

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

JOSÉ MIGUEL CEBALLOS DELGADO*

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

El derecho a la propia imagen ha sido reconocido desde la antigüedad, aun cuando se hiciera indirectamente por estar ligado al honor y al buen nombre.

En el contexto del Derecho Romano encontramos el llamado *ius imaginum*, que hacía referencia a una institución de derecho público en virtud de la cual los miembros de una familia –principalmente patricios– tenían la facultad de tomar una máscara de cera del rostro del pariente difunto en aras de exhibirla en el atrio de las casas y a su vez transportarla a ceremonias públicas, como símbolo de la dignidad de una familia¹.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Investigador del departamento de propiedad intelectual de la misma casa de estudios, consultor y asesor en temas relacionados con propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Este artículo hace parte de un escrito que desarrolla el mismo autor sobre el “*Derecho del Entretenimiento*”. Correo electrónico: mceballos@naranjobogados.com. Fecha de recepción: 12 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2011.

1. A propósito de la institución que comentamos, Polibio indica: “Cuando muere un personaje ilustre, durante la celebración de las exequias es llevado, con gran pompa, al foro, junto a lo que se llaman los *rostra*, donde casi siempre se le coloca de pie y bien visible, raramente acostado.

Mientras el pueblo rodea el ataúd, el hijo del difunto, si tiene un hijo primogénito y si está presente o en su defecto alguno de la familia sube a la tribuna y conmemora las virtudes del muerto y las empresas que ha realizado con éxito durante su vida. Por esa razón, entre la multitud, no solo los que han tomado parte en esas empresas, sino también los extranjeros –los unos evocando sus recuerdos, los otros imaginándose el pasado del difunto–, todos se conmueven, hasta tal punto que esta pérdida no se limita a los que están de luto, sino que se extiende a todo el pueblo.

Después de la *laudatio funebris*, el muerto es amortajado con los ritos fúnebres habituales, y su imagen, encerrada en un relicario de madera, es llevada al lugar más honorable de la casa.

Esta imagen es una máscara de cera que representa con una notoria fidelidad la fisonomía y el color del difunto. Cuando se celebran sacrificios públicos, se exponen estas imágenes y se les honra con grandes atenciones; y cuando muere algún pariente ilustre, se las lleva en procesión a los funerales, por personas que por su estatura y su aspecto exterior son las más parecidas a los originales, quienes, además las aplican a su propio rostro.

Compartimos en este punto de la discusión los comentarios de Oscar Puccinelli, quien sostiene que, existía –en este escenario– un derecho a la imagen en vida y un derecho a la imagen *post mortem*, lo que implicaba que las reproducciones de las imágenes de personas (que por entonces solo se plasmaban a través de la pintura, de la escultura y de la mascarilla funeraria), debían contar con el asentimiento del representado o de sus causahabientes.

Así, el derecho a la propia imagen en el contexto del Derecho Romano no tenía gran trascendencia, por lo menos en vida, toda vez que el mismo se encontraba protegido indirectamente por la tutela que se otorgaba a la honra.

Durante la Edad Media el derecho a la imagen continuó protegido de forma indirecta a partir de la protección a otros derechos que se consideraron en su momento de mayor importancia, como en la época romana.

La situación se mantuvo igual hasta 1907, cuando se elevó a texto legal la protección del derecho a la imagen. No obstante, en el entretanto se produjeron diversos pronunciamientos judiciales que fueron labrando el terreno para la mencionada protección legal y constitucional del derecho a la imagen.

Ahora bien, tales pronunciamientos jurisprudenciales respondieron según la época, a lo que se ha denominado por la doctrina una de las tres etapas de evolución del derecho a la imagen. Estas etapas se distribuyen así:

1. *De 1839 a 1900*. En este primer periodo a la imagen se le consideró como un aspecto integrante del derecho de autor. En este periodo, Alemania, Bélgica y Austria fueron los primeros países en otorgar protección al derecho a la propia imagen.

A propósito, la ley alemana sobre derechos de autor de 1876 indicaba en su artículo 8 lo siguiente:

Si el autor de una obra de arte figurativa enajenase la propiedad, esta enajenación no llevará consigo el derecho de reproducción; sin embargo, si se tratase de retratos o de bustos, el derecho de reproducción pasará al que haya encargado la obra.

Es importante tener presente que para el tiempo en que se redactó la norma transcrita, el encargo de una fotografía lo hacía generalmente la misma persona que iba a ser retratada o aquella que tuviera la tutoría sobre quien sería fotografiado.

Esta es la razón que posiblemente llevó a que el legislador alemán de la época señalara que a esta persona –encargante– le pertenecerían todos los derechos de carácter económico, haciéndose referencia explícita en la norma al derecho de reproducción.

Estas, si el muerto ha sido cónsul o pretor, visten la toga pretexta (es decir, orlada de púrpura); si ha sido censor, togas de púrpura y bordados de oro si ha obtenido el triunfo o ha recibido alguna distinción de este género (Historias VI,53 (1-6)).

A su turno, la ley austriaca de 1885 señalaba en su artículo 13:

Respecto a los retratos fotográficos, el ejercicio del derecho de autor se halla vinculado en todo caso al consentimiento de la persona reproducida o de sus herederos; se exceptúan las fotografías realizadas de oficio.

Finalmente, la ley belga de 1886, indicó en su artículo 20:

Ni el autor, ni el propietario de un retrato tienen derecho de reproducirlo o exponerlo públicamente sin el consentimiento de la persona representada, o de los derechohabientes durante los veinte años que siguen a la muerte del retratado.

Estas normas en conjunto, evidenciaron que en esta primera etapa de reconocimiento de la imagen a partir de las normas sobre derecho de autor, los derechos que hoy denominaríamos patrimoniales de autor se encontraban restringidos al consentimiento del retratado o de sus causahabientes.

Podría entonces indicarse que los derechos de la persona que en el contexto del acto jurídico actuaba como fotógrafo o autor se restringían en principio a una contraprestación de carácter económico, sin que se le reconocieran mayores prerrogativas que subsistieran con posterioridad a la ejecución de su prestación, la cual consistía entonces en hacer el retrato encargado.

Al explicar la razón de la circunscripción del derecho de imagen en este escenario de los derechos de autor, Ana Azurmendi indica que ello es fruto del acontecimiento técnico-artístico de la fotografía que tuvo gran repercusión en el ámbito mundial.

2. *De 1900 a 1910.* En este periodo se le empieza a dar a la imagen el tratamiento de un bien personalísimo. La autora antes mencionada —Ana Azurmendi—, indica que el cambio de percepción del derecho a la imagen se debió además de los fallos jurisprudenciales precedentes a la época, a aportes de la doctrina alemana y al congreso de juristas alemanes de 1902, en el que se solicitó que el derecho a la propia imagen fuera abiertamente reconocido.

En efecto, la postura tomada inicialmente en Alemania con la ley de 1907 fue acogida en Francia tras el texto de R. Saleilles, titulado *Le Droit au nom individuel pour l'Empire d'Allemagne, Note sur l'art. 12 du Code Civil Allemagne*. A partir de entonces se le comenzó a dar al derecho a la imagen el tratamiento de un derecho sobre el propio cuerpo. En la misma línea dogmática se encaminó Italia a partir de diversos trabajos doctrinales que arrojaron el mismo resultado que en Francia.²

2. Indicaba la ley de derechos de autor alemana de 1907, en su artículo 22: *Los retratos no pueden difundirse o exponerse públicamente sin la autorización de la persona representada. En caso de duda sobre el consentimiento, se considera dado cuando el retrato recibe una compensación por dejarse retratar. Después de la muerte de la persona reproducida hará falta el permiso de sus parientes más próximos (...).*

De su lado el artículo 23 de la misma norma señalaba:

Debemos indicar que la redacción de la norma alemana de 1907 parte de una premisa general, según la cual la reproducción y/o exposición de la fotografía puede hacerse públicamente, únicamente cuando medie el consentimiento expreso de la persona retratada. Sin embargo, la propia redacción de ésta norma nos pone de presente una presunción legal sobre tal autorización, en la medida que la persona retratada reciba alguna retribución con ocasión de la fotografía en que ha sido reproducida su imagen.

Además de este supuesto, el artículo siguiente del mismo cuerpo normativo enumera cuatro eventos en los que a pesar de no existir la autorización o consentimiento requerido por el artículo precedente, el autor de la fotografía podrá exponerla públicamente. Se trata de supuestos en los que la obra hace parte del dominio público, ha sido tomada en eventos públicos o que su exhibición conlleve a la satisfacción de un interés superior al de la persona fotografiada; todo ello en la medida que no se afecten los intereses del retratado o de su cónyuge, pues recordemos que en este periodo a la imagen se le viene asociando a un derecho personalísimo.

De otra parte, en Estados Unidos, ante el interés por la fotografía y aspectos de la vida privada de personajes públicos, el derecho a la imagen se concibió como un derecho ligado íntimamente a la vida privada. Esta concepción abarcaba tanto la esfera moral como la patrimonial del derecho a la imagen. En este sentido, se hacía alusión al *Right of Privacy*, figura en la que se encasilló la facultad de explotar comercialmente la imagen.

Sin embargo, para darle la importancia en mención al derecho a la imagen, fue necesario que S.D. Warren y L.D. Brandeis trataran el tema en su artículo *The Right of Privacy*, publicado en 1890, refiriéndose al derecho a la imagen a partir del pronunciamiento del juez Cooley, según el cual las personas tienen derecho a ser dejadas en paz (*Right to be let alone*)

Plantearon los autores mencionados que el derecho a la propia imagen tenía una doble variante. Por un lado es el derecho a gozar de una esfera privada y por otro lado es el derecho a verse libre en la decisión de la explotación económica de la imagen.

Fue en 1902 cuando se consolidó esa doble vía del derecho a la imagen con la resolución del caso *Robertson v. Rochester Folding box*, por el tribunal de apelación de Nueva York.

Se permiten, sin el consentimiento exigido por el artículo 22, la difusión o exposición pública:

1. De las imágenes del dominio de la historia contemporánea.
2. Las imágenes donde las personas no son más que elementos accesorios del paisaje de otro lugar.
3. Las imágenes de reuniones, cortejos o sucesos en los que las personas representadas han participado.
4. 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 que éste haya muerto, de un cónyuge.

No obstante la consolidación de la doble vía, el fallo trajo arduas discusiones y polémicas entre miembros de la prensa, lo cual arrojó como resultado que en 1903 en la sesión legislativa de la cámara del Estado de Nueva York se adoptaran medidas que regularan la protección del uso del nombre e imagen personal con fines publicitarios. Las normas que fueron aprobadas en la mencionada sesión legislativa de Nueva York se plasmaron en las secciones 50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de Nueva York³.

3. *De 1910 a 1948.* En este periodo se enmarca definitivamente el derecho de imagen en la órbita de los derechos humanos.

A estas tres etapas, el tratadista Raúl Pucinelli agrega una cuarta que inicia desde 1948 con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunadas a la publicación de la novela futurista de Orwell que preveía los riesgos de las nuevas tecnologías sobre los derechos de las personas al ser utilizadas para almacenar, procesar y transferir información.

A. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Normativamente la tutela de la imagen fue regulada por primera vez en Alemania a través de la ley de los derechos de autor sobre obras de las artes gráficas y fotografía del 9 de enero de 1876 que señaló en su artículo 8 que la enajenación de una obra figurativa no lleva consigo el derecho de reproducción.

Posteriormente, en Alemania también, se emitió la ley de derechos de autor de 1907 antes citada.

Con anterioridad, en 1886 la ley belga de derechos de autor reguló la materia para indicar que ni el autor ni el propietario de una fotografía tienen derecho a

3. El texto de las normas es el siguiente:

Section 50. Right of privacy. A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor."

"Section 51. Action for injunction and for damages. Any person whose name, portrait or picture is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm or corporation so using his name, portrait or picture, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use and if the defendant shall have knowingly used such person's name, portrait or picture in such manner as is forbidden or declared to be unlawful by section fifty of this article, the jury, in its discretion, may award exemplary damages. But nothing contained in this article shall be so construed as to prevent any person, firm or corporation, practicing the profession of photography, from exhibiting in or about his or its establishment specimens of the work of such establishment, unless the same is continued by such person, firm or corporation after written notice objecting thereto has been given by the person portrayed; and nothing contained in this article shall be so construed as to prevent any person, firm or corporation from using the name, portrait or picture of any manufacturer or dealer in connection with the goods, wares and merchandise manufactured, produced or dealt in by him which he has sold or disposed of with such name, portrait or picture used in connection therewith; or from using the name, portrait or picture of any author, composer or artist in connection with his literary, musical or artistic productions which he has sold or disposed of with such name, portrait or picture used in connection therewith."

reproducirla ni exponerla públicamente sin que medie el consentimiento de la persona representada allí.

Italia, por su parte, siguiendo la línea legal de Alemania empezó a regular el tema del derecho sobre la propia imagen en 1941 con la ley sobre derechos de autor 633 de 1941 que remplazó el Decreto ley de 1925 sobre la misma materia.

En 1942, el Código Civil italiano reguló el tema en su artículo 10 señalando que en caso de que la imagen de una persona o de sus progenitores, cónyuge o de sus hijos haya sido expuesta o publicada con perjuicio al decoro o a la reputación de la persona misma o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, so pena de resarcir los daños causados⁴.

En Estados Unidos, aunado a lo ya anotado cuando hicimos referencia al reconocimiento del derecho sobre la propia imagen como derecho de la personalidad, la *Cahill's Law* de 1930 –en Nueva York–, tipificó como delito la publicación de la imagen de una persona sin su consentimiento o el de sus guardadores en el evento que se trate de menores.

Esta tendencia ha sido recogida por la jurisprudencia colombiana, que a propósito ha señalado: “No obstante, más allá del puro interés monetario, en el caso de los niños el artículo 44 de la Constitución preserva, como derecho fundamental suyo, el de no ser explotados económicamente ni de otra forma, lo cual significa –en el tema objeto de proceso– que, con carácter prevalente, el precepto superior ha querido asegurarles que los resultados de su creatividad artística o literaria no puedan ser usados para efectos editoriales sin su consentimiento, así sea únicamente con finalidades académicas o didácticas, y menos todavía publicados sin la referencia expresa al menor a cuya autoría se deben”⁵.

B. DEL RIGHT OF PRIVACY AL RIGHT OF PUBLICITY

Con lo indicado hasta aquí, es claro que no existía una regulación específica sobre la imagen, tan solo normas que trataban el tema de manera tangencial, pero en todo caso, fueron normas útiles para arribar a un reconocimiento constitucional del *Right of Privacy*.

A este reconocimiento del *Right of privacy*, esto es la protección a la intimidad, que se puede ver vulnerada por actos de divulgación de la imagen de una persona determinada, se llegó por vía jurisprudencial y doctrinal⁶.

4. Artículo 10: *Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, pur disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.*

5. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-409 del 11 de agosto de 1998. Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

6. Casos paradigmáticos que labraron el camino son, Abigail M. Roberson, an Infant, by Margaret E. Bell, her Guardian ad Litem, Respondent, v. The Rochester Folding Box Company, Court of Appeals of New York, June 27, 1902, y el también conocido

Ahora bien, la contracara del *Right of Privacy* se estableció con el *Right of Publicity*, esto es, la facultad que le asiste a toda persona para realizar actos de comercio sobre su imagen, lo cual conlleva la renuncia voluntaria de la protección otorgada por el *Right of Privacy*.

Indica Teresa Franquet que la cuestión del *Right of Publicity*, se originó a partir del caso *Haelan Laboratories, Inc. v Topps Chewing Gum*. Se trató de un litigio que resolvió la Corte de apelaciones de Estados Unidos el 16 de febrero de 1953, en donde un distribuidor de goma para mascar tenía la licencia exclusiva para usar la imagen de jugadores de baseball con fines comerciales de forma exclusiva, pero un competidor obtuvo la misma autorización por parte de los atletas.

A partir de esto, la Corte señaló que independiente del derecho de privacidad, una persona tiene un derecho sobre el valor de publicidad de su fotografía, “*el derecho para otorgar el privilegio exclusivo de publicar su imagen*”. Derecho que es válido independientemente de que implique o no la transferencia del mismo a través de un negocio. Este derecho ha sido llamado *Right of Publicity*. Se considera en suma que este era un derecho de carácter patrimonial y por tanto transmisible.

Así las cosas, estimó la Corte que el demandado transgredió con el negocio inducido, el derecho de exclusividad sobre el *Right of Publicity* que tenía el demandante.

II. CONCEPTO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La expresión imagen proviene del latín *Imago*, y este a su vez de *imitari*, que significa imitar.

De su parte el Diccionario de la Real Academia Española define imagen como la figura, representación, semejanza y apariencia de algo.

A su vez, la Corte Constitucional colombiana entiende por imagen la representación externa de una persona. Es decir, hace referencia a la apariencia física de una persona.

Este parece ser el alcance que la jurisprudencia argentina le ha dado al concepto de imagen, pues el Tribunal Supremo de Argentina ha manifestado que por imagen debe entenderse “la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y por ende, el derecho a evitar su reproducción”⁷.

Llama la atención que en esta definición de la imagen el Tribunal argentino involucra la definición del derecho a la propia imagen en sus dos manifestaciones.

caso, *Pavesich v New England Life Insurance Co*, Supreme Court of Georgia, March 3, 1905.

7. Tribunal supremo de Argentina, sala primera, sentencia de abril 11 de 1987 (en Cabezuelo Arenas, 1998: 77).

En todo caso, tal definición de la imagen resulta ser hoy día insuficiente, en la medida que ya no es viable limitar la imagen personal a la mera apariencia física de la persona. Esta afirmación, se ha abierto camino en la doctrina y jurisprudencia principalmente partiendo de la base consistente, que lo que protege el ordenamiento jurídico es la individualidad de las personas y tal individualidad no se agota con la imagen *strictu sensu*, sino que abarca la voz, el nombre y en general todo aspecto exterior que permita relacionarlo con una persona.

Ahora, al definir el derecho a la propia imagen, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que se trata de un derecho personalísimo relacionado con el derecho a la intimidad y al buen nombre, en virtud del cual toda persona puede exigir que su imagen no sea reproducida por ningún medio sin que medie su consentimiento y a su vez impedir que terceros le den un uso para ella pernicioso.

A propósito, señala María Rosa Mistretta (s.f.) que el derecho a la propia imagen “es una vertiente del derecho a la intimidad de la persona y consiste en la facultad de impedir que se divulgue la imagen propia como forma de protección contra la intromisión ajena de un cierto ámbito personal y familiar”.

Por otra parte, al hacer mención de este derecho fundamental nuestra Corte Constitucional ha reconocido la una doble dimensión del mismo⁸.

En efecto, tradicionalmente se ha reconocido al derecho a la propia imagen esa doble proyección que ya se dejaba ver en los Estados Unidos con las expresiones *Right of Privacy* y *Right of Publicity*, respectivamente, para indicar que el derecho a la propia imagen versa de un contenido moral y un contenido patrimonial. A continuación nos ocupamos de mencionar el alcance de esta doble proyección.

A. PROYECCIÓN NEGATIVO-PROHIBITIVA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

De conformidad con esta primera acepción, el derecho a la propia imagen hace referencia a un derecho personalísimo que tiene toda persona y le faculta para impedir que terceros realicen cualquier uso de su imagen sin su consentimiento. Es decir, se trata de un derecho a la imagen de carácter negativo o prohibitivo respecto de terceros.

Al abordar el derecho a la propia imagen desde esta perspectiva, debemos indicar que como todo derecho personalísimo goza de unas características que le son propias y enunciamos a continuación:

- Es un derecho de los que se conocen por la doctrina como de primera generación.
- Es un derecho de exclusión.
- Es un derecho inalienable.
- Es un derecho imprescriptible.

8. Sentencia T-408 de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-156083.

– Es un derecho fundamental y por tanto susceptible de protección por vía de tutela.

– Es un derecho autónomo que no encuentra su fundamento en otros derechos.

En relación con la segunda característica enunciada, esto es, en cuanto a ser un derecho de exclusión, así lo ha expresado el Tribunal Supremo de España al definir el derecho a la propia imagen como el derecho “que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la misma (*ius excludendi alienus*)”⁹.

B. PROYECCIÓN POSITIVO-DISPOSITIVO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Desde una óptica o aspecto patrimonial del derecho a la imagen, el derecho se toma ya no como una manifestación negativo-prohibitiva sino como positivo-dispositivo. En efecto, desde esta perspectiva, el derecho a la propia imagen se traduce en la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a su titular para reproducir su propia imagen, exponerla, publicarla y en general explotarla económicamente.

Esta manifestación del derecho a la imagen corresponde al *Right of Publicity* del derecho anglosajón que hemos explicado atrás.

Bajo esta perspectiva, la imagen se constituye en un objeto o bien comercial susceptible de ser materializado y exhibido en el comercio. Ahora bien, autores como Ana Azurmendi (1997) señalan que lo que se está poniendo en el comercio no es en sí la propia imagen de una persona determinada, sino la facultad de difundirla.

De suyo, nuestra Corte Constitucional ha reconocido esta faceta del derecho a la propia imagen, indicando que la facultad de explotación económica del derecho se encuentra avalada por el Artículo 16 de la Carta, que hace referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁰.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico recoge esta materia en la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor y conexos. No obstante, la regulación allí establecida, consideramos, no responde a la realidad fáctica de nuestros tiempos, en la medida que se limita a regular el ejercicio del derecho en el contexto de la fotografía y la escultura, dejando de lado las diversas formas de explotación comercial del derecho a la imagen.

En efecto, entre las diversas modalidades en las que es posible presentar la explotación del derecho a la propia imagen podemos mencionar algunas parafraseando la doctrina, como la que se presenta a través de un contrato de arrendamiento de servicios, a través del cual el titular de la imagen y un agente publicitario o cual-

9. Sentencias del 11 abril de 1987 (RJ 1987/2703), 9 mayo de 1988 (RJ 1988\2480), 29 marzo de 1988 (RJ1988\2480), 9 febrero de 1989 (RJ 1989\822), 13 noviembre de 1989 (RJ 1989\7873), 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7424), 19 octubre de 1992 (RJ 1992\8079) (tomado de Rodríguez Losada, s.f.: 2).

10. Sentencia T-090/96, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

quier agente económico convienen que el primero faculta al segundo para utilizar su imagen con fines comerciales en el futuro. Este es el típico caso de un destacado deportista de automovilismo que cede sus derechos patrimoniales de imagen a su equipo, como obligación ligada a la relación laboral que mantiene.

Esta no es la única modalidad contractual viable para realizar actos de comercio sobre el derecho a la propia imagen, pues de conformidad con autonomía de la voluntad, podrán acudir a diversos tipos contractuales –principalmente atípicos–, siempre que no traspasen los límites tradicionales de dicha autonomía, esto es, el orden público y las buenas costumbres.

Una de las formas más concurridas de explotación del derecho a la imagen se presenta en las relaciones publicitarias, en las que el titular de los derechos –por lo general actrices, modelos, cantantes, deportistas y personas afamadas– firma un contrato publicitario a través del cual licencia su imagen para que sea relacionada con una marca o producto por un agente publicitario que busca atar el éxito y reputación de un personaje reconocido a los bienes y servicios que ofrece en el mercado, buscando con ello que su oferta sea más atractiva a los consumidores.

Esta es, por nuestros días, una estrategia usual de mercadeo de las grandes empresas que buscan reafirmar su posicionamiento en el mercado.

Son ejemplo de esta modalidad de explotación comercial del derecho a la imagen, David Beckham, quien obtuvo ganancias de alrededor de 32 millones de dólares por los convenios con la marca Armani, en 2008; también se destacan Tiger Woods o Roger Federer, quienes reportan sustanciosas sumas de dinero por la publicidad que hacen de marcas reconocidas como Gillette o Nike¹¹.

Cabe aclarar que el derecho a la propia imagen en su faceta patrimonial no se desliga de su contenido moral; así, no por ser un bien inmaterial que entra en el tráfico jurídico comercial, deja de ser un derecho fundamental de protección constitucional. En este sentido, al ser objeto de un negocio jurídico, no se transmite su titularidad, sino que se cede la facultad de explotación patrimonial del derecho.

III. OBJETO Y CONTENIDO

A. OBJETO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Hemos señalado que el derecho a la propia imagen se presenta como un derecho de doble faceta, una patrimonial y una estrictamente personal. Ahora bien, en este punto de la discusión debemos señalar que el objeto del derecho a la propia imagen, esto es, el centro de protección de este derecho es la apariencia externa e individual de su titular y, en general, todo rasgo de individualidad de éste.

A esta aseveración llegamos luego de comprobar la autonomía propia del derecho a la propia imagen. En efecto, ya indicamos que el derecho a la propia imagen

11. Obtenido en, <http://deportes.es.msn.com/reportajes/articulo.aspx?cp-documentid=4655528>, fecha de consulta, junio 9 de 2009 10:11 AM.

es un derecho independiente de otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad, aun cuando sea derivado de la dignidad humana.

En este orden de ideas, resulta claro que el objeto de protección del derecho a la propia imagen es el aspecto externo y/o exteriorizable que distingue a su titular, en la medida que aspectos como el nombre de una persona, en una determinada plaza o comunidad social (fama) son protegidos a través de otros derechos, como la honra o el buen nombre.

Ahora bien, Ana Azurmendi sostiene en la misma línea que venimos comentando que el objeto del derecho a la propia imagen es la individualidad y capacidad comunicativa que integra la dignidad personal propia del ser humano.

De igual forma, el Tribunal Constitucional portugués ha señalado en su jurisprudencia que objeto del derecho a la propia imagen es el retrato físico de la persona en pintura, fotografía, diseño u otra forma de representación gráfica¹².

Vale aclarar, como lo hace Rodrigues da Cunha, que la protección del derecho a la propia imagen no se restringe al rostro del titular, sino que se extiende a todas las evocaciones personales visibles del aspecto físico externo que emanan del titular. Consideramos, además, que no solo se trata de las evocaciones personales visibles, sino, en general, perceptibles que sean relacionables con un determinado sujeto titular del derecho. Un ejemplo claro de esta apreciación lo encontramos en aspectos individuales de famosos, como Elvis Presley y su corte de pelo o en los guantes de lentejuelas de Michael Jackson, los cuales al ser percibidos por cualquier persona generan en ésta la inmediata relación del rasgo con el titular del derecho.

En síntesis, podemos afirmar que objeto del derecho a la propia imagen es la faceta externa de la persona en la medida que conlleva uno o varios rasgos de individualidad de ésta.

B. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Al hablar del contenido del derecho a la propia imagen, hacemos referencia a la extensión de este derecho y a los ámbitos de cobertura en la esfera patrimonial y/o personal de su titular.

Como ya lo hemos indicado, el derecho a la propia imagen tiene una doble proyección o contenido: de un lado, como un derecho de carácter constitucional o personal de proyección negativa, esto es, la facultad exclusiva de su titular para determinar el modo, tiempo y lugar en que se obtienen, reproducen o publican sus rasgos fisonómicos, permitiéndole igualmente controlar el uso de su imagen por terceros e impedir su uso por cualquier procedimiento, sin que medie su consentimiento previo y expreso.

12. AcTC *Português* N.º 6/84, Processo n.º 42/83, AcTC *Português* N.º 130/88, Processo 110/86, AcTC *Português* N.º 128/92, Processo 260/90, 2ª Secção; AcTC *Português* n.º 129/92, Processo 329/90; 2ª Secção; AcTC *Português* N.º 319/95, Processo 200/94, 2.ª Secção; AcTC 436/00, Processo AcTC *Português* n.º 628/2006, Processo n.º 502/2006, 2.ª Secção.

La otra proyección del derecho a la propia imagen es la patrimonial o positiva. En ésta se hace referencia a la facultad que tiene el titular del derecho para realizar actos dispositivos sobre su propia imagen y ponerla en el tráfico comercial. En este evento se están haciendo actos dispositivos de la propia imagen en forma patrimonial y concreta.

Desde esta perspectiva, el derecho a la propia imagen se erige como un derecho exclusivo y patrimonial sobre un bien inmaterial, susceptible de ser transmitido a terceros a través de negocios jurídicos válidamente celebrados.

IV. SUJETOS DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN E INFRACCIONES SOBRE EL MISMO

A partir del concepto de imagen es correcto afirmar que se trata de un derecho predicable exclusivamente de las personas naturales.

Ahora bien, debemos indicar que la doble proyección de este derecho, a la que ya hemos hecho alusión, genera diversos medios de protección según la faceta de que se trate, sin que por ello estemos afirmando que sean excluyentes entre sí. Lo que estamos tratando de afirmar es que serán diferentes los caminos que emprenda el titular del derecho para proteger su imagen, atendiendo a los intereses que pretenda proteger en esa doble faceta del derecho a la propia imagen.

En este sentido, consideramos que es diferente el orden de prioridad del derecho a la propia imagen, ya como un derecho personalísimo o como un derecho subjetivo patrimonial. En efecto, una persona afamada en la sociedad y que presta su imagen para ser utilizada con fines publicitarios y en general para ser puesta en el tráfico comercial, seguramente propenderá como regla general por proteger su imagen comercial o publicitaria a través de acciones civiles en el marco de procesos declarativos; de otra parte, una persona no famosa buscará proteger como regla general su imagen como derecho fundamental derivado de la dignidad humana a través de las acciones constitucionales como la acción de tutela.

No obstante lo anterior, resulta claro que todas las personas gozan del mismo derecho a la propia imagen en su doble proyección, sin distinción de ser o no una persona de gran reconocimiento social.

Ahora, una persona no afamada, cuya imagen ha sido tomada y/o utilizada sin su consentimiento cuenta igualmente con la posibilidad de reclamar los derechos patrimoniales derivados de la explotación de su derecho, aun cuando su estimación pecuniaria pueda llegar a ser irrisoria al lado de la que se predicaría de una persona de gran reconocimiento social.

En este punto de la exposición consideramos pertinente mencionar algunas de las infracciones en que puede incurrir el autor de una fotografía con respecto al derecho a la propia imagen de otras personas.

A. INFRACCIONES AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN CON OCASIÓN DE LAS FOTOGRAFÍAS

De conformidad con la Ley 23 de 1982, se reconocen los derechos de autoría al fotógrafo sobre las fotografías que tengan contenido artístico¹³. Sin embargo, para que se pueda tomar la imagen de una persona se requiere su consentimiento.

En este sentido, ha señalado la Corte Constitucional que “una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, *puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros*, por lo cual, (...), toda persona tiene derecho a su propia imagen, de donde resulta que sin su consentimiento, ésta no pueda ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro”¹⁴.

Se requiere dicho consentimiento también para divulgar la imagen de la persona fotografiada. En efecto, los actos de reproducción o divulgación en que pueda llegar a incurrir un fotógrafo que no cuente con la autorización del titular del derecho a la propia imagen, pueden llegar a considerarse más gravosos que la misma captación de la imagen, puesto que con dichos actos de publicación pueden verse afectados otros derechos fundamentales del titular e inclusive de terceros que puedan llegar a tener los derechos exclusivos a explotar comercialmente esa imagen. Un ejemplo de esto lo constituye el famoso caso de Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones en contra de la *Revista Hello!*, en donde los accionantes habían contratado con la revista inglesa *OK!* Para que ésta tuviera el derecho exclusivo de publicar y autorizar a otros la publicación de las fotografías de la celebración del matrimonio de la famosa pareja.

Sin embargo, un *paparazzi* tomó unas fotografías que fueron publicadas en la revista *Hello!*. Ante esta situación, la pareja interpuso una demanda judicial ante los tribunales de Londres, demanda a la que se adhirió la revista *OK!*, por considerar infringidos sus derechos, en la medida que la revista demandada publicó sus fotos primero que aquella que tenía el derecho exclusivo de fotografiar a la pareja y divulgar las fotografías.

Ahora bien, las normas que hacen referencia al derecho a la propia imagen contenidas en la Ley 23 de 1982, son tan insuficientes que nos llevan a aplicar principios como el de interpretación restrictiva propios de los actos dispositivos sobre las obras protegidas por el derecho de autor. En efecto, principios como el mencionado nos llevan a considerar que el consentimiento que da el titular del derecho para ser fotografiado, consentimiento éste que puede ser en algunos casos tácito (por ejemplo posar conscientemente para la foto), no se extiende a los actos de explotación de la fotografía, razón por la cual, si el fotógrafo decide explotar comercialmente,

13. Artículos 2, 8, y 89.

14. Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 1999.

divulgar o en general hacer cualquier uso de esa fotografía para la que no obtuvo tal consentimiento, incurriría en un acto ilegal e explotación, puesto que para los usos posteriores al retrato, se requerirá consentimiento expreso del titular.

A propósito, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile ha dicho que “con la sola determinación de la señorita (...) de asistir y beneficiarse de esa playa o lugar público de recreo y veraneo no puede presumirse ni suponerse consentimiento alguno suyo para que mediante la divulgación pública y masiva de ese hecho o decisión discrecional y privada pueda afectarse sus demás derechos esenciales, como son, entre otros, su voluntad de permanecer transitoriamente en un lugar determinado sin el necesario conocimiento de otros, lo que resulta consubstancial y de la esencia y naturaleza misma del derecho que a la protección de su vida privada le asegura la Carta Fundamental”¹⁵.

Del mismo modo, cualquier uso que se haga de la fotografía que exceda los autorizados será deshonesto, razón por la cual, lo más aconsejable es señalar los usos autorizados en forma clara y muy similar a como se hace en un licenciamiento de *software*, por ejemplo, en donde se señalan los aspectos de modo, tiempo y lugar permitidos para el uso.

Vale anotar que cuando un fotógrafo quiera ceder una foto y/o el negativo de la misma en los términos del artículo 186 de la Ley 23 de 1982 y no tenga la autorización de explotarla o divulgarla, deberá hacérselo saber al cesionario so pena de entrar a responder tanto a la persona fotografiada como al mismo cesionario por los intereses que se puedan ver afectados, en la medida que este último actúa como un tercero de buena fe.

Igualmente, el cesionario deberá contactar a la persona cuya imagen se representa en la fotografía en aras de solicitarle su autorización para los usos que de la foto se hagan o se pretendan hacer. Se trata de un evento en el cual si el fotógrafo ha actuado de buena fe y ha ajustado su conducta a derecho, trasladará la responsabilidad que por los usos se hagan al cesionario. Por supuesto, para realizar el acto de cesión deberá contar con la autorización previa y expresa del titular, en la medida que está realizando un acto de divulgación de la imagen de la persona fotografiada.

Habiendo señalado someramente las infracciones en que puede incurrir el autor de una fotografía por utilizar indebidamente la imagen de la persona fotografiada, pasaremos a tratar el alcance del derecho a la propia imagen sobre las personas fallecidas y sobre las personas jurídicas.

B. LA IMAGEN DE PERSONAS FALLECIDAS

Hemos dicho que el derecho a la propia imagen es ante todo un derecho de carácter personal que se deriva de la dignidad humana; ahora bien, la muerte es

15. Sentencia en Recurso de Protección, Rol n.º 3322-97, Rischmaui Francisca/Consortio Periodístico de Chile S.A.

un hecho jurídico que extingue los atributos de la personalidad, entre los cuales se encuentra la capacidad de goce y de ejercicio, esto es, ser sujeto de derechos y ejercer los mismos.

No obstante, tratándose del derecho a la propia imagen asentimos de los comentarios hechos por Nogueira Alcalá (s.f.), quien sostiene:

En el caso de las personas fallecidas, (...) su memoria constituye una extensión o prolongación de la personalidad que debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico como bien jurídico digno de protección. Fallecido el titular del derecho y extinguida su personalidad civil, nos parece que su familia y sus herederos pueden invocar legitimación activa para su defensa, como asimismo las instituciones que tienen por fin proyectar su memoria.

A propósito, la Ley Orgánica 1 de 1982 de España protege el derecho a la propia imagen en su proyección constitucional, protegiendo otros derechos que pueden verse agredidos con ocasión de las violaciones al derecho a la propia imagen, tales como el honor o el buen nombre.

Ahora, en lo que hace referencia a la facultad que tendrían los herederos para explotar comercialmente la imagen, debemos indicar que la doctrina no es pacífica. De un lado encontramos que están aquellos que sostienen que el derecho a la propia imagen se extingue completamente con la muerte de las personas; del otro lado, el sector de la doctrina que admite la transmisión de este derecho tras la muerte de su titular, indica que dicha transmisión se erige en un aliciente sustancial para las empresas del sector publicitario que invierten grandes cantidades de dinero en la promoción de la imagen de una persona de gran reconocimiento social, quienes verán retribuida dicha inversión.

En efecto, el interés de la persona natural o jurídica que celebra un contrato en el que se le permite explotar la imagen de alguien que con posterioridad a la celebración del negocio fallece, se mantiene aun luego del acaecimiento de este hecho.

La disposición que venimos comentando busca proteger la memoria de la persona fallecida frente a eventuales injerencias producidas *post mortem*; sin embargo, no es lo suficientemente ilustrativa como para resolver la situación referente a si la facultad de explotar comercialmente la imagen de una persona fallecida puede transmitirse a los herederos. En este sentido, debemos traer a colación la sentencia 231/1988, del 2 de febrero, conocida en la casuística española como la “sentencia Paquirri”. A propósito mencionamos los comentarios hechos por Javier Mieres quien reseña el fallo mencionado de la siguiente manera:

Prographic, S.A., realizó y comercializó, sin autorización alguna, unas cintas de vídeo en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de Francisco Rivera, en especial, las imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco y de su posterior tratamiento médico en la enfermería de la plaza.

Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la 'dignidad de la persona', que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”; por ello, “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad... lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente.

En esta situación, los descendientes del torero muerto en la plaza de Pozoblanco consideraron que la comercialización de los videos mencionados constituía una vulneración no solo del derecho a la intimidad de la familia sino que además se vulneraba el derecho a la propia imagen del difunto. De la resolución del Tribunal Constitucional se colige que la extinción de la personalidad conlleva la desaparición del derecho a la propia imagen; sin embargo, en el fallo se habla del “objeto de protección constitucional”, con lo cual nos atrevemos a inferir que el ámbito del derecho que desaparece con la muerte es el personal, esto es, el contenido personal o moral del derecho a la propia imagen y no el contenido patrimonial del mismo, el cual, por lo tanto, se transmite a los herederos del difunto.

Como lo hemos indicado, en la explotación comercial del derecho a la propia imagen de una persona fallecida confluyen diversos centros de interés, esto es, el de los empresarios, el de los familiares del fallecido e incluso el de la sociedad, como a continuación lo veremos.

En primer lugar, sobre el interés que le asiste al empresario, debemos resaltar que tiene primeramente un interés contractual en el evento en que haya celebrado un contrato de *personality merchandising*; así mismo, tendría interés el empresario que a pesar de que ya no se encuentra en el escenario contractual indicado tiene interés en la trascendencia *post mortem* del derecho a la propia imagen en su contenido patrimonial; se trata en este caso del agente comercial que celebró y concluyó un contrato válido con una persona afamada. En este último evento el interés del agente comercia reside en extender la relación jurídica preexistente con los herederos del causante, quienes encuentran en la masa partible el contenido patrimonial del derecho a la propia imagen del fallecido. Basta recordar lo dicho en líneas atrás, sobre la inversión económica y la construcción de una estructura comercial de publicidad y demás para la explotación de la imagen del ahora fallecido.

En lo que hace referencia a los herederos del titular del derecho en cuestión, éstos tienen interés en que la imagen del causante en su contenido patrimonial haga parte de la masa partible y así éstos puedan explotar la misma durante el periodo fijado en la ley. Por supuesto, a mayor reconocimiento social del causante mayor será el interés de los herederos para explotar la imagen del mismo.

Partiendo del hecho de la transmisión del derecho, debemos cuestionarnos sobre la extensión en dicha facultad en cabeza de los herederos del titular de los derechos. A propósito, consideramos que tienen aplicación los comentarios de un sector de la doctrina, según el cual a la transmisión del derecho a la propia imagen le son aplicables por analogía las normas que se refieren a la transmisión de los derechos patrimoniales de autor.

Esta postura toma más fuerza en nuestro escenario jurídico en la medida que la escasa regulación sobre la materia la encontramos en la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor y conexos, lo cual nos hace pensar que a partir de una hermenéutica sistemática de la ley, la transferencia del derecho a la propia imagen en su contenido patrimonial tiene una extensión de ochenta años posteriores a la vida de su titular.

Es también de destacar que algún sector doctrinal considera que para que haya una transmisión del derecho a la propia imagen, la misma debería protegerse registrándola como una marca. En nuestro sentir, el registro de la imagen de una persona como marca, se erige en una de las facultades propias del derecho que se transmite con la muerte del causante, pero no es el modo de protección que debe asumirse para que la imagen sea susceptible de explotación por parte de los herederos; además, esto se afianza si partimos de la base que el sistema de marcas otorga al titular del signo distintivo la facultad de impedir actos de explotación por parte de terceros, esto es, otorga un *ius prohibendi* a su titular durante un determinado tiempo. En este orden de ideas, la protección de la imagen por vía marcaria no es más que un medio de protección jurídico al derecho que se les ha transmitido a los herederos para explotar económicamente la imagen del causante.

En síntesis, tratándose de personas fallecidas consideramos que el derecho a su imagen es transmisible *post mortem*.

C. LA IMAGEN DE PERSONAS JURÍDICAS

Hasta aquí hemos hecho referencia al derecho a la propia imagen refiriéndonos exclusivamente a las personas naturales tras partir de la base de que dicho derecho se fundamenta en el derecho a la dignidad humana, de corriente constitucional.

Debe quedar claro que el derecho a la propia imagen en su doble proyección no es propio de las personas jurídicas, en la medida que es a partir del derecho a la propia imagen en su contenido moral que se desprende el contenido patrimonial y por supuesto el ejercicio del mismo.

Una persona jurídica puede ser titular de una imagen comercial; sin embargo, la misma se protege por un régimen jurídico propio que nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen que venimos comentado en este escrito.

Las personas jurídicas o morales, como es sabido, no tienen existencia corporal aun cuando tengan un domicilio, sede o sucursal. En efecto, las personas jurídicas son *fungibles*, no poseen una fisionomía, elemento esencial de la definición de imagen.

Bajo esta premisa, podemos afirmar que la afirmación de ausencia del derecho a la propia imagen en cabeza de personas jurídicas tiene su fundamento en el argumento consistente en que la imagen objeto de protección de este derecho es inescindible de los seres humanos. Así, la protección de la imagen comercial que se otorga a las personas jurídicas se materializa a partir de la protección de sus signos distintivos y algunos bienes inmateriales a partir del derecho de patentes y marcas, así como del derecho de la competencia.

V. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Para la elaboración y presentación de estos principios hemos tomado como fuente, la jurisprudencia, en especial la proveniente de los tribunales extranjeros, y la doctrina que coincide en señalar aspectos prácticos sobre el ejercicio del derecho a la propia imagen.

A. PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD

Hemos señalado que el derecho a la propia imagen en su contenido presenta una faceta moral y una faceta patrimonial. Estas dos facetas se encuentran íntimamente ligadas entre sí y son inconcebibles aisladamente, pues el ejercicio del derecho patrimonial a la imagen requiere de sí el del derecho moral. Cualquier apreciación en diverso sentido podría llevarnos a afirmar que las personas jurídicas tienen derecho a la imagen y/o que la vulneración del derecho patrimonial a la imagen no conlleva, ni siquiera accidentalmente, una agresión al derecho moral.

B. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Hemos señalado que el derecho a la propia imagen se concibe como un derecho autónomo de otros derechos fundamentales. Se trata de un derecho distinto y con características independientes. Esta es, además, la postura adoptada por la Corte Constitucional, que ha señalado:

El derecho a la imagen es sin embargo, un derecho autónomo que puede ser lesionado en forma independiente o concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular¹⁶

C. PRINCIPIO DE RECONOCIBILIDAD

Cuando nos detuvimos en el concepto de imagen señalamos que la misma no se circunscribe al aspecto fisionómico de una persona, sino que el concepto abarcaba

16. Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2007 y Sentencia T-439 de 2009.

otros aspectos de la persona, como la voz, un gesto particular, una forma de vestir o actuar, un tic, etc. Se trata de cualquier aspecto exteriorizable de la persona que la haga reconocible ante terceros.

Un ejemplo de esto lo trae el caso *Cohen vs Herbal Concepts*, en el que un Tribunal Estados Unidos, falló sobre un asunto donde se reproducía la imagen de una mujer con su hija de espaldas bajo una cascada. El Tribunal consideró que no era necesaria una representación facial de las retratadas para que se estuviera ante el concepto de *portrait or picture* de la ley de Nueva York y que, por lo tanto, existía responsabilidad por el uso ilegítimo de la imagen¹⁷.

En síntesis, lo que protege el derecho a la imagen no es solo la imagen facial o externa de una persona, sino su identidad, la cual se puede manifestar de diversas formas

D. PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

La imagen, como bien intangible que es, hace parte de la esfera patrimonial de las personas y, por lo tanto, es susceptible de ser incorporado en el tráfico comercial, sin que ello conlleve a que se desconozca su contenido moral.

E. PRINCIPIO DE TRANSMISIBILIDAD PATRIMONIAL

Como derecho con contenido patrimonial, la imagen es susceptible de ser transmitida por causa de muerte a los causahabientes del titular, pues se transmite como un derecho de contenido crediticio. Esta transmisión, como ya se anunció, es predicable del aspecto patrimonial de la imagen, al cual consideramos aplicables las reglas sobre transmisión de derechos patrimoniales de autor, como lo hemos señalado.

VI. EXPLOTACIÓN COMERCIAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Recordemos que el derecho a la propia imagen en su aspecto positivo o patrimonial le otorga a su titular la facultad de autorizar o no el uso de su imagen con fines comerciales, esto es, le otorga la facilidad de poner su imagen en el comercio.

Bajo esta consideración, encuadrar la imagen en una relación contractual equivale a darle el tratamiento de un bien intangible que será el objeto de dicha relación contractual.

El tráfico y los usos comerciales ponen de presente al ordenamiento jurídico las formas más usuales de disponer del derecho a la propia imagen, obviamente se trata de figuras contractuales atípicas entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

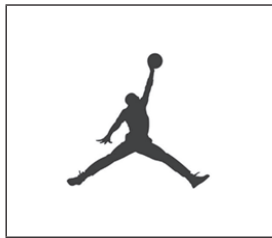
17. Otros asuntos citados por la Doctrina son Pretura di Roma 18/4/84, in re “Dalla c/ Autovox”, Ginst. Civ., 1984, I 2271, la sentencia (STC 81/2001) de la Sala II del Tribunal Constitucional Español de 26 de marzo de 2001.

A. CONTRATO DE LICENCIA

La licencia es un contrato entre el titular de los derechos a la imagen (licenciante) y un tercer agente económico (licenciatario). En estos contratos se estipulan las facultades que se otorgan al licenciatario y en general los usos que éste pueden adelantar sobre el bien intangible licenciado –en este caso el contenido patrimonial de la propia imagen–, y las condiciones de tiempo y espacio a que haya lugar.

Al igual que sucede con las licencias de derechos de autor, el titular de los derechos a la imagen debe ser muy meticulado en las facultades que otorga al licenciatario, los medios en los cuales puede publicar y/o reproducir las imágenes que se le han licenciado y la forma como debe hacerlo, pues la práctica enseña que en múltiples eventos un titular del derecho, como lo puede ser un modelo, autoriza el uso de su imagen para una revista o cualquier medio determinado y el licenciatario, aprovechando una cláusula perniciosa a los intereses del licenciante, utiliza la imagen de éste en formas diferentes a las que se autorizaron.

Ahora bien, la imagen de una persona muchas veces puede estar asociada a una marca. Tal es el caso de Michael Jordan, que a continuación se muestra.



Este es un signo distintivo que identifica algunos de los productos deportivos elaborados por Nike International; la marca es *Air Jordan*, registrada en la clase 25 de la clasificación internacional de Niza; sin embargo, se trata en este evento de la utilización de la imagen de una persona para asociarla a una marca y distinguir ciertos productos y servicios en el mercado. Valga anotar que si bien el signo distintivo mostrado no es la propia imagen del Michael Jordan, la comunidad sí relaciona la marca con él, y en todo caso debió mediar entre el titular de la marca el deportista un contrato de licencia en el que éste autorizara el uso y/o asociación de su imagen en unos productos masivamente comercializados.

No obstante, en el evento en que se licenciara este signo –por parte del titular Nike–, no se estaría con ello licenciando la imagen del deportista, pues el contrato de licencia de marca comprende su uso para la totalidad o parte de los productos o servicios para los cuales la marca está registrada, pero no se extenderá, salvo pacto en contrario, a la licencia de la propia imagen

B. CONTRATO DE ESPONSORIZACIÓN O PATROCINIO

Este es un tipo de contrato utilizado principalmente en el escenario de los deportistas, y consiste en un contrato en virtud del cual el deportista patrocinado realiza actos de publicidad, generalmente de forma exclusiva a favor del patrocinador, quien a su turno le presta una ayuda económica para la efectiva realización de su actividad deportiva.

En esta definición no se observa explícitamente el elemento de la propia imagen; sin embargo, la realización de publicidad para el agente patrocinador conlleva implícita la licencia de tal derecho y normalmente así se incluye en el respectivo acuerdo de patrocinio.

Por lo tanto, al momento en que el deportista realice los actos publicitarios que le corresponden, prestará su imagen, la cual a partir de ello será asociada a las marcas que utiliza el agente patrocinador; tal es el caso de jugadores de fútbol como Kaká, quien pauta con Gillette, o los corredores de Nascar que pautan a diario con los patrocinadores de sus respectivos vehículos, por ejemplo Juan Pablo Montoya con Target o Jeff Gordon con Dupont.

Lo más curioso de todo esto, es que en muchas ocasiones el respectivo deportista suele recibir más ingresos económicos con ocasión de este tipo de contratos que por su propia actividad deportiva.

C. CONTRATO DE PERSONALITY MERCHANDISING

El *merchandising*, en sentido amplio, consiste en la gestión que adelanta un empresario con miras a posicionar un producto en el mercado y crear un *Top of Mind* positivo en el consumidor. Se trata de realizar actos que promocionen un producto y por tanto permitan incrementar las ventas del mismo; para esto, el comerciante a través del *merchandising*, obtiene la autorización de un tercero, titular de un bien intangible que goza de amplio reconocimiento en el público consumidor, para asociarlo a la labor de promoción de sus productos y/o servicios. En nuestro contexto, el intangible licenciado será la imagen de una persona con amplio reconocimiento.

La Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI) ha definido el *merchandising* como el uso de elementos distintivos para incrementar la promoción o la venta de productos o servicios

Visto esto, podemos afirmar que al hablar del contrato de *merchandising* se está haciendo referencia a aquel negocio jurídico en virtud del cual el titular de los derechos derivados de un bien intangible autoriza a un tercero a utilizar tal bien inmaterial en los actos de promoción y/o publicidad de algún producto o servicio que éste pretenda posicionar en el mercado.

Ahora bien, en la definición que acabamos de proponer no se encuentra mencionada explícitamente la imagen de una persona como el bien intangible objeto

del contrato. Esto responde a que tradicionalmente se ha clasificado el contrato de *merchandising*, en atención al bien que se esté autorizando utilizar en la gestión de *merchandising*.

En este sentido la doctrina suele hablar de *Brand merchandising*, *Character merchandising* y *Personality merchandising*, según se trate de un *merchandising* de marcas u otros signos distintivos; derechos de autor, principalmente los derivados de un personaje específico, vgr. el pato Donald, o de los derechos derivados de la imagen de una persona natural.

En este sentido podemos afirmar que el *Personality merchandising* es un contrato en virtud del cual una persona, titular de los derechos económicos derivados de la propia imagen, autoriza a cambio de una contraprestación, a un tercero su utilización en los actos de publicidad, *marketing* y en general *merchandising* que emprenda sobre determinados bienes o servicios que pone en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL (1997). *El Derecho a la Propia Imagen*. Madrid: Ed. Tecnos.
- AMAT LLARI, EULALIA (1992). *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: Ed. La Ley.
- APARICIO, SALOM JAVIER (2005). “El derecho a la imagen y la protección de datos”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 7 de 2005, 11 pp.
- AZURMENDI ADARRAGA, ANA (1997). *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Ed. Civitas.
- BARNETT, STEPHEN (2000). “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 237, julio-septiembre 2000, 25 pp.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2006). *La prestación de servicios por deportistas profesionales*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN (s.f.). “Configuración jurídica del derecho a la privacidad I: Origen Desarrollo y Fundamentos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, número 1, 29 pp.
- CHULIÁ VICÉNT, EDUARDO (1992). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos: el leasing, la multipropiedad, la hostelería y el Merchandising*. Barcelona: Ed. Bosch.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, ASUNCIÓN (2003). “El Derecho a la propia imagen de los personajes públicos. Algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (Caso Cortina) y 83/2002 (Caso Alcocer)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23. n.º 67. Enero-Abril 2003.
- FAYOS GARDÓ, ANTONIO (2007). “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de

- Derechos Humanos”, en *Revista para el análisis del derecho InDret*, número 4 de 2007, 21 pp.
- FRANQUET SUGRAÑES TERESA (2003). *El Contrato de Licencia de Personality Merchandising*. Tarragona: Ed. Universitat Rovira i Virgili.
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO (compilador) (s.f.). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data*. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO; RAFAEL CALDERÓN MAXIMILIANO (s.f.). “El derecho a la imagen y su valor económico”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año v, número vi, 37 pp.
- MISTRETTA, MARÍA ROSA (s.f.). *El régimen tributario español de la explotación comercial del derecho de imagen*. 38 págs.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (s.f.). “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en *Revista Ius Et Praxis*, número 2, 41 pp.
- PACE ALESSANDRO (s.f.). “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18. n.º 52. Enero-Abril 1998, 20 págs.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL (2006). “La Explotación de Bienes Intangibles Vinculados con Actividades deportivas”, en *Revista La Propiedad Inmaterial*, número 9 de 2006, 14 pp.
- PUCCINELLI, ÓSCAR RAÚL (2008). “El derecho a la imagen en el derecho de la protección de datos”, en *Revista Electrónica Transparencia*, número 10 de 2008, 20 pp.
- RÍOS RUIZ, WILSON (2009). “La propiedad Intelectual en la era de las tecnologías. Bogotá: Ed. Temis.
- RODRÍGUEZ LOSADA, SORAYA (s.f.). “El contenido de los derechos de imagen y su posible catalogación como canon”, en *Revista Jurídica online*. Universidad de Santiago de Compostela, 10 pp.
- VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, ANTONIO (2005). *Curso de derecho de la comunicación social*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.