

## El derecho a la propia imagen

*Ernesto Perla Velaochaga.*

Dentro del vasto campo jurídico de los derechos de la personalidad se divisa un panorama nuevo y atrayente constituido por el derecho a la propia imagen. No se trata de un problema teórico y especulativo, sin aplicaciones prácticas sino al contrario vinculado a cuestiones surgidas en el tragín afanoso de la vida moderna y que están esperando todavía una solución justa y legal.

La persona humana permaneció disminuída y degradada hasta que el catolicismo le recordó la divinidad de su origen y la excelsitud de su fin. Antes de él, el hombre pudo ser esclavo, siervo, cosa; después, readquirida su propia dignidad, se lanzó a la ardua conquista de sus propios derechos y ya no pudo ser sino sujeto de derecho. Pero los nuevos descubrimientos científicos, nuevas normas de vida, el desarrollo del progreso material mas acelerado que el desarrollo del progreso moral pueden amenazar nuevamente con convertir al hombre, en cierta y distinta forma, en un objeto, sea de lujo, de explotación o de placer; más, el hombre no puede olvidar ya los derechos tan duramente ganados, y exige entonces que le sean reconocidos los derechos inherentes a su propia personalidad.

Entre estos derechos de la personalidad deben considerarse los llamados derechos de intimidad o de defensa de la vida privada. Ellos constituyen —derecho subjetivo— la facultad de la persona humana a desarrollar las actividades normales de su vida íntima sin intromisión extraña. Estos derechos están en crisis por múltiples causas, todas las cuales encuentran un desarrollo favorable en el ambiente de la vida moderna, pero de una manera particular, para el asunto que es materia de nuestro estudio, estas causas son el desarrollo desmesurado de la publicidad, de la información y el sensacionalismo, junto con la despreocupación por los derechos de las personas que en esta forma son continuamente desconocidos o, si alguna pre-

ocupación existe al respecto, junto con la justificación que se pretende encontrar para desconocerlos, en el deber de información, ya sea escrita, fotográfica o cinematográfica. La persona necesita leyes y soluciones jurídicas sobre el particular, y allí tenemos el caso presentado últimamente en Buenos Aires, del matrimonio que al tener quintillizos, y deseando ponerse y poner a salvo a sus hijos de una despiadada publicidad, tiene únicamente para recurrir la complicidad de los vecinos y posiblemente las súplicas de que mantengan el secreto que le garantice poder seguir viviendo su vida privada lejos de la voraz publicidad.

Pero no son estos derechos en general materia del presente artículo, sino de entre ellos, en particular el derecho a la propia imagen. Este derecho está considerado como un derecho de tal especie por cuanto se relaciona con el derecho sobre el cuerpo, y tiene generalmente la manifestación de un aspecto propio e íntimo de la persona, pero sobre todo, por que sus caracteres son los mismos que distinguen a los derechos de la personalidad, tales como el nombre, con el cual se le ha confundido.

#### *Problema que plantea el derecho a la imagen.*

Es indudable que vivimos en un mundo en que dominan los medios gráficos, los progresos científicos en general y especialmente el perfeccionamiento de los medios mecánicos de captación y reproducción de imágenes, enlazados con la febril rapidez de la vida actual, y la difusión y popularización de aquellos medios, han acostumbrado a nuestros contemporáneos a ver mas que a pensar, leer u oír; o mejor, nos han habituado a oír, leer y pensar "viendo". Ayer no más la fotografía, hoy la cinematografía y mañana la televisión constituyen medios de difusión de la imagen no solamente extraordinarios por su perfección y multiplicidad, sino porque ninguno de ellos requiere el consentimiento del efigiado, ni hay forma de impedir su acción. El derecho de las personas sobre su propia imagen se encuentra así a merced de la indiscreción, y también del abuso y del uso que los demás deseen haber de ella; existe pues este primer derecho: el del efigiado. Por otro lado existe el derecho del que ha tomado la imagen, en el supuesto de que lo haya hecho de acuerdo con el efigiado, y aun en el caso de que la haya tomado sin consentimiento pero haciendo una obra que interesa al arte defender y conservar, es este el derecho que llamaremos del autor. Y por último existe el otro elemento que hay que tener en consideración dentro del estado actual de las cosas, las necesidades y el anhelo público por la información gráfica. Apesar de que éste puede ser legítimo cuando se trata prin-

cialmente de personas que por su situación política o por especiales cualidades se deben a la curiosidad pública, es indudable que no puede elevarse al rango de un derecho. El problema pues viene del conflicto entre estos tres elementos, cuando tienen intereses opuestos respecto al derecho a la imagen. La labor del legislador y del jurista se resuelve en establecer los justos límites de los derechos de cada uno de ellos, o mejor dicho, se reducen a establecer los deberes que son correlativos a los derechos del efigiado, del autor y del público en general, respecto a la captación, a la reproducción y a la difusión de la imagen.

*¿En qué consiste el derecho a la imagen?*

Ante todo se debe entender jurídicamente por imagen la representación sensible de la persona humana. Surge una interrogación: ¿se precisa la representación íntegra de la figura humana o basta una parte de ella, digamos, la cara por ejemplo; o, a la inversa, es suficiente la representación de la cara sin el resto del cuerpo para formar el concepto jurídico de imagen? Las opiniones son diversas, pero consideramos mejor considerar como imagen para los efectos jurídicos, la parte o el todo con tal que sea suficiente para darnos la representación de la persona humana o sea para identificarla. Y dentro de tan amplio criterio tiene que plantearse otro problema: ¿la caricatura de una persona también está comprendida dentro del concepto jurídico de imagen? Tratándose de ellas ya no se trata de la representación de la persona como es, sino tal como la ve el humorismo o la ironía del caricaturista. Pero de todas maneras es indudable que permiten la identificación de las personas, que es la razón y el fundamento del derecho a la propia imagen. Sucede así con las caricaturas respecto al derecho a la imagen, lo mismo que ocurre con los seudónimos y apodos, respecto al derecho al nombre: la protección legal tiene que extenderse a unos y a otros. Sin embargo esta solución nos puede llevar aún más lejos, al extremo de saber si, la representación del hongo, los zapatos y el bastón de Chaplín, por ejemplo, que lo identifican perfectamente, podría ampararse en el derecho a la imagen, pues constituye una representación de la persona sin la reproducción de la propia imagen.

Determinado el concepto jurídico de imagen, ya se puede establecer en que consiste el derecho sobre la misma. Se puede decir que es la facultad de la persona de gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás. Sin embargo, esta especie de definición, tan semejante a la que se da al derecho de propiedad, mas que nada tiene por objeto fijar desde

ahora las atribuciones que confiere y no debe tomarse en sentido absoluto; ya en el desarrollo del tema estableceremos las restricciones que tiene el mismo titular del derecho y también los límites de los derechos de terceros. Consiste pues ante todo en un derecho emanado de la personalidad desde que tiene por objeto a la persona misma y en cuanto el sujeto es dueño de su propio cuerpo. De aquí su estrecha vinculación con cuestiones morales, y aunque sin abordarlas, sólo aclaramos, completando lo expuesto, que este señorío sobre el propio cuerpo no es ilimitado ni arbitrario, sino que sólo es admisible en orden a la propia naturaleza, al fin último y al ordenamiento jurídico, porque sino constituye un abuso del derecho. De esta conclusión se han de deducir importantes consecuencias cuando tratándose del derecho contractual sobre la propia imagen.

Pero esta relación entre personalidad e imagen, que sirve para establecer la naturaleza del derecho que nos ocupa, no es un postulado y ha sido materia de graves objeciones. Se ha contradicho afirmándose que la imagen no está en el sujeto sino en el espejo que la reproduce, en la retina o en la placa fotográfica o en el écran cinematográfico, esto es que se vé en otro objeto, luego no está en la persona. Pero las consecuencias de tal teoría serían inadmisibles, y así habría que admitir como consecuencia, que si el derecho sobre la propia imagen no es una parte del derecho sobre el propio cuerpo, el hombre sólo es dueño de su propia imagen cuando tiene en su poder el negativo fotográfico o el elemento que la reproduce. Creemos que la imagen es una manifestación de la persona que está vinculada a sus atributos esenciales y por esto que el derecho sobre ella es una parte del derecho a la personalidad.

Tratando de precisar más todavía el concepto del derecho a la propia imagen, después de establecer que se trata de un derecho de la personalidad, es preciso distinguirlo de los otros derechos de la misma, especialmente del derecho al nombre con el que se le ha confundido. Hay entre ambos evidentes similitudes: sirven para identificar o individualizar a las personas. En la práctica esta equivalencia de nombre y retrato aparece cada día mas estrecha. Así en los documentos de identificación, libretas de conscripción militar y electoral, pasaportes, etc., se exige conjuntamente con la firma y la huella digital, el retrato; y, en las simples solicitudes que se presentan a determinadas dependencias administrativas, se viene exigiendo desde hace algún tiempo, el retrato del solicitante, adherido al margen del escrito. En el campo de la jurisprudencia se ha reflejado esto, y en Alemania, se ha tratado de aplicar al derecho a la imagen las normas del Código Civil sobre el derecho al nombre. Sin em-

bargo la distinción entre ambos derechos además de tener ventajas prácticas en orden a su mejor reglamentación, tiene fundamentos poderosos, especialmente que el nombre puede cambiarse y la imagen nó, apesar de todos los adelantos de la cirugía estética la imagen no puede alterarse total y absolutamente en la forma que la hemos precisado, cambio que sólo puede existir en la fantasía de algunos novelistas. Pero sobre todo la distinción entre ambos está en la que existe entre la etiqueta de un frasco y su contenido, ambos sirven para identificar el líquido, pero nadie debe confundir la marca o el simple rótulo (el nombre) con los procedimientos químicos para determinar el contenido del envase (la imagen).

### *Proceso histórico de la cuestión*

El hábito de buscar en el Derecho Romano el antecedente de todas las cuestiones legales ha ocasionado, sin duda, que se considere el *jus imaginis* como una forma del derecho a la imagen. Esta institución consistió en el privilegio reconocido a la nobleza de exponer en el atrium de los palacios los retratos de sus antepasados que hubieren desempeñado magistraturas curules y que más tarde se extendió a la plebe por haberse hecho esos cargos accesibles a los miembros de esta clase. No constituye pues una solución al problema que nos ocupa que está planteado en otra forma.

La cuestión no podía aparecer antes de la invención de la fotografía, pues hasta entonces las reproducciones de las imágenes se hicieron por medio de la pintura, la escultura o la mascarilla funeraria, todas las cuales suponen el consentimiento del representado o de sus causahabientes, y además se obtenía un único ejemplar, desde que la reproducción equivalía a una nueva obra, de tal manera que no se podía presentar el problema de la reproducción y difusión que plantea precisamente el conflicto de derechos y deberes que ha de resolverse estableciendo las normas del derecho a la propia imagen.

Después del primer tercio del siglo pasado fué posible la fácil captación y reproducción de las imágenes por medio de la fotografía instantánea y desde entonces el perfeccionamiento de los medios para esto ha sido constante y extraordinario de tal manera que hoy es posible obtener las imágenes en cualquier lugar y tiempo con mecanismos tan diminutos y disimulados que muchas veces adquieren las apariencias de un botón o de una simple flor en el ojal de una americana. Desde entonces ya no fué pues posible que el derecho sobre la imagen quedara resguardado contra las indiscreciones e intereses de cualquiera. Además por estas y otras causas se produce el desa-

rrollo del sensacionalismo periodístico, la curiosidad pública es exacerbada y el mercantilismo invade muchos órdenes de la vida. El derecho a la imagen quedaba pues a merced de los nuevos vientos o de las nuevas tempestades. Comenzaron las violaciones a este derecho y las preocupaciones del aspecto legal del problema. Al márgen de toda legislación específica sobre la materia, se produce una abundante jurisprudencia en Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos, demostrando que la realidad había avanzado más rápidamente que la previsión del legislador y que había un derecho que buscaba su consagración por la legislación positiva. Esta necesidad fué reconocida en el XXVI<sup>o</sup> Congreso de Juristas alemanes reunido en 1905 en el que, a propuesta de Enneccerus, se aprobó una declaración recomendándose que debía concederse tutela legal contra la arbitraria exposición de imágenes fotográficas, especialmente cuando sean dados a la publicidad hechos que sólo los interesados tienen el derecho de hacer públicos.

Desde ese momento se produce o se intensifica en los círculos forenses de todos los países el movimiento para crear pautas legales que establezcan definitivamente los límites de los derechos de las partes interesadas. El derecho jurisprudencial y la doctrina al respecto que hasta entonces había sufrido el inevitable influjo de las teorías individualistas imperantes como rezagos de la filosofía de la Enciclopedia y la Revolución, se orienta también con el flujo de las nuevas ideas jurídicas, cuya aparición se señala cronológicamente el año 1900 al entrar en vigencia el Código Civil Alemán, y que significa la orientación socializadora en el derecho privado. Pero ya la jurisprudencia francesa en este aspecto y otros, estaba restringiendo las instituciones en que aparecía más estricto el individualismo del derecho romano y del Código de Napoleón. Esta tendencia significa en el derecho a la imagen, la aparición de un nuevo factor; a los derechos del efigiado y del autor, añade un nuevo derecho si se quiere, que considera el derecho de la colectividad, que se resuelve en el interés y el derecho legítimos por la información gráfica. De aquí la aparición de las reglas de excepción entre las normas del derecho a la imagen, por las que quedan exceptuados de las restricciones que se venían reconociendo en favor de los derechos del efigiado y del autor, las reproducciones que imponían las exigencias de la moderna publicidad y particularmente de las imágenes de las personas que, por determinadas circunstancias políticas o de otro orden, se deben a la curiosidad pública.

*Derechos respecto a la imagen*

En el derecho a la imagen se comprenden tres derechos y sus correlativos deberes: a) el derecho del efigiado; b) el derecho del autor; y, c) el derecho del tercero.

En cuánto al primero nos queda poco que añadir a lo ya expuesto respecto a la naturaleza y caracteres del derecho. Pero hay dos aspectos entre otros que vale la pena sugerir siquiera para no hacer mas extenso el tema. En primer lugar establecer los límites del derecho convencional sobre la propia imagen. Si, como ya tenemos dicho, se trata de un derecho de la personalidad y estos están esencialmente fuera del comercio de los hombres, no podría ser susceptible de enagenación ni de ningún otro contrato sobre él. La objeción es fuerte pero se funda en el concepto clásico de que estos derechos no son susceptibles de apreciación económica y este criterio ha sido desechado ya y substituído por el criterio que admite que los atributos de la personalidad pueden ser materia de convenciones, pero nó en la forma común sino bajo determinadas condiciones y teniendo en cuenta muy especialmente la licitud de la causa. El otro aspecto que puede tenerse en cuenta respecto al derecho del efigiado, es que este debe primar sobre los demás interesados desde que es el titular del derecho más respetable e inalienable por su propia naturaleza.

En cuánto al derecho del autor hay que considerar por lo menos algunos otros aspectos además de los ya indicados. Designamos como autor al que ha obtenido la imagen pues también se toma por algunos como tal al efigiado, suponiéndolo artífice de su propia imagen. Se puede tratar de la naturaleza del contrato celebrado entre el efigiado y el autor porque de esta dependen muchas consecuencias sobre las obligaciones y derechos recíprocos entre las partes. ¿Se trata de un contrato de compraventa o de una locación de servicios? Indudablemente que para ser el primero presenta el inconveniente insalvable de recaer sobre un atributo de la persona misma y no sobre una cosa; y parece ser mas bien un contrato de trabajo desde que tiene por objeto la actividad del autor. Pero, aún admitiendo esto, tiene caracteres especiales por su calidad de artístico, y porque además el autor resulta ser dueño de los negativos obtenidos, según la jurisprudencia europea al respecto. Respecto a este derecho del autor sobre los negativos, no comprende el derecho a la reproducción, pues no debe obtener mas copias que las convenidas en el contrato, salvo autorización del efigiado. Este empleo de las copias y negativos por el autor condicionado a la autorización del efigiado ha llevado a pretender que existe un derecho de condominio entre ambos; pero esta

teoría es casi insostenible si se tiene en cuenta que falta la posibilidad de la acción de partición. Mas bien examinando los caracteres de este derecho que impone al autor la facultad de mantenerlos en su poder pero también la obligación de no poder disponer de ellos, ni utilizarlos, y aún de presentarlos cuando se le solicitaren nuevas copias, se asemeja mas bien a los caracteres de un depósito legal; pero, para admitir tal equivalencia, existe el inconveniente de que la devolución, esencial en el depósito, no se produce en este caso. Todo esto obliga a establecer que el derecho del autor sobre los negativos tiene caracteres especiales.

Por último, hemos considerado también entre los derechos que deben regularse al respecto, el de la colectividad. Ya nos hemos referido incidentalmente a ellos. Es evidente que en el estado actual de cosas es admisible la reproducción libre de las imágenes de personas que por el rol histórico que les ha tocado desempeñar o por determinadas circunstancias políticas o artísticas, se deben al público. Siempre esta facultad queda sujeta al uso normal y lícito de la imagen.

#### *Soluciones legislativas*

Para resguardar los derechos a la propia imagen, los sistemas propuestos pueden clasificarse en tres grupos: a) El sistema que considera que no constituye un derecho específico y le aplican las reglas que rigen los actos ilícitos; es decir, el derecho sólo aparece cuando es vulnerado. Este sistema sólo resguarda pues, el derecho del efigiado. Todo lo expuesto anteriormente permite rechazar tal solución que no se conforma con la naturaleza del derecho, que dá la facultad de impedir el uso por otro de la imagen propia, aunque no le cause daño y deja sin fijar en forma estable y precisa los derechos de los demás interesados. b) El sistema que confunde estos derechos con los derechos de autor y legisla al respecto sobre el particular en las leyes sobre propiedad intelectual y artística. Este sistema es el mas común. Pero la confusión de ambos derechos es inadmisible, porque en líneas generales, confunde dos categorías de derecho completamente diversas: la de los derechos extrapatrimoniales o de la personalidad con el de los derechos patrimoniales sobre bienes incorporeales como son los productos de la inteligencia. c) — El sistema que establece un régimen legal específico para el derecho a la imagen, que es el más conforme con la especial modalidad de este derecho pero que no existe, hasta donde alcanzan mis informaciones, establecido en legislación alguna.



*Legislación nacional*

El Perú sigue el segundo de los sistemas indicados anteriormente, esto es que nuestra legislación confunde los derechos de autor con el derecho a la imagen y por eso encontramos alguna legislación sobre ella en las leyes sobre Propiedad Intelectual, refiriéndose particularmente a la fotografía.

Así, además de la garantía establecida por la Constitución, nuestra arcaica ley de 3 de noviembre de 1849, garantiza también en su art. 1º el derecho de “los autores de todo género de grabados” para concederles derecho de por vida con el privilegio exclusivo de vender y distribuir sus obras y de ceder sus derechos en todo o en parte. Por el Tratado de Montevideo — art. 2º — se comprenden entre los derechos de propiedad intelectual y artística las “obras originales destinadas a proyectarse por medio del cinematógrafo, y las de grabados, fotografía y artes equiparables”. Muchas de las estipulaciones al respecto son inaplicables al derecho sobre la propia imagen.

El sistema de legislación específica que preconizamos llevaría a incluir dentro del libro I del Código Civil, los principios pertinentes, desde que en él se establecen los derechos de las personas, pudiendo complementarse el Tit. III que trataría así: “De la protección del nombre y de la imagen”. En esta forma quedarían debidamente precisados y garantizados los derechos al respecto, garantía que nuestra legislación debe otorgar a la imagen desde que más cada día se sirve de ella como medio de identificación y, por último, como las leyes son también educativas y reforman las costumbres, una legislación específica producirá el respeto que se debe a este atributo de la persona de los demás, que no puede estar a merced del afán de llenar páginas de revistas e informativos cinematográficas presentando muchas veces a las personas en vestidos y actitudes que ofenden la dignidad humana y enseñará a todos que debe rechazarse el uso inconveniente o libre de la propia imagen.

