las de los otros casos-

por utilizar la imagen de la modelo sin consentimiento y obteniendo un lucro de ello; mientras que se niega la infracción respecto al diseñador.

De los casos que hemos visto se desprende que lo más relevante al solicitar la infracción en materia de comercio por el art. 231 II LFDA ante IMPI, lo más importante es actualizar los tres supuestos de dicho artículo:

- o Que la persona que solicita la infracción sea titular del DIMA. Se es titular por el hecho de ser persona física y ser un derecho personalísimo, inherente e inseparable de la persona, intransferible e irrenunciable, con la salvedad de poder otorgar autorización de su uso o explotación, a quien se considere acreedor del mismo no requiriéndose, por tanto, otro medio de prueba. Este punto se puede acreditar con alguna identificación con la en que su imagen sea expresada objetivamente, por ejemplo, la credencial del IFE.
- o Que la imagen de la persona sea utilizada sin su autorización o la de sus causahabientes.
- o Que dicha conducta se realice con fines de lucro directo o indirecto.

5.3. Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el año de 1953 se presenta ante la Primera Sala de la Corte un Amparo Directo⁴⁵⁰ en contra de los actos de un Magistrado de un Tribunal Unitario donde se reclamaba el fallo de segunda instancia que modificaba la Sentencia de un Juez de Distrito en material penal, condenando a los quejosos por el delito de “publicación de retrato de una persona”; y del Juez de Distrito la inminente ejecución de la sentencia ejecutoria expresada.

Los antecedentes de este caso versaban en que en el año de 1932 había muerto un compositor mexicano muy famoso a cuyo cadáver se le había tomado una mascarilla –

⁴⁵⁰ Amparo penal directo 1051/53, Quinta época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXIX, pág. 212.

vaciado obtenido en yeso-. Como tributo a su memoria en su 16 aniversario luctuoso una empresa musical, de la cual eran Gerente General y Gerente de Grabaciones los quejosos, decidió publicar un álbum de discos de sus mejores canciones, en cuya portada aparecía la fotografía de la mascarilla mencionada. Posteriormente, la madre del compositor los acusó penalmente de la indebida publicación de las canciones pero obtuvieron amparo que causó ejecutoria. Sin embargo, al mismo tiempo la divorciada del compositor se querelló de la publicación del retrato, y los quejosos no habían sido sujetos a proceso ya que el Juez Penal que conoció del caso estimó que la mascarilla no es un retrato; pero después la mamá del compositor hizo que el MP hiciera un pedimento en el que se adjuntaba una fotografía de la mascarilla con una certificación del Director del Museo donde dicha mascarilla se encontraba en exposición. Los quejosos terminaron siendo condenados en dicho proceso, cosa que fue confirmada en apelación.

Los quejosos argumentaban que los arts. 25 y 119 de la Ley de Derechos de Autor y del Editor decían que se castiga al que haya publicado, exhibido o puesto en el comercio el retrato de una persona y que el hecho que ellos hicieron no encajaba exactamente, ya que un muerto no es una persona. Además que el retrato debía ser identificable y que para este caso se necesitaba una lupa, peor aún que se necesitaba un dictamen pericial, por lo tanto no era reconocible el artista a simple vista.

De la sentencia destacamos lo siguiente: en el primer considerando se acredita la existencia del acto reclamado, en el segundo se declara competente para conocer de ese amparo, en el quinto se comenta el art. 25 de la mencionada ley, el cual dice que el retrato de una persona no puede ser publicado, exhibido o puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de ella, y después de su muerte del cónyuge y de los hijos, y en su defecto de sus ascendientes y otros descendientes hasta el segundo grado; además, la persona que dé su consentimiento puede revocarlo antes de la publicación o de subsecuentes publicaciones pero está obligado al resarcimiento de daños o perjuicios que con ello se ocasionen; asimismo, agregaba, que es libre la publicación del retrato cuando tenga un fin científico, didáctico y en general cultural o si se refiere a un acontecimiento de

actualidad, de interés público u ocurrido. Este considerando nos hablaba de lo que se entiende por retrato, así:

“Un retrato, en sí mismo, no es sino la reproducción de una imagen de persona, objeto o cosas, obtenidas en papel, a través de la impresión de un rollo o placa por medio de una cámara fotográfica y constituye la reproducción fiel de las imágenes captadas, de tal manera que para poder impresionarlas se requiere su existencia. La fotografía tomada a un individuo, según el precepto en cuestión, puede ser en vida de aquél, ya que establece que podrá llevarse a cabo su publicación o exhibición con su expreso consentimiento, o bien esa fotografía puede obtenerse del cadáver de esa persona...”.

Por último, la sentencia resuelve que se concede el Amparo y Protección de la Justicia de la Unión.

5.4. Juzgados de Distrito

En el año 2001 se presentó en un Juzgado de Distrito en materia civil, una demanda por vía ordinaria civil, en la cual se pedía el pago por el uso y explotación no autorizado sobre diversos productos publicitarios de la imagen de la actora, así como otra cierta cantidad por el uso extemporáneo de dicha imagen en los mencionados productos.

De los considerandos de la Sentencia que dio fin a la controversia destacamos que en el primero se declaraba competente el Juzgado ya que se reclamaba una prestación de carácter personal en aplicación de leyes federales. En el segundo considerando se decía que la vía ordinaria civil es idónea –art. 70 CFPC- por ser un juicio ordinario federal, por no tener un trámite especial en el ordenamiento mencionado. Asimismo, se decía que la actora estaba legitimada según el art. 1 del Código adjetivo federal por tener interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho respecto del uso y explotación de su imagen “...la cual es inherente a su persona, inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable...” y la única facultada por el art. 87 LFDA. De conformidad con la factura en que consintió se

le tomaran fotografías para catálogo y póster para una empresa con lo que se acredita vínculo jurídico que une a las partes ya que fue fotografiada para servicio de aquella. Del considerando tercero que correspondió al estudio de las excepciones de la demandada, se obtiene que son improcedentes e insuficientes para destruir la acción.

Del cuarto considerando, que es el estudio de las pretensiones de la actora, se desprende que ésta había fundado parte de su acción en el art. 87 LFDA y el Juez dice que la connotación es errónea, puesto que la factura presentada como prueba dice "...modelaje para fotos de catálogo y póster de...por 6 meses de duración a partir de enero de 1999...", de ahí que no le asista la razón ni el derecho para demandar el pago de regalías por los conceptos precisados, pues de una recta interpretación jurídica de dicho acto de voluntad, se aprecia que la demandada contrató con una empresa un servicio de modelaje, entendiendo tal servicio como una actividad propia de modelar, donde una persona llamada modelo posa para un artista o para una publicidad, por lo cual las partes contratantes nunca pactaron el uso y explotación de la imagen de la modelo, sino lo que contrataron fue su persona para representar su imagen en un papel, es decir, para que posara ante el autor de la obra que en este caso es el fotógrafo, y éste a su vez tomara las fotografías del modelaje de la accionante; pero ello no implicó que la demandada estuviera obligada al pago de regalías por el uso de esas fotos, pues la actora no tiene la calidad de autor consagrada en el art. 12 LFDA pues para ello debe crear una obra. Por otro lado la actora no probó que su imagen fuera usada en cosas in consentidas, y además quedó probado que sus servicios de modelo fueron pagados. Por otro lado, la expresión de "6 meses" se interpreta incompletamente, ya que si el contrato era para modelar, el término es para que ella estuviera a disposición de la empresa para posar ante el fotógrafo y no para la explotación y uso de su imagen. Se dice, además, que la actora al no tener calidad de actora no puede pedir el pago de regalías.

Finalmente, la sentencia absuelve a la demandada en todas y cada una de las prestaciones que le fueron reclamadas y no se condena en costas. Dicha sentencia fue conformada en el 2001 por la sentencia dictada en apelación por un tribunal unitario en materia civil y administrativa. Además fue negado el Amparo directo contra esta última sentencia por un Tribunal Colegiado en materia civil.

En otro juicio ordinario civil federal los actores –modelos- pidieron de la demandada – una empresa dedicada al calzado- el pago para cada uno correspondiente al uso y explotación de su imagen en productos no autorizados a la empresa demandada. Así como el correspondiente al uso y explotación extemporánea de dicha imagen en productos si autorizados, ambos por un período determinado. También pedían el pago del equivalente al 20% de la cantidad que se determine como comisión de agencia para la empresa publicitaria por medio de la que ellos habían prestado sus servicios. Por último solicitaban el pago de gastos y costas que se originen por la tramitación del juicio.

Los hechos en que se basaban eran que dichos modelos habían celebrado –cada uno- un contrato de prestación de servicios de modelaje con la empresa de publicidad. Y después por medio de dicha empresa habían contratado, con la demandada, la prestación de servicios de modelaje, para prestar servicios estrictamente determinados con el objeto de publicitar la marca comercial; los servicios prestados por los suscritos consistieron sólo en modelaje para fotos de póster y display. Argumentando los actores que el tiempo autorizado para usar, explotar y ostentar la imagen de los suscritos en los productos autorizados, fue precisamente por un año. Pero la demandada continuó usando, utilizando y explotando sin mediar autorización expresa la imagen de los suscritos e incluso en productos distintos a los productos autorizados, como catalogo, Internet, bolsas, revistas.

Por otro lado, la demandada argumentaba que ella sólo había contratado con la empresa publicitaria y por tres años la utilización libre de las fotografías tomadas a dichos modelos. Decía que dicha empresa publicitaria era la responsable ante los modelos.

Otro caso de Juicio Ordinario Civil Federal, fue aquel en que una modelo demandaba a una empresa de ropa, el pago correspondiente al uso de su imagen y/o retrato fotográfico sin autorización en un póster, en una revista, y a través de Internet para publicidad de la misma, así como el pago de daños morales por dicho uso. Cabe señalar que la modelo había realizado una sesión de fotografías para uso únicamente de un catálogo impreso y que dichas fotos se utilizaron en los medios mencionados. Asimismo, se menciona que dicho caso se presentó ante el INDA en el procedimiento de Avenencia, pero como no se llegó a

acuerdo alguno, se demando civilmente. Este juicio civil llegó a su fin por medio de un convenio entre las partes, el cual se elevó al estado de cosa juzgada y causó ejecutoria.

Después de haber visto diferentes casos que se presentaron ante los tribunales mexicanos, es menester comentar que durante la búsqueda de éstos casos, nos encontramos que el DIMA no es un derecho muy conocido en México, así que tuvimos que explicarle a varias de las distintas personas en que consiste. Asimismo, nos dimos cuenta que los abogados tienden a hablar del DIMA como un derecho de autor, consideran que la imagen es una obra, y piden regalías por su uso, todo eso es erróneo como hemos visto, ya que ni la imagen es una obra, y por su uso no se piden regalías, sólo el pago por la utilización.

En México, falta mucha regulación de este derecho, debería incluirse –junto con los demás derechos de la personalidad- en la Constitución Federal como una garantía individual, asimismo debe incluirse en los Códigos civiles.

Además, en la protección a la imagen se deberían contemplar una definición de imagen como objeto de protección del DIMA, las formas más comunes de violarlo como son la creación de expresiones objetivas de la imagen, su publicación, el caso de la falsa apariencia incluyendo al montaje, su uso con fines comerciales o no; así como sus limitaciones tanto subjetivas como en el caso de las personas noticia, aquellas que deben permanecer en el anonimato, el uso de la imagen de las personas accesorias, así como de las limitaciones objetivas, como necesidades de justicia o de policía, fines culturales –científicos, históricos y didácticos-, razones de información pública, hechos de interés público o desarrollados en público, y el uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona. Por otro lado, deben considerarse los casos especiales como son la caricatura, el doble, el imitador. Así como el sentar bases del uso que se pudiera dar en biografías, ficciones, ficcionalizaciones, y docudramatizaciones.

Debe, asimismo, haber un criterio que tomen en cuenta los tribunales cuando juzgue respecto de la imagen de las personas, y específicamente sobre la prevalencia de algún

derecho, cuando el DIMA se encuentre en conflicto con la libertad de expresión o de información, con el derecho de autor, el del trabajo, etc.

Por otro lado, debería establecerse que en caso de que en los contratos que versen sobre el uso de la imagen, en caso de que no se establezca un plazo determinado para dicho uso, que se entiende que es por un año, para evitar abusos.

La competencia para conocer de las controversias sobre la imagen sería obviamente de los tribunales civiles, y para el caso de las infracciones en materia del comercio, cuya competencia es del IMPI, se deberían otorgar facultades a esta autoridad para determinar sobre los daños y perjuicios que se causen por el uso de la imagen.

CONCLUSIONES

1. La imagen como objeto del Derecho a la Propia Imagen, la entenderemos como el "aspecto físico exterior de una persona".
2. El bien tutelado del Derecho a la Propia Imagen es la semblanza, la efigie, el aspecto físico exterior de la persona, es decir, la imagen. Ella no puede separarse, o aislarse del sujeto mismo. Aquello que se expone o divulga, no es más que la expresión material u objetiva de la imagen, pero no se confunde con la imagen misma que integra la persona. Una cosa es la imagen, irrevocablemente unida al sujeto, y otra es la expresión objetiva de la misma. Una expresión objetiva puede ser la captación de la imagen que se hace tal cual, por ejemplo, en una fotografía o un video, o sólo con los rasgos principales como una caricatura, mediando entre ellos un cuadro, una escultura, etc. Lo que se tutela es la imagen, impidiendo que ella, al ser expresada objetivamente en cualquier soporte material, se exponga o divulgue sin el consentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.
3. La imagen está integrada por la silueta, y las características físicas particulares de una persona -incluyendo los rasgos-. Entenderemos como silueta, al contorno de la figura de una persona. Mientras que las características físicas particulares de cada persona están constituidas por la estatura, complexión, color de ojos, estilo y color de cabello, cejas, pestañas, barba, bigote, orejas, nariz, boca, dientes, etc., así como algún tatuaje, cicatriz o demás señas particulares. Dentro de las características físicas particulares se distinguen los rasgos o semblante. Entendiendo por rasgos aquellas características del rostro de alguien, y el término semblante es definido como: cara o rostro humano; o representación del ánimo en el rostro.
4. La imagen debe ser protegida debido a los diferentes valores que tiene: comunicativo, individualizador, publicitario, económico o comercial, religioso, y afectivo.

5. Los derechos de la personalidad, son aquellos derechos subjetivos privados, patrimoniales no pecuniarios, oponibles *erga omnes*, de los cuales gozan las persona durante toda su vida y a veces mas allá de ésta, y que protegen la vida y la dignidad de los individuos, para el logro del libre desarrollo de las personas dentro de la sociedad, quienes son el fundamento del orden jurídico, político y social.
6. El Derecho a la Propia Imagen se clasifica dentro de los derechos de la personalidad, particularmente dentro de los derechos de la individualización personal.
7. Definimos al Derecho a la Propia Imagen como aquel derecho de la personalidad, que nos permite elegir cuando, como, en donde, cuantas veces, cuanto tiempo y quien puede hacer una expresión material u objetiva de nuestro aspecto físico exterior –imagen- como puede ser por medio de la captación, y dicha expresión sea o no: publicada, divulgada, explotada comercialmente independientemente del fin con que se realice y el cual nos da las acciones correspondientes en caso de la falta de observancia de lo anterior.
8. El contenido de este derecho tiene una doble dimensión: positiva y negativa. El contenido positivo es entendido como la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen. El aspecto negativo se entiende como la facultad para impedir la obtención o/y publicación de la imagen por un tercero que no tenga el consentimiento del titular de dicha imagen.
9. En el Derecho a la Propia Imagen vamos a encontrar dos tipos de sujetos: el activo y el pasivo. El sujeto activo es el titular del Derecho a la Propia Imagen, el cual es el individuo legitimado para permitir o impedir la utilización de su imagen con fines pecuniarios o no. Sin embargo, existe la posibilidad de que además del titular del derecho se permita entablar la acción, en caso fallecimiento de éste, a otras personas las cuales podrán ser las que él designe en su testamento, sus herederos o legatarios. Por nuestra parte, consideramos que sólo las personas físicas pueden ser titulares del Derecho a la Propia Imagen. El legitimado pasivamente, esto es, el sujeto susceptible de ser demandado será, en principio, la persona que utilice la imagen de otra persona sin su consentimiento, y que

dicha utilización no esté protegida por alguna de las excepciones del Derecho a la Propia Imagen.

10. La naturaleza del Derecho a la Propia Imagen es un Derecho subjetivo privado, el cual establece una relación que tiene por un lado al titular y por el otro a la sociedad, la cual debe respetar la voluntad de aquel respecto su imagen.

11. Si bien el Derecho a la Propia Imagen puede presentar concomitancias con el honor, la vida privada, el derecho al cuerpo, la intimidad y otros derechos, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos supuestos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran a aquellos derechos, lo que confirma su condición de valor independiente.

12. El Derecho a la Propia Imagen tiene las características de: derecho subjetivo, privado, innato, natural, original u originario y vitalicio; personalísimo y susceptible de utilización con fines lucrativos o no, absoluto, irrenunciable, indisponible, imprescriptible, inembargable, inexpropiable, sancionador, patrimonial, de tipo moral, esencial, general, individual, individualizado por el ordenamiento jurídico, insustituible e intransmisible *mortis causa*.

13. El Derecho a la Propia Imagen no es transmisible *mortis causa* ya que es un derecho que se extingue con la muerte de la persona –como derecho de la personalidad-. Lo que sí podría ser transmisible sería algún derecho o facultad a explotar ciertas o “hasta todas” las expresiones objetivas de la imagen de dicha persona. Por otra parte, podríamos decir que **nace un nuevo derecho que denominamos como “Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida”**, y que son los parientes, los herederos y/o legatarios, a quienes corresponde este derecho y con ello una obligación moral de salvaguardar la memoria del *de cuius*; se debe entender que son allegados con el difunto en virtud del parentesco, de una relación amorosa, amistosa, fraternal, etc. que se tuviera con éste; y/o del hecho de “disfrutar” del caudal relicto del difunto. Este nuevo derecho otorgaría a sus titulares, las mismas facultades que concedía el Derecho a la Propia Imagen a la persona titular de la

imagen antes de morir. Esto es, la facultad de permitir elegir cuando, como, en donde, cuantas veces, cuanto tiempo y quien puede hacer una expresión material u objetiva del aspecto físico exterior –imagen- de la persona fallecida –que esto sería hasta que no sea enterrada o cremada- o el aprovechamiento de las expresiones objetivas ya hechas sobre la imagen de la persona fallecida. Y asimismo, que dicha expresión sea o no: publicada, divulgada, explotada comercialmente independientemente del fin con que se realice. Además, este derecho otorga las facultades correspondientes en caso de la falta de observancia de lo anterior.

14. Consideramos que sería adecuado que la protección de la imagen del fallecido sea de 100 años a partir del fallecimiento y que después pase a ser “de dominio público”, así será independiente de la longevidad de quienes puedan ejercer los derechos correspondientes – eso si son respecto a personas físicas, ya que las morales, por obvias razones, no tienen ese problema-, y además, no habrá problema de decidir si los bisnietos, y tataranietos tienen o no el derecho; ya que todos los descendientes lo tendrán siempre y cuando no terminen los 100 años. Al término de los cuales por razones vamos a llamarlas “históricas” pasará a ser de uso común, es decir, será parte de la historia de algún lugar o familia.

15. En nuestra opinión la indemnización va a ser para quien ejerza la acción del derecho correspondiente –Derecho a la Propia Imagen o Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida- o quien dicha persona elija. Además, en el caso de que sea el Ministerio Público quien la ejerza, dicha indemnización podría estar a favor del cuidado o restauración de diversas expresiones objetivas de la imagen del difunto como estatuas, pinturas, o en último caso de la Beneficencia Pública.

16. Cuando mediante la publicación de alguna expresión objetiva de la imagen del difunto, se hieren los sentimientos o algún derecho de sus parientes, herederos y/o legatarios, éstos podrán ejercitar las acciones correspondientes con el fin inmediato de proteger sus propios intereses y con el mediato de proteger la memoria del muerto –en caso de que sea también dañada ésta- o del ejercicio de su Derecho a la imagen de la persona allegada fallecida.

17. Es necesario distinguir el consentimiento como simple concesión o específicamente para la utilización de la imagen con cierto fin y en cierto medio así como su objetivación en algún soporte material.

18. El consentimiento puede ser expreso o tácito, pero con la salvedad que siendo presunto o tácito se limitará el que lo obtenga, sólo a hacer expresiones objetivas de la imagen de quien lo otorgue, y si es un fotógrafo no podrá exhibirlas más que en su vitrina, portafolio, etc. como muestra de su trabajo. No cabrá en dicho caso ningún tipo de explotación, ni utilización, de lo contrario se constituiría una violación al Derecho a la Propia Imagen de la persona titular de la imagen.

19. Dentro del tema del consentimiento se presentan muchas situaciones como el caso de la revocación, y situaciones especiales para el consentimiento de los incapaces –menores de edad, e interdictos-.

20. Consideramos que la revocación por parte del titular se podrá presentar en todo momento, sin necesidad de invocar alguna causa puesto que cada quien es libre de hacer con su imagen lo que quiera. No obstante, será necesario cubrir los daños y perjuicios que se causen; excepto cuando la causa de la revocación sea la violación a otro derecho del que revoca.

21. Los incapaces son titulares de su Derecho a la Propia Imagen y los encargados de su ejercicio serán los padres, los tutores, y en ausencia de éstos o en caso de una clara explotación por parte de ellos hacia la imagen del incapaz, podría encargarse alguna institución como el Ministerio Público. Ahora bien, en el caso de los menores su opinión debe ser tomada en cuenta para el ejercicio de su Derecho a la Propia Imagen –especialmente su ámbito positivo-. Es más, podría darse el caso que los representantes del menor y éste, tuvieran intereses contrarios, en tal caso podría resolver el juez. Por otro lado, en el caso de los interdictos, su consentimiento será válido cuando tengan las condiciones suficientes para prestarlo, es decir, algún momento de lucidez.

22. Cuando se realice un contrato sobre la imagen deberán tomarse en cuenta los siguientes puntos:

- a) Número y tipo de expresiones objetivas que se harán de la imagen del titular del Derecho a la Propia Imagen, es decir, si se tomarán fotos o video, si se hará una pintura, una escultura, o si tiene el titular que entregar unas ya hechas. Esto implica el establecimiento del tiempo y número de veces que el titular del Derecho a la Propia Imagen debe posar o actuar –con la correspondiente obediencia de tomar alguna posición o gesto determinado, algún maquillaje o atuendo específico- para que sean obtenidas dichas expresiones objetivas. En este sentido se pueden establecer las fechas para posar, o un término para que se entreguen las expresiones objetivas ya hechas.
- b) Forma de utilización de dichas expresiones objetivas, es decir, cómo será la publicación, en qué medio. Además cuantas y cuales expresiones objetivas se usarán, ya que es muy común que se tomen varias fotos y sólo se publiquen algunas. Asimismo, cuál será el alcance territorial de la utilización, es decir, si el programa es en el ámbito local, nacional, o por ejemplo, el caso de Internet que es mundial.
- c) Por cuenta de quien irán los gastos de la creación de las expresiones objetivas, y su respectiva divulgación y publicación.
- d) Duración de la utilización de dichas expresiones objetivas, por ejemplo, en que número de la revista, o de tal fecha a tal fecha aparecerá la expresión en Internet o TV, etc.
- e) Quién será el que adquiera los derechos sobre dichas expresiones objetivas, y además, si existe o no la posibilidad de transmisión de los dichos derechos. De hecho podría darse el caso que si se pactase exclusividad, ni el titular del Derecho a la Propia Imagen pudiera utilizar dichas expresiones objetivas. Además, se puede establecer cuál podría ser el precio para la transmisión en caso de que ésta se aceptara.
- f) Remuneración del titular del Derecho a la Propia Imagen.
- g) Quién ejercerá las acciones correspondientes en caso de violación a alguno de los derechos relativos a las expresiones objetivas, y quién percibirá la correspondiente indemnización.
- h) En caso de conflicto de derechos entre el titular del Derecho a la Propia Imagen y el autor de la expresión objetiva o el productor, etc. cuáles prevalecerán.

i) Si el titular del Derecho a la Propia Imagen tiene o no que asistir a algún evento de promoción o de presentación de la película, de la revista, del calendario, etc.

23. Hay que distinguir la imagen como objeto del Derecho a la Propia Imagen de otros conceptos como la imagen escénica, la imagen en el ámbito del *marketing* y la publicidad, la imagen de las cosas, la imagen social de las personas, la imagen dactilar, el retrato moral, y el retrato literario.

24. El criterio de la reconocibilidad, aunque siendo importante, no es decisivo para averiguar si hay intromisión ilegítima. Por imagen no reconocible suele entenderse tradicionalmente aquella en la que la cara –u otros rasgos claramente distintivos del sujeto, excepcionalmente- no aparece visible. Por nuestra parte consideramos que sí podría haber violación al Derecho a la Propia Imagen, en el caso que la pierna, mano, etc. efíguidas tuvieran algún signo característico muy especial, por ejemplo, un lunar en forma de corazón y que fuera muy grande. Aunque estamos conscientes de que serían muy pocos los casos en que se diera.

25. Creemos que el ataque en general contra el Derecho a la Propia Imagen de una persona consistiría en la utilización de su imagen sin su consentimiento, sin embargo, en los casos en que se utilice no sólo sin el consentimiento, sino contra la voluntad de su titular, estaremos ante una agravante de la violación al Derecho a la Propia Imagen y con ello la sanción debe ser mayor.

26. Los casos más comunes de violación al derecho en estudio podrían ser:

a) la creación de expresiones objetivas de la imagen, apoyamos la idea de que la simple captación de la imagen de una persona sin su consentimiento es violatoria a su Derecho a la Propia Imagen; ya que de lo contrario todas aquellas personas atractivas físicamente serían objeto de la obtención de muchas fotografías por ejemplo. No así con las otras creaciones de expresiones objetivas de esa imagen, ya que éstas pueden conllevar algo más artístico, o depender del talento y memoria del autor. Así, por ejemplo, si vamos caminando en la calle

y vemos una dama que nos gusta, no tenemos derecho a tomarle una foto o un video, pero si de llegar a nuestro hogar y dibujarla.

- b) Publicación o divulgación
- c) Falsa apariencia –incluido el montaje-.

27. El Derecho a la Propia Imagen no es un derecho absoluto e ilimitado tiene límites y puede tener limitaciones -tanto objetivas como subjetivas, los límites pueden venir impuestos por la ley o bien proceder de su propia naturaleza.

28. Las limitaciones subjetivas son aquellas que se aplican a ciertas personas y son:

- a) Las personas notorias.
- b) Personas que deben permanecer en el anonimato.
- c) Personas accesorias o extras

29. Las limitaciones objetivas, son aquellas aplicables a toda clase de personas, sin atender a la celebridad de las mismas, sino a consideraciones de carácter social, sugeridas por las exigencias de información pública. Tales limitaciones se anuncian así:

- a) Necesidades de justicia o de policía.
- b) Fines culturales -científicos, históricos y didácticos-.
- c) Razones de información pública.
- d) Hechos de interés público o desarrollados en público.
- e) Uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona.

30. Las limitaciones del Derecho a la Propia Imagen encuentran una excepción para su aplicación, y dicha excepción consiste en que con la utilización de la imagen se lesione otro derecho del efigiado, en especial podríamos hablar de lesiones a su honor y a su vida privada e intimidad. Es decir, si se viola alguno de estos derechos con la utilización de la imagen no se podrán aplicar las limitaciones del Derecho a la Propia Imagen y por lo tanto, habrá lesión también a este derecho.

31. Dentro de los casos especiales respecto del Derecho a la Propia Imagen se encuentran la caricatura, los dobles, los imitadores, las radiografías, y así como los usos de la imagen personal en relación con la presentación de la historia vital de la persona -biografía, ficción, ficcionalización y docudramatización-.

32. Lo que trae consigo la violación al Derecho a la Propia Imagen, puede ser un daño moral, un daño material, así como repercusiones en el mercado –real o potencial del titular-. Asimismo, hay medidas contra dicha violación, para evitar una posterior, así como para reparar los daños –o al menos compensarlos.

33. Consideramos que es adecuada la presunción del daño moral, puesto que sería muy difícil probar su existencia ya que se refiere al interior de la persona; sin embargo, esa presunción debe ser *iuris tantum* porque siempre debe haber posibilidad de ser destruida con una prueba en contrario.

34. Respecto de la responsabilidad específicamente en el Derecho a la Propia Imagen, podemos decir que si no existe consentimiento para la utilización de la imagen y dicha utilización no encuentra protección en las limitaciones al Derecho a la Propia Imagen, nos encontraremos ante la responsabilidad extracontractual; si por lo contrario si existe el consentimiento y no se respeta éste estaremos ante la responsabilidad contractual.

35. La tutela al Derecho a la Propia Imagen comprenderá la adopción de todas las medidas de prevención o cautelares, reparadoras y sancionadoras. Las medidas cautelares son aquellas que dicta el juez –ya de oficio o a petición de parte- para evitar que se cause o se siga causando una posible violación al Derecho a la Propia Imagen es decir, se aplican antes de que finalice el proceso y se resuelva si existe o no dicha violación, entre éstas podrían encontrarse el secuestro del periódico o la revista o la no-emisión de un programa de radio o televisión. Por otro lado, las medidas reparadoras son necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse principalmente la indemnización por los daños y perjuicios

causados; la declaración del derecho, la retirada de la publicación de bibliotecas o hemerotecas, así como el reconocimiento del Derecho a replicar —cuando existe daño también al honor— y la difusión de la Sentencia-se publica que la imagen se utilizó sin consentimiento del titular a fin de reparar los daños morales que se le puede haber producido-. Asimismo, la protección jurisdiccional podría consistir en solicitar del particular, de la empresa publicitaria del medio de difusión -cinematografía, prensa y televisión- entreguen los negativos, fotos originales así como aquellas partes de los filmes y *spots*, en donde aparezca él. Si se trata de libros con fotografías se retirarán aquellas páginas con fotos incluidas que han originado intromisiones ilegítimas al Derecho a la Propia Imagen.

36. Para la cuantificación del monto de la indemnización, se deberán tomar en cuenta algunos criterios como la gravedad de la lesión producida, la difusión o la audiencia del medio, el beneficio que haya obtenido el causante, así como si se dañaron otros derechos, además del grado de culpabilidad y si la utilización ha disminuido las oportunidades de futuros contratos para el titular.

37. El Derecho a la Propia Imagen muchas veces se encuentra en conflicto con algunos derechos y libertades, principalmente la libertad de expresión y la de información; así como el derecho de autor y el derecho del trabajo. El criterio a utilizar consiste en que hay que atender a las particularidades de cada caso, es decir, hay que valorar los intereses en cada caso, pero se debe tener en cuenta que si el daño producido es grave puede contrapesar el interés general y no permitirse el uso de la imagen.

38. Consideramos que la Ley de Derechos de Autor de 1947 regulaba mejor al Derecho a la Propia Imagen que la Ley actual, ya que aquella agregaba que era libre la publicación del retrato cuando tenía un fin científico, didáctico, y en general, cultural, o si se refería a un acontecimiento de actualidad, de interés público u ocurrido en público; mientras que la actual menciona sólo los casos en que la persona forme parte menor del conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos. Independientemente de que el art. 86 ahora dice que los fotógrafos profesionales sólo

pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo como muestra de su trabajo, previa autorización -aunque lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro-⁴⁵¹. Asimismo, la actual marca el plazo de 50 años de duración de los derechos del retratado. En general, consideramos mejor la regulación del art. 25 de la Ley de 47 al 87 de la ley actual, salvo que en ésta existe el establecimiento del plazo mencionado para el ejercicio de los derechos correspondientes al efigiado, así como la mención de la excepción por ser parte menor del conjunto; y tal vez la referencia a la presunción del consentimiento cuando el efigiado recibe una remuneración, careciendo del derecho a revocar mientras se utilice la imagen en los términos pactados. Aunque no estamos de acuerdo en que se niegue el derecho a revocar en tal caso; ya que somos partidarios de que se puede revocar en cualquier tiempo, pero con la obligación de cubrir los daños y perjuicios que se causen. Además, en la Ley de 47 se establecía una pena más efectiva, ya que se decretaba una multa y/o pena de prisión para quien utilizara la imagen de otra persona sin su consentimiento, cosa que actualmente si constituye una infracción en materia del comercio sólo se establece una multa; o si es civilmente se llega a los daños y perjuicios, así como al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

39. En el caso de los personajes humanos de caracterización no es posible pretender la reserva de la imagen de la persona que encarna del personaje.

40. En este sentido un personaje ficticio o simbólico -por ejemplo, un muñeco de peluche que representa a una determinada persona- podrá tener las características reales de una persona, siempre y cuando ésta acceda a otorgárselas y se reúnan los requisitos solicitados por el INDAUTOR -Instituto Nacional de Derechos de Autor-. El problema para quien pretenda la reserva de derechos, cuando no obtenga el consentimiento del titular de hacer uso de sus características físicas, será únicamente el no obtener la reserva de derechos, ya que no existe disposición para evitar que la imagen sea explotada o resulte protegida de manera más efectiva cuando se encuentre con este tipo de cuestiones, lo que puede dar lugar a que se utilice su imagen en personajes ficticios o simbólicos sin su autorización, y aunque INDAUTOR no haya otorgado la reserva de derechos. Sin embargo, encontramos

⁴⁵¹ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

algunos muñecos de peluche de una televisora mexicana, así como máscaras o muñecos de personas reales, cuyos explotadores seguramente no tienen el consentimiento de la persona, y, por lo mismo, carecen de una reserva de derechos sobre esa imagen que explotan, pero tampoco les es aplicada una sanción efectiva para evitar que la usen o exploten sin el consentimiento de su titular. Dicha utilización constituye una violación al Derecho a la Propia Imagen de las personas que representan, independientemente que usen variaciones en los nombres.

41. Consideramos que el derecho de arena va muy ligado al Derecho a la Propia Imagen, puesto que si bien, aquél se refiere a la actuación en sí, al captarse dicha actuación, es evidente que se captarán las características físicas externas de la persona –su imagen–; por lo tanto, al violarse el derecho de arena, llevará consigo la violación automática del Derecho a la Propia Imagen, excepto en aquellos casos en que no sea identificable la persona –ya directa o indirectamente–, por ejemplo, que cierto actor esté disfrazado, independientemente de que se sepa que es él por el nombre, la propaganda, etc. mientras no se distinga en este caso que es él no habrá violación al Derecho a la Propia Imagen.

42. Por otro lado, los artistas -intérprete o ejecutante - gozan de los derechos conexos o vecinos. Así, según el artículo 118, tienen el derecho de oponerse a la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones; a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material, y a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones.⁴⁵² Ahora bien, creemos que a ellos se deberían aplicar las mismas consideraciones que se dieron para el derecho de arena, pero sólo en los casos en los que se capte la imagen, así, por ejemplo, podemos excluir los casos en que sólo se capte la música que ejecutó el pianista, la cual se podría transmitir en radio, pero si también se captará la imagen y se transmitiera, habría una violación al Derecho a la Propia Imagen, con independencia de la lesión a los derechos conexos que tenga.

⁴⁵² Estos derechos se consideran agotados una vez que el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la incorporación de su actuación o interpretación en una fijación visual, sonora o audiovisual.

43. Creemos que las disposiciones sobre el Derecho a la Propia Imagen deben ser específicas, es decir, no se puede encontrar normadas por extensión o por relación que guarda con otros derechos afines como por ejemplo, la intimidad y el honor, sino que debe ser regulada de manera independiente a fin de que su protección sea más clara y eficaz.

44. En México la protección actual vía civil puede ser ante los tribunales federales donde se puede demandar por daños –moral y material- y perjuicios, así como incumplimientos de obligaciones contraídas previamente, todo esto causado por el uso de la imagen de una persona. Sin embargo, la protección a la imagen no es expresa en el Código Civil Federal, como ya lo está en Tlaxcala, Puebla, Quintana Roo. Aunque gracias a la reforma a la LFDA en su art. 213⁴³³ ahora los Tribunales Federales conocerán de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de dicha ley –como lo son las violaciones al DIMA- pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal. Además agrega que las acciones civiles que se ejerciten se fundarán, tramitarán y resolverán conforme a lo establecido en esta ley y en sus reglamentos, siendo supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles ante Tribunales Federales y la legislación común ante los Tribunales del orden común.

45. La Ley Federal de Derechos de Autor otorga al Instituto Nacional de Derechos de Autor –INDAUTOR-, la facultad de intervenir en los conflictos que se susciten entre los particulares para dirimir los desacuerdos de manera amigable. De esta manera existe el “Procedimiento de Avenencia”, el cual permite a la autoridad invitar a las partes en conflicto a una junta con el objeto de encontrar una solución conciliatoria al problema que las involucra.

46. Corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial -IMPI- el sancionar las Infracciones en Materia de Comercio contempladas en el art. 231 de dicha ley, entre ellas, la dispuesta por la fracción II, relativa a la utilización de la imagen de una persona sin su

⁴³³ Reforma que aparece en el D.O.F. del 23 de julio de 2003.

autorización o la de sus causahabientes, cuando dicha conducta sea realizada con fines de lucro directo o indirecto.

47. La regulación del Derecho a la Propia Imagen en nuestro país, es bastante escasa, y por ello proponemos que este derecho sea reconocido de manera expresa –junto con los demás derechos de la personalidad-, en primer lugar en nuestra constitución, que es el punto de partida de nuestro sistema jurídico, como una garantía individual. En este caso podría ser en el artículo 4º, dándoles el carácter de derechos fundamentales del individuo. Además se debe reconocer –junto con los otros derechos de la personalidad-, como límite expreso de las libertades de expresión e información, esto último, sin miedo a las críticas de los medios por razones de ley mordaza.

48. En segundo lugar, debe abrirse un apartado especial en los códigos civiles, referentes a los derechos de la personalidad –patrimonio moral de la persona-, donde se haga un catálogo –abierto, por supuesto- de dichos derechos. Además, se debe regular al Derecho a la Propia Imagen en todos sus aspectos, excepciones, límites y limitaciones.

49. En la protección a la imagen se deberían contemplar una definición de imagen como objeto de protección del Derecho a la Propia Imagen, las formas más comunes de violarlo como son la creación de expresiones objetivas de la imagen, su publicación, el caso de la falsa apariencia incluyendo al montaje, su uso con fines comerciales o no; así como sus limitaciones tanto subjetivas como en el caso de las personas noticia, aquellas que deben permanecer en el anonimato, el uso de la imagen de las personas accesorias, así como de las limitaciones objetivas, como necesidades de justicia o de policía, fines culturales –científicos, históricos y didácticos-, razones de información pública, hechos de interés público o desarrollados en público, y el uso incidental de expresiones objetivas de la imagen de una persona. Por otro lado, deben considerarse los casos especiales como son la caricatura, el doble, el imitador. Así como el sentar bases del uso que se pudiera dar en biografías, ficciones, ficcionalizaciones, y docudramatizaciones.

50. Con dicho reconocimiento en el código civil se debe eliminar de la LFDA y su reglamento. En dado caso que no se hiciera esto último, se debería de dar al IMPI, la facultad de establecer el monto de la indemnización por los daños y perjuicios causados al titular del Derecho a la Propia Imagen, ya que de lo contrario dicho titular tiene que acudir primero a la vía administrativa –IMPI- y luego a la judicial –civil- para ver satisfecha una reparación del daño. Lo cual toma mucho tiempo, dinero, tramites, etc. quedando sólo en palabras aquella “justicia pronta y expedita”.

51. Sin embargo, consideramos que pudiera salir sobrando la existencia de una infracción en materia del comercio cuando la imagen se utilice con fines lucrativos, ya que de todas maneras existe violación al Derecho a la Propia Imagen que bien se puede demandar vía civil –ya que debe estar en el Código Civil como un derecho de la personalidad-, así que los fines lucrativos podrían ser sólo una agravante a la utilización de la imagen.

52. Debe, asimismo, haber un criterio que tomen en cuenta los tribunales cuando juzguen respecto de la imagen de las personas, y específicamente sobre la prevalencia de algún derecho, cuando el Derecho a la Propia Imagen se encuentre en conflicto con la libertad de expresión o de información, con el derecho de autor, el del trabajo, etc.

53. Por otro lado, debería establecerse que en aquellos casos en que en los contratos que versen sobre el uso de la imagen, no se establezca un plazo determinado para dicho uso, que se entiende que es por un año, para evitar abusos.

54. La competencia para conocer de las controversias sobre la imagen sería obviamente de los tribunales civiles.

55. Recomendamos que se firmen Tratados Internacionales sobre los derechos de la personalidad para que haya una regulación uniforme en los países.

56. Por último, creemos que es necesario establecer las bases del tratamiento de aquellos casos en que la violación al DIMA se haga por medio de Internet, que es una red mundial.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ALBACAR LÓPEZ, J.L. Derechos Fundamentales, Serie Azul-Leyes Civiles, Trivium, España, 1993
- AMAT LLARI, Eulalia El Derecho a la Propia Imagen y su valor publicitario, La Ley, España, 1992
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana El Derecho a la Propia Imagen, su identidad y aproximación al Derecho a la Información, 2ª ed., Universidad Iberoamericana, México, 1998
- BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho Civil, Parte general 1, 11ª ed., Perrott, Argentina
- BRANCA, Giuseppe Instituciones de Derecho Privado, Porrúa, México, 1978, traducción de Pablo Macedo a la 6ª ed. Italiana, Editore Bologna, Italia, 1975
- BRANDEIS, Louis D. y WARREN, Samuel Derecho a la intimidad, del artículo "The Right to Privacy" publicado en Harvard Law Review, No 4, 1890
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura Derecho a la Intimidad, Tirant lo Blanch, España, 1998

- CARBONNIER, Jean Derecho Civil, Tomo 1, Vol. 1, traducción de la 1ª ed. Francesa con adición de conversión al Derecho Español por Manuel Zorrilla Ruiz, Bosch, España, 1960
- COSSÍO, Alfonso Instituciones de Derecho Civil I, Alianza editorial, España, 1977
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso Instituciones de Derecho Civil, parte gral., Tomo I, Civitas, España, 1988
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. 1, 7ª, Técno, Antonio España, 1990
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Derecho Civil, 8ª ed., Porrúa, México, 2000
- FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos Derecho la identidad personal, Astrea, Argentina, 1992
- FERREIRA RUBIO, Delia M. El Derecho a la intimidad, Universidad, Argentina, 1982
- GALINDO GARFIAS, Ignacio Derecho Civil, 1er Curso, 20ª ed., Porrúa, México, 2000
- GARBERÍ LLOBREGAL, J. Convenio Europeo de Derechos humanos Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España, Bosch, España, 1999
- GHERSI, Carlos Alberto Derecho Civil, Parte General, Astrea, Argentina, 1993

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto El Patrimonio, 6ª ed., Porrúa, México, 1999
- HERCE DE LA PRADA, Vicente El Derecho a la Propia Imagen y su incidencia en los medios de difusión, Vol. 1, Bosch, España, 1994
- HERRERO TEJEDOR, Fernando Honor, Intimidación y Propia Imagen, Colex, España, 1990
- IGARTUA ARREGUI, Fernando La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos, Tecnos S.A., España, 1991
- LLAMAZARES CALZADILLA, Ma. Cruz Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Civitas, España, 1999
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario Instituciones de Derecho Civil, tomo II, Porrúa, México, 1987
- MASCAREÑAS, Carlos E. y Prats BUENAVENTURA PELLISÉ Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XI, F. Seix Editor, España, 1977
- MOLINERO, César Teoría y fuentes del derecho de la información, 2ª ed., Escuela Superior de Relaciones Públicas, E.U.B., España, 1995
- NOVOA MONTREAL, Eduardo Derecho a la vida privada y libertad de información, 15ª ed., Siglo XXI, México, 1997

- O'CALLAGHAN, Xavier Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen, Editoriales de Derecho Reunidas, España, 1991
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto La persona en el Derecho Civil Mexicano, 2ª ed., 2ª reimp., Panorama, México, 1998
- PÉREZ VARGAS, Víctor Derecho Privado, 3ª ed. Litografía e imprenta LIL S.A., Costa Rica, 1994
- PUIG BRUTAU, José Fundamentos de Derecho Civil, T. II, V. III, Bosch, España, 1983
- PUIG FERRIOL, Luis Fundamentos de Derecho Civil, T. I, VI, Bosch, España, 1979
- RANGEL MEDINA, David Derecho Intelectual, McGraw-Hill, México, 1998
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio El Derecho Fundamental a la Intimidad, Dykinson, S.L., España, 2000
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, G. Miguel, et al. La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Civitas y Europa Notan, España, 2000
- ROMERO COLOMA, Aurelia Ma. Los bienes y derechos de la personalidad, Trivium, España, 1985

- ROVIRA SUEIRO, Maria E. El Derecho a la Propia Imagen. Colección de Estudios de responsabilidad civil 2, Comares, España, 2000
- SÁNCHEZ-CORDERO DAVILA, Jorge A. Derecho Civil, 1ª ed. 1ª reimpresión, Colecc. Introducción al Derecho Mexicano, UNAM, México, 1983
- SARAZA JIMENA, Rafael Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen, Arazandi, España, 1995
- TRABUCCHI, Alberto Instituciones de Derecho Civil, traducción de Luis Martínez a la 15ª ed. Italiana, Revista de Derecho Privado, España, 1967
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime El Derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, Montecarlo S.A., España, 1984
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde Derecho a la intimidad, Abeledo-Perrot, Argentina, 1982
- TESIS
- FLORES FLORES, Armando Implicación jurídica de la imagen como proyección jurídica de las personas físicas, Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1989

LARRONDO SCHOELLY, Andrea

Derecho a la Imagen como límite a la garantía de expresión, Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2000

ZAVALA ARREDONDO,
Marco Antonio

La caricatura como presunta causa de violación del Derecho a la Propia Imagen.
Seminario de Patentes, Marcas y Derechos de Autor, Facultad de Derecho, UNAM, 1997

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

CABANELLAS, Guillermo

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,
21ª ed., Heliasta S.R.L., Argentina

DE CASSO Y ROMERO, Ignacio

Diccionario de Derecho Privado. 2ª
reimpresión de la 1ª ed., Labor S.A., España,
1961

DEL ARCO TORRES, M. Ángel,
y Manuel Pons González

Diccionario de Derecho Civil, Comares,
Granada, 1999

PALOMAR DE MIGUEL

Diccionario para juristas, Porrúa, México,
2000

Diccionario de la Lengua Española. 20ª ed
-Real Academia Española- España, 1984

Diccionario Jurídico Mexicano, 15ª ed.,
-Instituto de Investigaciones Jurídicas-
UNAM-Porrúa, México, 2001

Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, España,
1995

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Driskill S.A.,
Argentina, 1990

Enciclopedia Multimedia Salvat, España, 1998

Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado,
-Selecciones Reader's Digest-, México, 1986

HEMEROGRAFÍA

LO PERA, Alfonso

El Derecho a la intimidad, publicación de la
Universidad de Antioquia, LII, enero-junio,
Colombia, 1977, pág. 200

MOSSET ITURRASPE, Jorge

El Derecho a la Intimidad -art. 32 bis del
Código Civil-, publicación de jurisprudencia
Argentina, marzo, Buenos Aires, Argentina,
1975, pág. 4

OCHOA RESTREPO, Guillermo

Derecho a la Imagen, publicación de la
Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la
universidad de Antioquia, Vol. XXIII, No 65,
Colombia, marzo, 1964, pág. 73

RECIBIDO EN
LA SECRETARÍA DE
ESTADO DE JUSTICIA

INTERNET

- o Base de Datos Políticos de las Américas. –1998- Privacidad personal y familiar. *Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. -Internet-. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/privacidad.html> 26 de diciembre 192001
- o García Morante, Juan Carlos <http://www.ucm.es/info/di/4/juancarlos.htm>
- o <http://www.plades.org.pe/vigila/alerta2.htm>
- o <http://www.laspalmasgc.es/vela/marcproy.html>
- o <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc64/marpin.html>
- o <http://www.solmuntanola.com/textos/information3e.html>
- o <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000kjl/u36di/04fierro.htm>
- o <http://www.derecho.unex.es/biblioteca/sumarios/ft/imagen.pdf>
- o <http://www.ull.es/publicaciones/latina>
- o <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/privacidad.html>
- o <http://www.georgetown.edu/pdba/constitutions/constitutions.html>
- o <http://www.ecuanex.apc.org/constitution>
- o <http://www.juridicas.unam.mx/navius/infur/const>
- o <http://www.iespala.es/DDHH/ddhh575.htm>
- o Verónica Trinidad Martínez / *Angélica Pineda* / *Omar Raúl Martínez*, 2000; Recuento de daños a las libertades de expresión e información en 1999, en Revista Mexicana de Comunicación, número 64, Julio - Agosto de 2000, México DF, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc64/marpin.html>
- o Jacaranda Pineda Chávez, 2000; La regulación de los medios de comunicación: un debate abierto, en Razón y Palabra, número 17, Febrero – Abril del 2000, México, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc64/marpin.html>
- o Revista Latina de Comunicación Social, número 36, de diciembre de 2000, La Laguna -Tenerife-, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000kjl/u36di/04fierro.htm>

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN