

# Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen

Reflecting on the rights of the personality from the perspective of the right to own image

*María José Arancibia Obrador*\* <sup>1</sup>

**RESUMEN.** El Derecho permanentemente se encuentra en un proceso de transformación, debiendo sus instituciones adaptarse a la luz de los cambios y de las nuevas tendencias. En este contexto, ha surgido con fuerza un nuevo paradigma en Derecho Civil, el cual modifica su objeto de protección, pasando de una preocupación centrada en el área patrimonial del Derecho privado, a otra basada en la esfera moral de la persona: conforme a esta nueva forma de comprensión, la persona, concebida en cuanto ente moral y no como un mero sujeto capaz de participar en el tráfico jurídico, es hoy el eje fundamental de la preocupación del Derecho civil. Una importante consecuencia de ello es la protección que ha comenzado a dispensarse a los derechos de la personalidad, expresión técnica que permite englobar en el ámbito del Derecho civil aquellos intereses protegidos por el Derecho constitucional a través de la figura de los derechos fundamentales, que forma parte de un fenómeno más amplio, que se ha denominado

---

\* Abogada. Profesora invitada Universidad Alberto Hurtado y Universidad Gabriela Mistral, Chile. Magister © en Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Dirección Postal: Hundaya número 60, piso 4, oficina 401, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: [mjaobrador@gmail.com](mailto:mjaobrador@gmail.com).

<sup>1</sup> Quisiera agradecer al profesor Dr. Ruperto Pinochet Olave por su guía al abordar este tema y al profesor Pablo Cornejo Aguilera por su apoyo y colaboración constante.

“constitucionalización del Derecho privado.” Precisamente, esta evolución que ha vivido nuestro Derecho civil se refleja bien en la noción que se ha desarrollado y en la evolución que ha experimentado la protección del “derecho a la propia imagen”, a lo cual algunos autores agregan su paulatina autonomía, basado en una reinterpretación finalista de los derechos fundamentales, acorde con los objetivos de protección de la persona humana que supone su reconocimiento, y en la interpretación evolutiva de los instrumentos en que éste consta.

**PALABRAS CLAVES.** Derecho privado. Derechos fundamentales. Derecho a la propia imagen. Chile

**SUMARIO.** 1-Los derechos de la personalidad. Concepto. 2- La imagen y el derecho a la propia imagen. Concepto. Titulares del derecho a la propia imagen. Protección de la propia imagen vía privacidad, identidad y honor. Delimitación. 3- El derecho a la propia imagen en Chile: desde su propietarización a su reconocimiento autónomo. 4- Elementos para una protección autónoma del derecho a la propia imagen. El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad. Conclusiones. Bibliografía.

Abstract. Constantly, law is in a process of transformation. Its institutions must be adapted in light of social changes and new trends. Within this context, it has strongly emerged a new paradigm into Private Law, which modifies its object of protection, from one focused on patrimonial issues towards another one based on the moral sphere of person: according to this new way of understanding, the individual, conceived as a moral agent rather than as a merely subject capable to take part in legal transactions, is now the cornerstone of the concern of Private Law.

An important consequence of the above is the protection that the Law has begun to provide to the rights of personality – a technical expression allowing to encompass within Private Law context those interests protected by the Constitutional Law through the figure of the fundamental rights – which form part of a broader phenomenon, namely the “constitutionalization of private law”.

Precisely, this evolution lived by our Private Law is well reflected on the notion that has been developed for the “right to self-image” and its respective evolution, to which some authors add their gradual autonomy, based on a purposive reinterpretation of fundamental rights, in line with the objectives of protection of human beings which are supposed by its recognition, and in a progressive interpretation of the instruments useful for its recognition.

**KEYWORDS.** Private law. Rights of personality. Self-image. Chile.

## 1

### LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La categoría de los “derechos de la personalidad” sólo recientemente se ha insertado en el lenguaje del Derecho privado, encontrándose todavía en un proceso de desarrollo doctrinario, a fin de mejorar la comprensión de las funciones que están llamados a desarrollar. Sin embargo, resulta claro que su reconocimiento obedece a un cambio de paradigma en el Derecho civil que, desmarcándose de lo patrimonial, ha pasado a centrarse en la protección integral de la persona y de los intereses vinculados a la esfera moral de su personalidad, cambio de paradigma que se sustenta en un nuevo concepto de persona desarrollado por las constituciones modernas y por los tratados internacionales de derechos humanos. Acorde con ello, tal como lo destaca el Prof. Dr. Ernst von Caemmerer, los derechos de la personalidad, tal como se han desarrollado, cumplen hoy una muy importante misión en nuestros ordenamientos occidentales, sirviendo como una especie de cláusula general para la protección de intereses inmateriales de la persona individual<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de que el desarrollo más acabado de la noción de los derechos de la personalidad se haya producido en este siglo, como una consecuencia refleja de la mayor importancia que adquirió en el lenguaje jurídico el discurso sobre los derechos fundamentales, que expresa directamente la existencia de posibilidades más amplias de afectación a los bienes por ellos tutelados, a causa de la forma en que se producen las interacciones en nuestras

---

<sup>2</sup> Ernst von Caemmerer. “Wandlungen des Deliktsrechts”, en: *Gesammelte Schriften*, hg. von Hans, Georg Leser, Tübingen, 1968, I, nr 17, pp 514 y ss. Citado por Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo. Derecho Común más Antiguo (1500-1800)*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, Tomo I, p. 281. En un sentido similar, señala Beltrán que los derechos de la personalidad, en un sentido técnico, buscan proteger las esferas de libre actuación de la persona, pudiendo identificarse como una de las conquistas del s. XIX. José Beltrán de Heredia. *Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad*. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo de 1976, Madrid, 1976, p. 31.

sociedades modernas<sup>3</sup>, no podemos desconocer que el sustento para su evolución se encontraba ya en la obra de los juristas pertenecientes a las escuelas modernas del Derecho natural. Así, dentro de la sistematización paulatina del concepto de “derecho de la personalidad” encontramos, en primer lugar y como importante punto de partida, la obra de DONELLUS y su idea particular sobre la persona. Este autor llega a construir su sistema jurídico sobre la norma, donde si la justicia es “*ius suum cuique tribuere*”, resulta necesario definir cuál es ese *ius suum*, lo que lo lleva a precisar que ese “*ius cuiusque*” puede referirse a *res externae* o a la *persona cuiusque* y, en el último caso, en particular a cuatro bienes, que son identificados por el autor, y que hoy diríamos son protegidos a través de la técnica de los derechos de la personalidad: *vita, incolumitas corporis, libertas y existimatio*.<sup>4</sup>

Con todo, como anticipamos en el párrafo precedente, el mayor hito que propendería a la formación de la noción de “derecho de la personalidad” lo encontraremos con posterioridad a un acontecimiento histórico determinado, la segunda guerra mundial, momento en que, producto de las dramáticas consecuencias de este conflicto, se adquiere la conciencia en orden a la necesidad de desarrollar nuevas vías para proteger estos valores relacionados con la esfera moral de la personalidad frente a los riesgos que conlleva su vulneración. De ello surge una primera protección por vía del Derecho constitucional y del Derecho internacional de los derechos humanos, protección que puede ser directamente relacionada con nuestro objeto de estudio, dado que, como se señaló anteriormente, el moderno desarrollo de los derechos de la personalidad en el Derecho privado guarda directa relación con los derechos fundamentales, correspondiendo a la forma como los nuevos paradigmas que subyacen a su reconocimiento son comprendidos y asumidos por la doctrina civilista<sup>5</sup>. Estas son precisamente las razones por las cuales se estima por la doctrina que el ámbito de protección de los derechos de la personalidad es la personalidad misma, en consideración a la dignidad del hombre, por el hecho de ser tal y por encontrarse revestido de la individualidad que caracteriza a cada ser humano.

En razón de lo ya expuesto, el objetivo de este trabajo consiste en exponer una mirada vigente de los “derechos de la personalidad”, fundado en este nuevo paradigma del Derecho

---

<sup>3</sup> Cuestión particularmente importante en nuestro objeto de estudio, dado el impacto que supone en materia de protección de la imagen de cada persona las transformaciones en materia de comunicaciones, que van desde el desarrollo de los masivos medios de comunicación social, hasta los cada vez más intensos intercambios que se producen a través de Internet.

<sup>4</sup> Hugo DONELLUS. *Commentariorum de iure civile*, en: *Opera Omnia, Lucae, 1762-1770, Liber II*, cap.8, nr. 3. Citado por Helmut COING. *op.cit.* p. 281.

<sup>5</sup> Carlos PEÑA GONZÁLEZ. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” En: Cecilia MEDINA *et al.* *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales, 1996. N° 6. p. 557.

civil, el cual ha llevado en este ámbito a que el derecho a la propia imagen haya evolucionado desde una protección centrada en lo patrimonial, hacia una protección centrada en la esfera moral de la persona, a tal punto que parte de la doctrina apoye la idea de una protección autónoma y diferenciada del derecho a la propia imagen, en cuanto derecho digno de protección en forma autónoma al derecho a la privacidad o al derecho a la honra.

## CONCEPTO

Antes de entregar un concepto de derecho de la personalidad, debemos advertir que se trata de una noción que se encuentra en permanente evolución y cambio, por lo que su naturaleza jurídica debe ser capaz de comprender los diferentes bienes que por su intermedio se tutelan, los cuales van desde la individualización de la persona, la protección de su integridad física y moral, el resguardo de su derecho a la vida, hasta la protección de aquellas creaciones que son fruto del intelecto de cada ser humano, a través del derecho a la propiedad intelectual<sup>6-7</sup>.

El concepto tradicional y más aceptado de derecho de la personalidad que ha desarrollado la doctrina chilena es el que nos entregan los profesores ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, para quienes “*los derechos primordiales o de la personalidad son los que tienen por fin defender intereses humanos ligados a la esencia de la personalidad. También se dice que son aquellos que toda persona física, en calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona.*”<sup>8</sup>; la cual guarda importantes puntos en común con otras definiciones proporcionadas por la doctrina comparada, que mediante esta expresión suelen hacer referencia a un conjunto de derechos de la propia persona, que constituyen, en definitiva, manifestaciones, tanto exteriores como interiores, diversas de cada persona singular, de su dignidad y de su propio ámbito individual, agregándose que los derechos de la personalidad son aquellos que el ordenamiento jurídico concede para la protección de los intereses más personales de un individuo, razón que justifica su denominación<sup>9</sup>.

Como puede apreciarse, la gran ventaja que supone la definición citada radica en el hecho que no acota el ámbito de bienes protegidos por estos derechos, exigiendo solamente

---

<sup>6</sup> Cabe en todo caso señalar que este último punto es controvertido en la doctrina, pues existen autores que discrepan de él, excluyendo los derechos que nacen por las creaciones artísticas e intelectuales de los derechos de la personalidad.

<sup>7</sup> Clemente CREVILLÉN SÁNCHEZ. *Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Actualidad, Madrid, 1994, p. 21.

<sup>8</sup> ARTUFO ALESSANDRI RODRÍGUEZ; Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA; ANTONIO VODANOVIC HAKLICKA. *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Santiago. Editorial Jurídica, 1998, Tomo I, p. 656.

<sup>9</sup> Miguel Ángel ENCABO VERA. *Derechos de la personalidad*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

que guarden relación con la “esencia” de la personalidad, con lo cual deja abierta su posibilidad de desarrollo. En efecto, tal como se esbozó anteriormente, hacer un listado cerrado o un catálogo exhaustivo de intereses protegidos por los derechos de la personalidad no se condice con la propia evolución que ha experimentado nuestra sociedad, ni con los nuevos desafíos que se han planteado sobre la protección de la persona, lo que lleva a que sobre un catálogo original, fuertemente influenciado por los derechos fundamentales de primera generación, se hayan sido sumando nuevos intereses, acorde con la evolución del propio paradigma de Derecho civil.

Algo similar ocurre con otros conceptos que se han desarrollado para dotar de un contenido a la noción de derechos de la personalidad, donde la doctrina ha también destacado el hecho que su objeto de protección son las propiedades inherentes a toda persona y que, como tales, siempre la acompañan, siendo necesario destacar el que se trata de derechos que reconocen al individuo poderes sobre su propia persona, que tienen por objeto la protección del sujeto en su ámbito interior y no exterior, dado que los bienes que son amparados se identifican con el ser mismo de la persona y no con las cosas que ella pueda tener en su patrimonio; constituyéndose en atributos esenciales de la naturaleza humana y como tales, indisolublemente ligados a la persona física, que tienen por objeto el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, es todavía posible advertir el influjo de la protección y reconocimiento de los derechos de primera generación en la doctrina civil, donde muchos autores adoptan todavía como base de clasificación la distinción entre derechos físicos y espirituales, incorporando en la primera al derecho a la vida, la libertad personal y la integridad corporal y psicológica; mientras que en la segunda incluyen el derecho a la intimidad, a la privacidad, al honor, y más recientemente, al derecho a la propia imagen y a la identidad.

Por su parte, la doctrina chilena ha desarrollado la siguiente clasificación de los derechos de la personalidad, distinguiendo entre: a) derechos de la individualidad, los cuales abarcan desde la protección de la vida y de la integridad física, pasando por todo tipo de libertades personales, hasta la protección de la vida privada; b) los derechos de la personalidad civil, que amparan aquellos elementos que contribuyen al posicionamiento de la persona en la sociedad, como son el derecho al nombre, el estado civil y a la propia imagen; y c) los derechos de la personalidad moral, donde se encuentra principalmente el derecho a la protección de la honra, sea personal o familiar<sup>10-11</sup>.

---

<sup>10</sup> Carlos DUCCI CLARO. *Derecho Civil Parte General*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 119.

<sup>11</sup> Existen opiniones de autores extranjeros quienes cuestionan el diseño de esta clasificación, puesto que implicaría una limitación de su contenido, perdiendo de esta forma elasticidad para agregar nuevos derechos que merezcan protección.

Un punto adicional dentro de los derechos de la personalidad, es la afirmación en orden a que éstos son derechos subjetivos, la cual causa todavía cierta polémica, puesto que hay quienes niegan que sea posible atribuir a los derechos de la personalidad esta naturaleza jurídica<sup>12</sup>. Sin perjuicio de ello, a lo largo de este trabajo sostendremos que, tratándose del derecho a la propia imagen, efectivamente estamos en presencia de un derecho de la personalidad, y que se trata de un derecho subjetivo, punto en el cual hemos seguido la tesis expuesta por LASARTE, quien lo incorpora en esta categoría en razón del hecho que permite a su titular, la persona que se encuentra tutelada por el derecho, reclamar su respeto en forma general, a toda la comunidad, y en caso de lesión, poder impetrar el auxilio de la justicia a fin de obtener la oportuna sanción del infractor<sup>13</sup>, argumentos que permiten hacer frente a las principales críticas que se han formulado en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos.

Después de contestar la pregunta sobre cuál es la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, corresponde preguntarnos para qué nos sirve determinar su naturaleza jurídica. En este punto algo nos anticipa el propio LASARTE: el reconocimiento de la naturaleza de derecho subjetivo permite poner en marcha los mecanismos propios de la responsabilidad civil en caso que el interés protegido se vea lesionado por un tercero, de modo que, producido el daño, se deberá analizar cuál fue la conducta desarrollada por quien produjo la lesión, y si se trató de un actuar contrario a derecho, determinar la procedencia de una reparación, conforme a las reglas que sean aplicables (contractual o extracontractual)<sup>14</sup>. Sin embargo, una vez llegado a este punto, no es posible dejar de advertir el surgimiento de una dificultad adicional: si el derecho a la propia imagen es un derecho subjetivo, que pertenece

---

<sup>12</sup> La discusión se plantea bajo la perspectiva de tres puntos, en cuanto a si existe un sujeto, un objeto y un contenido del derecho. En contra, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. v. *op.cit.* p. 656, criticándose la confusión que se produce entre el objeto y el sujeto, toda vez que no existe una clara distinción entre ellos. En este sentido, señala ORGAZ que “la personalidad no puede ser objeto de derechos ya que ésta es sujeto de todo derecho.” Alfredo ORGAZ. *Personas individuales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 121. En el mismo sentido, ARAUZ CASTEX quien además de negar la existencia de un sujeto pasivo, vuelve en la crítica sobre la ausencia de distinción entre sujeto y objeto, señalando que esta forma de comprensión de los derechos de la personalidad lleva al absurdo de considerar a la persona sujeto y objeto al mismo tiempo. De la misma forma, critica el hecho de carecer de modos de adquisición, transferencia y extinción, con lo cual los derechos de la personalidad serán solo facultades y no derechos subjetivos. Finalmente para este autor, los derechos de la personalidad no serían ni atributos de la persona ni derechos propiamente, sino que se encuentran por encima de toda la construcción científico-jurídica y, a modo de axiomas, el respeto debido a ellos es una idea indemostrable, aunque básica y evidente. Manuel ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Emp. Técnico Jurídica 1968, Tomo I, p. 227.

<sup>13</sup> Carlos LASARTE. *Principios de Derecho Civil*, Trivium, 2da edic. Madrid, 1993, Tomo I, p. 217, citado por José Ignacio PEÑA ATERO. *El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas*. Revista de Derecho Público Vol 63.p.282.

<sup>14</sup> En este punto es posible encontrar todavía una complejidad adicional, concerniente a la relación que existe entre daño moral y protección de los intereses ligados a la esfera moral de la personalidad, y la procedencia de este tipo de reparación en sede contractual.

a los denominados derechos de la personalidad, el interés por él protegido será extrapatrimonial, razón por la cual carecerá de una valoración económica concreta: desde el momento que no siendo el bien por él protegido objeto de cambio, no existe la posibilidad de atribuir un valor de mercado a su afectación, situación que obsta a la posibilidad de asignar con claridad un “valor de reemplazo”. Por el contrario, como derecho de la personalidad, su finalidad será asegurar la existencia de ámbitos de seguridad y libertad que permitan el libre desenvolvimiento de la personalidad de su titular, razón por la cual resulta natural que se hayan señalado entre sus características el tratarse de un derecho inalienable, irrenunciable, inextinguible e imprescriptible, esencial, inherente, innato u originario, y *erga omnes*<sup>15</sup>.

Finalmente, realizadas las precisiones previas, debemos advertir que no es posible confundir los derechos de la personalidad con otros conceptos jurídicos con los cuales guarda cierta relación, como el denominado derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, especie de derecho de la personalidad reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo objeto preciso es evitar que los seres humanos sean desprovistos por algún ordenamiento de la calidad jurídica de “persona” (art. 3 Convención), amparando de esa forma el reconocimiento de la aptitud para ser sujeto de derecho, titular de derechos subjetivos y sujeto pasivo de las obligaciones que contraiga, capaz de participar en interacciones jurídicamente relevantes con otros, sea personalmente o debidamente representado o autorizado, según cuales sean las reglas sobre la capacidad de ejercicio que cada ordenamiento establezca en su protección.

## 2.

### LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

#### CONCEPTO

Si bien en sus orígenes el derecho a la propia imagen se relacionaba en forma directa con la noción de “derecho de autor”, para pasar posteriormente su objeto a formar parte integrante del contenido protegido por los derechos a la privacidad y a la honra<sup>16</sup>, una paulatina evolución le permitió ir obteniendo una fisonomía propia, que permite distinguirlo

<sup>15</sup> Sobre el desarrollo de estas características volveremos más adelante.

<sup>16</sup> Un buen ejemplo de esta aproximación se encuentra en la fundamental obra de DE CUPIS *I Diritti Della Personalità*, donde el derecho a la imagen es tratado dentro de la sección destinada al análisis del derecho a la intimidad, con una continua referencia al derecho al honor, en lo que se refiere a su objeto de protección. v. Adriano DE CUPIS. *I Diritti Della Personalità*, Giuffrè Editore, Milan, Tomo I, 1959, pp. 256-294.



de estos otros derechos, a los cuales se vinculaba en sus orígenes<sup>17</sup>. Sin embargo, esta misma afirmación de existencia de un nuevo derecho de la personalidad obliga a realizar un ejercicio destinado a precisar cuál es su objeto. En este contexto, como una primera aproximación a la materia, resulta necesario comenzar realizando una distinción entre las nociones de “imagen” y de “derecho a la propia imagen”, puesto que sólo de esta forma podremos entender a cabalidad en qué consiste el bien protegido por este derecho.

La palabra *imagen* proviene del latín *imago, imaginis*, y se encuentra definida en el Diccionario de la Real Academia como “*figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa.*”<sup>18</sup> Por su parte, entre la doctrina que se ha encargado de estudiar el tema, debemos destacar la definición realizada por CREVILLÉN, para quien “imagen” es la “*reproducción de cualquier persona, animal o cosa por medio de la pintura, la escultura, la fotografía o cualquier otro medio.*”<sup>19</sup> No cabe duda que, por su amplitud, ambas definiciones abren un sinfín de posibilidades, pudiendo hablarse en consecuencia de imagen de las cosas, de los animales, de la persona natural y de la persona jurídica. Es precisamente por este hecho que surge la necesidad de diferenciar entre la simple imagen y la imagen que será protegida por este derecho, que estará orientado en forma exclusiva a la protección los atributos propios de las personas naturales, sin que pueda hablarse en consecuencia de un derecho a la propia imagen de una persona jurídica<sup>20</sup>.

Esta primera conclusión nos lleva a afirmar que el ámbito de protección que dispensa el Derecho civil a la imagen excede con creces el contenido protegido a través del derecho a la propia imagen, dado que la protección de la primera se extiende también a la imagen comercial o al prestigio empresarial, a la imagen de una persona jurídica, al retrato literario, y a todas las formas externas de referencia de la personalidad. En este sentido, cuando hablamos de imagen en un sentido amplio, hablamos de la “imagen de...”, con lo cual estamos haciendo referencia a todos los elementos a través de los cuales la singularidad de cada persona se

<sup>17</sup> En el Derecho comparado, éste es el camino que ha seguido España, con la dictación de la ley orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; Brasil, que en el artículo 20 de su nuevo Código Civil (Ley N° 10.406 de 2002) reconoce el derecho a la propia imagen, estableciendo que, salvo que concurra alguna de las circunstancias excepcionales previstas en la disposición misma, la publicación, exposición o utilización de la imagen de una persona podrá ser prohibida, sin perjuicio de las indemnizaciones a que dé lugar su uso comercial; Portugal, que en el artículo 79 de su Código Civil reconoce el derecho a la propia imagen; y Perú, país cuyo Código Civil trata en su artículo 15 del derecho a la imagen y la voz.

<sup>18</sup> Diccionario de la Real Academia Española <http://lema.rae.es/drae/?val=imagen> [última revisión 12 de enero de 2014]

<sup>19</sup> CREVILLÉN. *op.cit.* p. 93.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, en materia de propiedad industrial, cuando se hace referencia a las marcas comerciales siempre se pone énfasis en que éstas constituyen una manera de identificar a una empresa, dándose especial énfasis a la manera en que éstas contribuyen a la creación de una “imagen” comercial, caso en el cual la expresión estaría siendo usada en forma impropia, siendo recomendable el uso del vocablo “percepción”, a fin de poner énfasis en el proceso comunicativo que tiene por destinatarios a los clientes, que distinguirán a la empresa y sus productos por medio de la marca.

expresa, los cuales abarcan desde la voz, el rostro, el cuerpo, hasta ciertos bienes protegidos por el derecho a la identidad, como ocurre con el nombre, de una forma que comprende cada uno de los elementos y características que son propias a alguien como persona. En otras palabras, a todos aquellos elementos que expresados socialmente la hacen ser ella y no otra<sup>21</sup>.

Como puede apreciarse, todos estos elementos tienen una característica en común, pues corresponden a manifestaciones de lo más esencial de la persona, siendo de este modo una proyección externa de ella misma, se trate bien de una proyección natural, o de una construida. Sobre este último punto, piénsese por ejemplo en algún cantante de moda, que construya su imagen por medio de diversos tatuajes, de una marca de ropa determinada, de un corte de pelo extravagante, etc., siendo todo este conjunto de elementos externos de los cuales se vale los que le permiten construir una imagen que le resulta propia y le permite afirmar su individualidad. De lo dicho, no podemos sino colegir, como lo hace AZURMENDI, que la imagen humana es una representación sensible, con lo cual se está haciendo hincapié en que la imagen no es una abstracción, sino una entidad concreta que tiene la cualidad de ser captada por los sentidos<sup>22</sup>. Precisamente, son estos elementos los que permiten sustentar la distinción entre protección de la imagen y derecho a la propia imagen, donde la primera abarca desde el sujeto que crea esa imagen, hasta la completa expresión social de esta proyección natural o construida de la persona.

Ahora bien, desde la perspectiva del objeto protegido por el derecho a la propia imagen, y que permite diferenciarlo de la simple protección de un derecho a la imagen, se han considerado principalmente dos elementos que concurren en su definición: de esta forma, el derecho a la propia imagen aparece como aquel que tiene toda persona a obtener, reproducir y a publicar su apariencia externa y, como consecuencia de su carácter exclusivo y excluyente, a prohibir la obtención, reproducción y/o publicación por un tercero de ella. De lo señalado es posible desprender el doble carácter que tiene el derecho a la propia imagen: por una parte, aparece como un derecho positivo, que reconoce y protege la utilización por el sujeto de su apariencia externa, de aquello que lo hace reconocible y que permite diferenciarlo de otros; y por otro, como un derecho negativo o de exclusión, que está destinado a

---

<sup>21</sup> Ya nos haremos cargo de este elemento denominado en doctrina como la "recognoscibilidad", y que corresponde al contenido inmaterial de la imagen.

<sup>22</sup> Ana AZURMENDI ADARRAGA. *El Derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 24 y ss.

proteger que la imagen de una persona sea utilizada por otra cualquiera, sin contar con la autorización de su titular<sup>23-24</sup>.

Al hablar de “derecho a la propia imagen” subyacen dos tipos de contenidos, que pueden ser calificados uno de material y otro inmaterial, según la terminología acuñada por AZURMENDI<sup>25</sup>, autora para quien mientras el primero hace mención al semblante del hombre, a un aspecto concreto que permite concretizar la imagen de una persona, permitiendo que ésta sea percibida por los sentidos y haciendo que deje de ser una mera abstracción; el segundo se unirá a los aspectos de individualidad, identidad y reconocibilidad en su tarea de permitir la diferenciación y reconocimiento de la persona, concurriendo estos tres elementos en forma copulativa, sin perjuicio que el pilar de todos ellos sea el último elemento, la reconocibilidad, puesto que éste y no otro será determinante para identificar e individualizar a cada persona, a través de los rasgos identificatorios presentes en su imagen, que sean observados por las otras personas.

Conforme a todo lo expuesto hasta ahora, se ha entendido que el derecho a la propia imagen surge como consecuencia de la necesidad de proteger la representación gráfica de la persona, expresándose como la facultad que posee toda persona para oponerse a que terceros, a quienes no se ha autorizado expresamente, capten, reproduzcan o publiquen la figura física de la persona retratada. Así, el ámbito de lo protegido por el derecho a la imagen es la proyección exterior de la persona desde su aspecto físico, en todos aquellos elementos que considerados en forma conjunta forman su identidad, comprendiendo incluso elementos como su voz. De esta forma, el derecho a la propia imagen tutela la proyección exterior y concreta de la persona en su figura física, de una manera independiente de la afectación de su honra y de su vida privada, dotando a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen, protegiéndola frente a intromisiones ilegítimas<sup>26</sup>.

Por estas razones, se ha definido al derecho a la propia imagen como aquel derecho que, teniendo el carácter de innato y perteneciendo a cada persona por el hecho de ser tal, se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible, confiriéndole un poder de control sobre ella; o mejor, como un poder estrictamente individual para disponer de la reproducción plástica de la propia fisonomía. Por su parte,

<sup>23</sup> CREVILLÉN, *op.cit.* p. 93.

<sup>24</sup> En este sentido, Eduardo ESTRADA ALONSO, citado por CREVILLÉN, define este derecho 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*”. CREVILLÉN, *op.cit.* p.93.

<sup>25</sup> AZURMENDI, *op.cit.* pp. 23-29.

<sup>26</sup> No se quiere afirmar con ello que el derecho a la propia imagen no tenga relación alguna con la vida privada o con el honor, en el acto pueden estar vulnerados todos ellos pero ello no implica que el Derecho a la Propia Imagen quede subsumido dentro de la honra o vida privada.

el análisis de este derecho permite distinguir dos dimensiones: una positiva y una negativa. La primera de ellas autoriza a la persona para la difusión, reproducción y publicación de su propia imagen, de acuerdo a criterios y utilidades personales, vale decir, concede y autoriza la explotación con fines publicitarios o comerciales de la apariencia física.; en tanto que la dimensión negativa del derecho impide que los terceros puedan realizar esa clase de acciones respecto de la imagen de otra persona, en la medida que no cuenten con la autorización del titular del derecho.

### **TITULARES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**

El titular del derecho a la propia imagen es la persona natural, es decir el ser humano. Solamente éste puede demandar la protección de sus intereses recurriendo a este derecho, ello debido al contenido que le es propio, tanto desde el punto de vista material como inmaterial, como se revisó en la sección anterior. Por el contrario, como afirma correctamente AZURMENDI, las personas jurídicas no tienen imagen en el sentido que se ha expuesto, y al momento de hablar de la imagen de una determinada empresa, no se entiende bajo el concepto de derecho a la propia imagen o derecho a la imagen<sup>27</sup>, sino en términos de lo que podríamos denominar “percepción”: la persona jurídica, al ser un ente ficticio o moral, no tiene una proyección de su personalidad, pues ella sólo se manifiesta mediante un lugar físico o mediante un logotipo, ambos bienes que demandan y justifican otro sistema de protección, propio de la propiedad industrial y de las reglas que resguardan la lealtad en el tráfico mercantil.

Un tema que en doctrina no encontramos una opinión unánime dice relación con la siguiente pregunta: ¿El derecho a la propia imagen es transmisible? Un caso célebre en la materia se produjo con la ocasión de la muerte del Canciller Otto von Bismarck, donde los tribunales alemanes tuvieron dificultades para conferir la protección frente a las fotografías no autorizadas, obtenidas en forma clandestina, que medios periodísticos publicaron de su cadáver, porque no se había desarrollado una base general para la protección de intereses inmateriales de la personalidad, razón por la cual la tutela se fundó no en la protección del derecho a la personalidad, sino sobre la *conditio ob iniustam causam*, ya que los fotógrafos habían obtenido la foto mediante ruptura de la paz de la casa, solución que pone de manifiesto la diversidad de vías a las cuales se puede recurrir para obtener la protección al derecho a la propia imagen<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> AZURMENDI. *op.cit.* pp.26 y ss.

<sup>28</sup> En un caso más reciente, el Tribunal Constitucional español debió pronunciarse sobre la eventual afectación del derecho a la propia imagen que se producía con la exhibición del video sobre la muerte del torero Paquirri, caso en el cual se declaró la imposibilidad de otorgar amparo por la infracción de este derecho constitucional una vez fallecida la persona cuya imagen se ha difundido, desde el momento que estamos en presencia de un derecho vinculado de una manera

Sin embargo, más allá de los méritos de esta solución, queda todavía abierta la pregunta de la posible transmisibilidad de la titularidad, para lo cual no sólo hay que considerar las características propias de los herederos, en cuanto continuadores de la personalidad del causante, sino también las características que son propias al derecho de la propia imagen: sobre esta última base, creemos que no podemos sino concluir que, dado que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, éste no puede pasar a los herederos del causante, siendo una excepción al principio de la continuación de la personalidad, fundada en su carácter intransmisible, derivada de su naturaleza de derecho personalísimo, que se extingue junto a la muerte del causante. Sin embargo, en el derecho comparado, tal como lo destaca HERCE DE LA PRADA, existen algunas legislaciones en donde se le reconoce a los herederos o parientes más cercanos el derecho a oponerse a la difusión del retrato del difunto, facultad que, antes de basarse en una subsistencia del derecho a la propia imagen, puede ser explicada en la solidaridad existente en la familia y en la necesidad de evitar las posibles ofensas que se puedan dirigir contra el causante, perturbando su memoria<sup>29</sup>.

## **PROTECCIÓN DE LA PROPIA IMAGEN VÍA PRIVACIDAD, IDENTIDAD Y HONOR. DELIMITACIÓN**

Una vez delimitado el campo de acción del derecho a la propia imagen, cabe preguntarnos si guarda relación con otros derechos de la personalidad reconocidos en el ámbito civil, como el derecho al honor y el derecho a la privacidad. Sobre este punto, nos interesa adelantar que en la jurisprudencia chilena es posible advertir un fenómeno de superposición de derechos, donde situaciones en que en realidad no existía propiamente una afectación al objeto protegido por el derecho al honor o el derecho a la privacidad, sino del derecho a la propia imagen, igualmente fueron resueltas por los tribunales invocando estos derechos, sin reconocer a este último un carácter autónomo, lo cual puede ser atribuido en parte a las exigencias formales que plantea la protección en sede constitucional, y en parte a las propias discusiones que se han producido en el ámbito civil sobre la procedencia de la protección autónoma de la propia imagen. Sin embargo, nos interesa destacar desde este mismo momento que existen sentencias que han esbozado, aunque sea tímidamente, la protección separada del derecho a la propia imagen.

---

inescindible a la propia existencia de la persona, de manera que se extingue con la muerte de ésta. STC 231/1988, citada por Rafael SARAZÁ JIMENA. *Libertad de Expresión e Información Frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 1995, pp. 150-151.

<sup>29</sup> Vicente HERCE DE LA PRADA. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Volumen primero, Primera Parte. Recurso electrónico, disponible en: Id. VLEX: VLEX-279739 <http://vlex.com/vid/subjetivo-propia-imagen-caracteres-279739>.

En lo que concierne a la relación entre la protección de la propia imagen, y la protección al honor y a la intimidad, es evidente que existe un primer punto de conexión, que está dado porque todos ellos pretenden proteger intereses que están vinculados con la esfera moral de la personalidad, constituyendo tres aspectos distintos, tres manifestaciones diversas de la propia personalidad<sup>30</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que ellas son manifestaciones de la personalidad que debe ser protegida, este solo hecho no permite confundirlos, debiendo en consecuencia el intérprete desarrollar criterios claros que contribuyan a definir los límites entre cada uno de estos derechos. Así, en términos simples, cabe establecer la primera diferencia entre ellos, basada en el diverso contenido de cada uno de estos derechos, poniendo énfasis en que mientras el honor busca resguardar la valoración social que tiene una persona en una comunidad determinada, el derecho a la vida privada buscará resguardar para cada persona una esfera libre de injerencias ajenas<sup>31</sup>. Como consecuencia de lo anterior, es posible afirmar que la afectación del derecho al honor o la vulneración del derecho a la privacidad no son condiciones necesarias para que opere la protección dispensada por el derecho a la propia imagen, sin perjuicio que sea posible concebir la existencia de actuaciones pluriofensivas, que afecten más de un derecho a la vez.

Precisamente en este sentido, CONCEPCIÓN, quien cita a VERCELLONE, señala que existe una clara separación entre el derecho a la propia imagen y el derecho al honor, señalando cuatro situaciones de potencial relación entre ambos, que esclarecen en gran medida sus respectivos límites:

- i. Publicaciones del retrato de una persona realizadas sin su consentimiento, en que no se afecte la consideración que ésta tiene en su comunidad, donde en consecuencia existirá una lesión del derecho a la propia imagen, y no una afectación del derecho a la honra;
- ii. Publicaciones del retrato de una persona realizadas sin su consentimiento, que por su contenido afecten al mismo tiempo su honor;
- iii. Publicaciones que se realicen del retrato de una persona sin el consentimiento de su titular, en aquellas circunstancias en que éste no resulte exigible, pero que por su contenido afecten su derecho a la protección de su honra;
- iv. Publicaciones del retrato de una persona realizadas con su consentimiento, en que tampoco sea posible advertir un eventual perjuicio para el honor o reputación del efigiado.

---

<sup>30</sup> AZURMENDI. *op.cit.* p.32.

<sup>31</sup> José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 73.

Como puede apreciarse, en el primer supuesto no sufre el honor, pero si la imagen de la persona cuyo retrato fue publicado; mientras que en el segundo se lesionan ambos, de manera independiente, por medio de una sola actuación; por su parte, en el tercero se vulnera tan sólo el honor, dado que la situación de inexigibilidad de un consentimiento previo excluye la afectación del derecho a la propia imagen; mientras que en el cuarto caso no existe violación de ninguno de los dos derechos<sup>32</sup>.

Por su parte la privacidad dice relación con aquel espacio que las personas desean mantener en secreto respecto de terceros, para desenvolverse en su vida, protegiéndose de esta manera una esfera donde se excluye a los terceros del conocimiento, salvo permiso del titular. Conforme con lo expuesto, se puede apreciar de inmediato que el poder distinguir entre ambos derechos no es una tarea fácil, dado que será frecuente que en la afectación al derecho a la propia imagen haya intervenido algún medio que importe, a su vez, una lesión del derecho a la privacidad. Por esta razón, nos cabe tener muy presente que estos derechos tienen una estrecha relación y por eso es que las fronteras entre ambos son más difíciles de delimitar<sup>33</sup>, siendo frecuentes las actuaciones pluriofensivas.

Sin perjuicio de las complejidades evidenciadas, debemos advertir que no podemos caer en el error de subsumir el derecho a la propia imagen dentro del interés protegido por el derecho a la intimidad o privacidad. Sin lugar a dudas hacerlo sería una solución fácil y rápida, pero tiene un inconveniente no menor, el cual radica en el riesgo de ir cercenando y eliminar el derecho a la propia imagen, negando a su vez que exista un valor a ella relacionado que debe ser tutelado *per se*. Así, si bien no podemos dejar de reconocer que existe una zona gris, donde ambos derechos llegan a confundirse en su objetivo de protección, ésta sólo puede ser percibida por contraste a otra más clara, donde podemos encontrar diferencias que permiten caracterizar a cada uno de estos derechos de manera separada: siguiendo a PFEFFER, podemos decir que ésta radica en que mientras la imagen se refiere a un aspecto externo del individuo, que se obtiene y reproduce sin su consentimiento, la intimidad o privacidad es la antítesis de esa externalidad<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> CONCEPCIÓN. *op.cit.* p. 77.

<sup>33</sup> José Ignacio PEÑA ARTERO. "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas." *Revista de Derecho Público*, Vol 63, p. 287.

<sup>34</sup> Emilio PFEFFER URQUIAGA. "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año VI 2000, N°1, p.46

### 3.

## EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN CHILE: DESDE SU PROPIETARIZACIÓN A SU RECONOCIMIENTO AUTÓNOMO

La protección del derecho a la propia imagen presente en Chile ciertas peculiaridades, derivadas de la inexistencia de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico y de las condiciones exigidas para el ejercicio de las acciones constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia chilena, viéndose limitada por el posible contenido protegido a través del recurso de protección, y con la finalidad de dotar de protección a este derecho vinculado a la esfera moral de la personalidad, ha subsumido los atentados que el derecho a la propia imagen puede sufrir dentro de otras hipótesis de afectación de derechos, se trate del derecho a la protección de la vida privada (art. 19 n° 4 CPol)<sup>35</sup>, del derecho a la protección de la honra (art. 19 n° 4 CPol) o incluso del derecho de propiedad sobre la propia imagen, argumentando que la imagen es una de las cosas incorporales sobre las cuales se tiene este derecho, en los términos en que la propiedad se encuentra garantizada en el artículo 19 n° 24 de la Constitución. Estas soluciones, si bien resultan prácticas, considerando los fines que se propone, presentan graves inconvenientes, desde el momento que contribuyen a la confusión existente sobre la existencia de un derecho autónomo a la propia imagen, y la delimitación de su contenido con el de otros derechos.

Con todo, la posición de la jurisprudencia chilena sobre el punto puede ser calificada de ambivalente, puesto que si bien no confiere una protección autónoma al derecho a la propia imagen (y no podría hacerlo, dadas las limitaciones formales que supone lo dispuesto en el artículo 20 CPol<sup>36</sup>), la ha reconocido como un derecho sobre la persona o de la

---

<sup>35</sup> En este sentido, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 16 de noviembre de 2005 resolvió que *“el derecho a la propia imagen se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la intimidad, pues versa sobre la protección de un ámbito privado, reservado para la propia persona y del que quedan excluidos los demás, con reserva de la voluntad de cada individuo para compartir dicho ámbito”*, agregando luego que la relación entre intimidad y protección de la imagen es más cercana y difícil de delimitar que la que existe entre vida privada y honor. En el mismo sentido, en un artículo recientemente publicado, la profesora LATHROP parte su análisis sobre el derecho a la propia imagen de los niños, niñas y adolescentes destacando que se trata de un derecho que está vinculado al derecho a la intimidad y al derecho al honor, pues todos ellos pueden resultar eventualmente lesionados, sea en bloque, sea separadamente, por un mismo acto vulneratorio, cuestión que pone en evidencia las conexiones que entre ellos existen. Fabiola LATHROP GÓMEZ. “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013, p. 931.

<sup>36</sup> El artículo 20 de la Constitución Política de la República contempla una acción constitucional denominada “recurso de protección”, la cual busca amparar de una manera expedita algunas de las garantías contempladas en el artículo 19 de la carta fundamental, frente a la actuación u omisión en que incurran particulares o el Estado, que implique de manera arbitraria o ilegal una privación, perturbación o amenaza de alguno de estos derechos, dotando a los tribunales de amplias facultades con miras a reestablecer el imperio del derecho



personalidad, como ocurrió en el caso pionero en la materia, “Caszely Carlos y otros contra Salo Editores Ltda.”, donde la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que el derecho a la propia imagen consistiría “*en la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente. El derecho sobre la propia imagen podría ser así una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo*”, agregando que “[...] *Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural o innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley*”<sup>37</sup>.

Sin embargo, a pesar de este primer intento de conceptualización, en este fallo la Corte decide rechazar el recurso interpuesto: de esta forma, no obstante este primer reconocimiento, el tribunal termina por desestimar la acción constitucional deducida, argumentando en su considerando 41° que “... *ese derecho sobre la propia imagen ofrece excepciones, justifican estas por no contravenir el fundamento que asiste, no otro que el respeto a la integridad moral de la persona o a su intimidad*”; de manera tal que en la práctica el derecho a la propia imagen sólo podrá ser protegido en el caso que exista una afectación del derecho a la honra o a la intimidad. Finalmente, la Corte descarta también en este caso conferir protección a los recurrentes por vía del derecho de propiedad, atendido el hecho que, no teniendo éste un carácter de derecho real ni personal, ni contar con un valor pecuniario, por tratarse de un derecho de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, resulta imposible afirmar la existencia de propiedad sobre él (considerando 43°).

Respecto de esta sentencia, hacemos nuestras las críticas formuladas por ANGUITA, considerando junto con el autor citado que el razonamiento de la Corte es equivocado, al no tomar en cuenta un elemento insoslayable, como es el hecho que la publicación del álbum con las imágenes de los futbolistas no puede considerarse amparado por la libertad de información, dado que su objeto no era informar al público sobre la selección nacional ni sobre un evento de importancia noticiosa, como el mundial, sino comercializar un producto que aprovechaba la imagen de los jugadores, cuestión que torna irrelevante el carácter de figuras públicas que pueden tener los futbolistas<sup>38</sup>: si bien el derecho a la propia imagen, al igual que el derecho a la honra y a la vida privada, posee umbrales más reducidos tratándose de figuras públicas, en particular cuando nos encontramos en presencia de una acción que pre-

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 5 de julio de 1982, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 9 agosto de 1982. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, pp. 368 y ss.

<sup>38</sup> En el razonamiento desarrollado por la Corte, el carácter público de los futbolistas es uno de los elementos considerados para negar lugar a la protección, cuestión que queda bien reflejada en el considerando 43°.

senta fines informativos, cuando se trata de su dimensión comercial la tutela entre personas privadas y públicas tiende a igualarse<sup>39</sup>.

Ahora bien, más allá de esta primera vía de protección del derecho a la propia imagen, y aunque carezca en Chile de un reconocimiento expreso en la Constitución o en alguna norma especial que trate orgánicamente la materia, como ocurre en Brasil, España, Portugal o Perú<sup>40</sup>, es posible encontrar algunas referencias normativas que expresan la intención del legislador de resguardar este derecho, como ocurre con las modificaciones legales introducidas los años 2003 y 2007 al Código del Trabajo, que incorporaron los nuevos artículos 145 letra l)<sup>41</sup> y 152 bis letra f)<sup>42</sup>; y del artículo 20 letra c) de la Ley de Propiedad Industrial, que hace referencia al *retrato de una persona* con la finalidad de establecer una prohibición de registro en materia marcaria.

Sin perjuicio de ello, los tribunales chilenos han debido conocer de casos en los cuales las personas afectadas han presentado acciones fundadas en un uso no autorizado de su imagen, las cuales han tenido como legitimados pasivos tanto a otros particulares como al propio Estado, sea mediante la vía que proporciona el recurso de protección y su acceso directo a las Cortes de Apelaciones, con el objeto que éstas adopten todas las medidas conducentes a la cesación del agravio; sea por vía de las acciones interpuestas ante los tribunales civiles, generalmente con el objeto de obtener un resarcimiento por la afectación del derecho por vía de las indemnizaciones de perjuicios, las cuales suelen comprender daños patrimoniales, incluido el enriquecimiento sin causa que experimenta el ofensor, como consecuencia del uso no autorizado de la imagen de un tercero, y daños morales.

En lo que concierne al recurso de protección, como hemos visto, debe destacarse el hecho que los primeros recursos referentes a esta materia fueron rechazados<sup>43</sup>, básicamente por considerar la Corte que el derecho a la propia imagen no se encontraba reconocido en

---

<sup>39</sup> Pedro ANGUIA RAMÍREZ, "Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981 – 2004): un intento de sistematización." Recurso electrónico, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/jurisprudencia.pdf> [revisado 18-01-2014]

<sup>40</sup> v. n. 17.

<sup>41</sup> Artículo 145-I.- El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda.

<sup>42</sup> Artículo 152 bis F.- El uso y explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas, por parte de sus empleadores, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, y en cada caso en que ésta deba ser utilizada, requerirá de su autorización expresa.

En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda.

<sup>43</sup> 18 de agosto de 1982, recurso de protección presentado por jugadores de la selección de fútbol contra una editorial de álbumes. Recurso de protección rechazado en contra del Diario La Cuarta por la inclusión no autorizada de imágenes de mujeres en traje de baño, en la portada del diario.

la Constitución y por consiguiente no estaba dentro del listado de derechos respecto de los cuales procede esta acción constitucional<sup>44</sup>. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha producido un cambio en la aproximación de la Corte a esta problemática, el cual se ha reflejado en el desarrollo de una jurisprudencia constante que ha acogido gran parte de los recursos: con este fin, la Corte ha evitado de pronunciarse sobre un reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen, procediendo a subsumir los conflictos que a su respecto puedan producirse dentro de la afectación de otros derechos que si legitiman para el ejercicio de esta acción, como son el derecho al honor, a la protección de la vida privada, o bien el derecho de propiedad, siendo este último el argumento más utilizado pues, como vimos anteriormente, la Corte ha indicado que cada persona tiene un derecho de propiedad sobre su propia imagen<sup>45</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de los fallos dictados por tribunales civiles, como se indicara precedentemente, las acciones intentadas buscan obtener una indemnización de perjuicios por el uso no autorizado de la imagen de los demandantes. Por su parte, las sentencias que acogen las demandas, en su mayoría se centran en el daño moral experimentado por el actor. Sin embargo, la ausencia de todo tipo de baremo o regla que permita cuantificar la indemnización ha traído como consecuencia que se fijen sumas sin mayor análisis de la prueba, o bien que éstas busquen antes dejar indemne el honor de una persona, más que proporcionar una compensación por la utilización de su propia imagen: este fue precisamente el caso que se produjo ante la demanda que interpuso una modelo profesional, cuya imagen había sido incluida sin su autorización en un reportaje sobre eyaculación precoz, el cual provocó que la actora fuera objeto de burlas y la pérdida de diversas posibilidades de empleo. Sobre este aspecto coincidimos con lo expresado por LARRAÍN, en el sentido que el daño moral es difícil de justificar desde el punto de vista de la sola vulneración a la imagen<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> v. n. 35.

<sup>45</sup> Causas Rol: 5.292-04 (Fallos del Mes N° 528, pp. 2.877-2.884) Causa Rol: N° 949-2008 Contra Ministerio de Planificación. Causa Rol: 35-2010 contra SERNATUR. Causa Rol: 2506-2009; Causa Rol: Rol N° 807-2011. Causa Rol: 6348-2002 contra Televisión Nacional.

<sup>46</sup> Cristian Andrés LARRAÍN PÁEZ, "Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño." *Estudios de Derecho Civil VIII*. Actas de las X Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 582

#### 4.

### **ELEMENTOS PARA UNA PROTECCIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD**

Como se adelantó al inicio de este trabajo, existen buenas razones que permiten justificar el que el derecho a la propia imagen goce hoy de un reconocimiento y tratamiento como derecho de la personalidad autónomo, razones que han sido proporcionadas por la doctrina, que ha logrado estructurar una delimitación propia de este derecho, la cual permite distinguirlo de los otros derechos de la personalidad. En este sentido, volviendo sobre lo ya señalado por AZURMENDI, debe destacarse que en el derecho a la propia imagen es posible distinguir un contenido material y un contenido inmaterial, siendo este último el de mayor trascendencia, puesto que se traduce en tres elementos que dicen directa relación con el elemento social que subyace a este derecho, como son la individualidad, la identidad y la reconocibilidad. En efecto, estos elementos expresan algo muy básico y evidente: para estar en presencia de un derecho a la propia imagen se requiere un “otro” que lo perciba. Sin el “otro” no es posible responder a la pregunta ¿Quién es?, punto de partida de la construcción de la imagen. De esta forma, dando un ejemplo, bien podríamos decir que un náufrago en una isla desierta tiene derecho a la propia imagen sólo en la medida que exista un otro que lo perciba. En caso contrario no podrá alegar que tiene un derecho a la propia imagen.

Sin embargo, es necesario realizar una precisión: el elemento de la reconocibilidad al que hemos hecho referencia no dice relación con el carácter de “popular” o “famoso” que pueda tener una persona. Por el contrario, éste se remite a un estándar básico de reconocimiento, fundado en la diferenciación que tiene en cuanto persona única e irrepetible que interactúa en un medio. En otras palabras, en la medida que la persona pueda ser reconocida como ella misma a través de los elementos que integran su imagen, se cumplirá con la condición de existencia de un derecho a la propia imagen, contando con la protección que le proporciona este derecho.

Con todo, lo señalado anteriormente sólo mira a la delimitación del contenido del derecho a la propia imagen y al reconocimiento de una necesidad de protección sobre los bienes por él tutelados. Queda todavía por responder a una segunda interrogante: ¿Cómo poder fundamentar normativamente esta protección, en el ordenamiento jurídico chileno? En este punto, no podemos dejar de considerar que la evolución en la protección de los

derechos de la personalidad, como lo afirma TAPIA<sup>47</sup>, se ha producido sobre la base de las normas constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, sirviendo el artículo 5 inciso 2° de la Constitución como regla general que permite incorporar en nuestro ordenamiento estos derechos y desarrollar por quienes están llamados a aplicar el Derecho su contenido. Efectivamente, nuestra Constitución Política hace un reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, teniendo el Estado la obligación de respetarlos, garantizarlos y promoverlos, sea que se encuentren reconocidos en las normas de Derecho internacional vigentes en la materia, o que su existencia resulte de la propia naturaleza humana, lo que significa en último término el concebir todo el sistema jurídico en razón de un fin de protección de la persona, exigiendo una subordinación de su contenido a los estándares que esta primacía de la persona impone.

En este sentido, la evolución normativa tiene que ir acompañada de una interpretación armónica acorde con la finalidad de protección de la persona, dando origen a una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales, teniendo como pilar fundamental la dignidad del ser humano. En este sentido, compartimos las palabras de NOGUEIRA, quien afirma que *“Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el minimum invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.”*<sup>48</sup>

Acorde con lo expuesto, NOGUEIRA MUÑOZ realiza una propuesta interpretativa que permite esta evolución en la protección dispensada por los derechos fundamentales<sup>49</sup>, sobre la base de lo establecido en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República y en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre normas de interpretación, disposición esta última que expresamente ordena que *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática*

<sup>47</sup> Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. p.83

<sup>48</sup> Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N°2, 2007, p. 247.

<sup>49</sup> Pablo NOGUEIRA MUÑOZ. *El derecho a la propia imagen. Naturaleza Jurídica y sus aspectos protegidos*. Ed. Librotecnia. Santiago. 2010. p.345.

*representativa de gobierno*”,<sup>50</sup> proporcionando de esta forma un sustento normativo que permitiría incluso tutelar el aspecto negativo del derecho a la propia imagen por vía de la interposición de un recurso de protección, siendo necesario el invocar alguno de los derechos señalados en el artículo 20 de la Constitución solamente con el propósito de salvar el examen de admisibilidad de la acción, sin que con posterioridad la Corte deba constatar una vulneración adicional a la afectación del derecho a la propia imagen.

De esta forma, de acuerdo a la evolución del derecho a la propia imagen, se podría sostener que en el ordenamiento jurídico chileno es un derecho implícito, cuyo reconocimiento y protección derivan del hecho de ser una expresión de la propia personalidad humana, fin último y sustento de todo nuestro Derecho, por lo que no sería necesario que se encuentre regulado explícitamente en la ley para poder dotarlo de protección. Sobre este punto, no debemos olvidar que la doctrina ha estimado que los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional<sup>51</sup>, toda vez que además se encuentran los derechos implícitos y los derechos contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, además de otras fuentes del derecho internacional, como el *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional. Precisamente, es el concepto de derechos implícitos el que nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el Derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental: ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional, lo que se encuentra acorde con un sistema de derechos humanos pleno, que ante posibles carencias normativas, exige integrar la protección de la persona extrayendo las reglas de los valores y principios que informan el sistema.

## CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la irrupción de la protección de los derechos de la personalidad en el Derecho civil ha significado un cambio de paradigma en la manera cómo éste se entiende, que ha pasado a centrarse marcadamente en la protección de la persona y de los derechos vinculados a su esfera moral, de manera tal que en la actualidad es imposible abocarse a cualquier estudio de las reglas que integran este sistema o de sus instituciones sin colocar a la persona como centro de reflexión. Por su parte las consecuencias de este cambio

---

<sup>50</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en línea en el sitio web: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf> última revisión 11-12-2012.

<sup>51</sup> TAPIA. *op.cit.* p.83

de paradigma no pueden ser circunscritas a un instante determinado. Por el contrario, esta nueva forma de comprensión del Derecho exige un replanteamiento continuo del propio estudio de los derechos de la personalidad, ampliando el catálogo existente, con la finalidad de incluir otros derechos hasta el momento no reconocidos expresamente, pero que tutelan bienes valiosos, susceptibles de ser afectados por el desarrollo de nuevas formas de interacción social: así, como una consecuencia del desarrollo de este fenómeno, podemos advertir el progresivo reconocimiento y protección autónomo que ha demandado el derecho a la propia imagen.

El reconocimiento de un derecho autónomo a la propia imagen, que forma parte integrante de los derechos de la personalidad, resulta una cuestión de toda lógica en el marco de un sistema como el descrito, por cuanto la evolución social hace que cambien las prioridades y los objetos de protección. Es así como el derecho a la propia imagen toma cada vez mayor relevancia, haciendo frente a los nuevos desafíos que se plantean frente al objeto por él protegido, en un desarrollo donde toma especial relevancia la introducción de las nuevas tecnologías<sup>52</sup>, con los riesgos que ellas suponen.

Pese a lo que se ha planteado, al momento de pretender afirmarse una protección autónoma del derecho a la propia imagen no es posible dejar de advertir un importante vacío legal en la materia en el Derecho positivo chileno, que a diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor o con el derecho a la intimidad, no lo contempla expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales reconocidos. Por esta razón, no es de extrañar que una de las principales vías para obtener la protección de este derecho haya sido recurriendo a la acción constitucional de protección, obviándose el problema de la autonomía, con la finalidad de obtener una tutela del bien protegido, aunque ello haya importado subsumir en la práctica el derecho a la propia imagen dentro del contenido del derecho a la honra, del derecho a la intimidad, o incluso, del derecho de propiedad. Este objetivo, si bien ha proporcionado una protección oportuna a las personas, ha dificultado un verdadero desarrollo en la comprensión de este derecho, lo que ha favorecido la confusión entre los objetos protegidos por cada uno de ellos.

Sin embargo, ninguno de estos hechos puede llevarnos a negar un reconocimiento o a privar a la propia imagen de protección. Por el contrario, este déficit normativo torna más relevante la labor del intérprete, quien recurriendo a una teoría general de los derechos de la personalidad, que reconozca como base la protección de la persona como fin del Derecho

---

<sup>52</sup> En efecto piénsese solamente en las redes sociales el tráfico minuto a minuto de información personal, en especial fotografías o videos de diversa índole, foros, *blogs*, páginas web, catálogos *online*, etc.

privado, acorde con el nuevo paradigma identificado, debe desarrollar los sustentos normativos necesarios para dotar de protección a este bien ligado a la esfera moral de la personalidad; siendo posible poder concluir que en nuestro ordenamiento se encuentran presentes todos los elementos necesarios para poder reconocer un derecho a la propia imagen de carácter autónomo. Como se expuso, en la actualidad existen elementos que permitirían que esta tutela sea obtenida en sede de protección. Queda todavía por ver cómo se desarrolla esta protección mediante la utilización de los mecanismos tradicionales y propios del Derecho privado, como son las acciones de indemnización de perjuicios.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Santiago Editorial Jurídica, 1998, Tomo I.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981 – 2004): un intento de sistematización. <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/jurisprudencia.pdf> [revisado 18-01-2014]
- ARAUZ CASTEX, Manuel. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires. Emp. Técnico Jurídica 1968, Tomo I.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la Propia Imagen: Su Identidad y Aproximación al Derecho a la Información*. Editorial Civitas S.A. 1997.
- COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo. Derecho Común más Antiguo (1500-1800)*. Fundación Cultural del Notariado, 1996, Tomo I.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente. *Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Actualidad, Madrid, 1994.
- DE CUPIS, Adriano. *I Diritti della Personalità*. Giuffrè Editore, Milán. Tomo I. 1959.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil Parte General*, 4ª Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000.



- ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la personalidad*. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2012.
- HERCE DE LA PRADA, Vicente. “El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión.” Volumen primero, Primera Parte. Id. vLEX: VLEX-279739 <http://vlex.com/vid/subjetivo-propia-imagen-caracteres-279739>.
- LARRAÍN PÁEZ, Cristian Andrés. “Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño.” *Estudios de Derecho Civil VIII*. Actas de las X Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 3, 2013, pp. 929-952.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito Fundamentación y caracterización.” *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N°2, 2007.
- NOGUEIRA MUÑOZ, Pablo. *El derecho a la propia imagen. Naturaleza Jurídica y sus Aspecto Protegidos*. Ed. Librotecnia 2010.
- ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1946.
- PEÑA ATERO, José Ignacio. “El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas.” *Revista de Derecho Público*. Vol 63.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” En: MEDINA, Cecilia *et al. Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago, Chile: Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales. Universidad Diego Portales, 1996. N° 6.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información.” *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año VI, 2000, N°1.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael. *Libertad de Expresión e Información Frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 1995.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*. Editorial Jurídica, 2005.

## SENTENCIAS

Causas Rol: 5.292-04 (Fallos del Mes N° 528, pp. 2.877-2.884)

Causa Rol: N° 949-2008 Contra Ministerio de Planificación.

Causa Rol: 35-2010 contra SERNATUR.

Causa Rol: 2506-2009: Causa Rol: Rol N° 807-2011.

Causa Rol: 6348-2002 contra Televisión Nacional