

El derecho a la propia imagen

por JOSE LUIS WICHT ROSSEL

INTRODUCCION

Los derechos de la personalidad tienen todavía escaso desenvolvimiento en las legislaciones. No falta desde luego, la protección al ser individual, pero es ejercida fundamentalmente por los medios que proporcionan el Derecho Penal y el Administrativo.

Por eso, Louis Josserand, en su ponderada obra "Derecho Civil", dice: "Los derechos de la personalidad son tan numerosos como sagrados... que necesitan de amplios desenvolvimientos... por ejemplo el derecho de oponerse a la reproducción o la exposición de su retrato o de su fotografía" (1).

He aquí el objeto de la presente tesis: esbozar el desenvolvimiento de uno de los más sagrados e íntimos derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen.

La imagen, siendo el signo característico de nuestra individualidad, no ha merecido todavía una acertada protección jurídica. Esto se debe a que el problema sólo aparece después del primer tercio del siglo pasado con la fácil captación y reproducción de las imágenes por medio de la fotografía instantánea.

En la actualidad, el perfeccionamiento de los medios fotográficos, por un lado, y el desmesurado desarrollo de la publicidad, de la información y el sensacionalismo, por otro, tienen a la imagen abandonada a la arbitrariedad, y a veces malsana, curiosidad pública.

Se hace, pues, de impostergable necesidad rodear a la imagen de todas las garantías suficientes. La realidad, como dice el doctor Ernesto Perla Velochaga, ha avanzado más rápidamente que la previsión del legislador y hay un derecho que busca su consagración por la legislación positiva. (2).

Quizás nuestro propósito resulte pretencioso. Comprendo que este

(1) Louis Josserand, "Derecho Civil", Tomo I, Bosch y Cía. Ed. Buenos Aires.

(2) Ernesto Perla Velochaga, "El Derecho a la propia imagen", Revista "Derecho", Universidad Católica del Perú, 1944. pág. 36.

modesto trabajo no logra satisfacerlo ampliamente. Se trata de una materia que nace y que todavía no ha adquirido la claridad y precisión de las ya estudiadas tras largos años de esfuerzos y discusiones doctrinarias; carece, además, de obras o tratados que la analicen en toda su complejidad, por eso nos hemos servido principalmente de artículos doctrinales aparecidos en prestigiosas revistas nacionales y extranjeras.

Sin embargo, pese a estas dificultades, hemos abordado el tema con la esperanza de que sembrada la inquietud, no faltarán estudiosos, que con su fecunda y autorizada pluma, precisen todos los alcances de este derecho y aboguen por su consagración definitiva en la ley civil.

Expreso mi reconocimiento al Dr. Ernesto Perla Velaochaga, bajo cuya dirección y consejo he llevado a cabo este trabajo.

CAPITULO I

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Sumario: 1.— Concepto. 2.— Terminología. 3. Caracteres. 4.— Origen
5.— Clasificación. 6.— Ubicación del Derecho a la propia imagen.

1.— Planiol y Ripert han definido la persona en los siguientes términos: "Se llaman personas en el lenguaje jurídico, los seres capaces de tener derechos y obligaciones" (1).

La persona es capaz de tener derechos porque posee una serie de bienes que deben ser debidamente resguardados por la ley.

Estos bienes de la persona pueden ser de diversa naturaleza. Hay bienes personales como la vida, el nombre, el honor etc.; bienes patrimoniales que se desenvuelven en la esfera de carácter económico que rodea a la persona; y bienes familiares y sociales, que representan el poder de la persona dentro de las organizaciones en que el sujeto se desenvuelve. Estos bienes dan nombre a los derechos que los protegen, así tenemos Derechos de la Persona, Derechos reales, Derechos de Familia, etc.

Ahora bien, la protección de la primera y más fundamental de estas categorías de bienes de la persona individual (vida, nombre, honor) se traduce en los llamados derechos de la personalidad.

Se llaman derechos de la personalidad porque garantizan el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros hállase indisolublemente ligado.

(1) Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo I, Personas, pág. 3. Ed. Cultural S. A. (La Habana).

Con otras palabras: "aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades" (2).

Messineo, destacado Profesor de la Universidad de Milán, distingue y tipifica claramente los derechos de la personalidad:

"En su lugar, se ha tratado de la persona y de sus diversos status; parecería que, tomados en consideración esos status, se hubiera dicho todo cuanto concierne a la persona. Pero, en aquel lugar, persona y status, se han representado como compenetrados entre sí, en el sentido de que no es posible distinguir entre la primera y los segundos por ser éstos meras manifestaciones o modos de ser de la primera; la condición de persona, de componente de la familia y de ciudadano, o sea los tres status tradicionales, no son entidades autónomas respecto a la persona de la cual emanan. Pero, mientras los status de componente de la familia y de ciudadano se agotan en sus manifestaciones inmediatas, cabe observar, en cuanto al status de persona, que existen también manifestaciones reflejas.

En efecto, existen poderes (o sea derechos subjetivos) que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona; de manera que, por consiguiente, se toman en consideración no tanto aquellos atributos, cuanto los derechos a ellos atribuidos; se ha operado algo así como una separación entre el status de persona y esos atributos; naciendo de ellos los correspondientes derechos subjetivos. Se perfilan así, los derechos (subjetivos) de la personalidad, los cuales están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y de la apropiación de aquellos atributos; y de este modo sirven para integrar la tutela de su individualidad. El status de persona, como cualidad jurídica, se convierte —así— en fuente de poder.

A veces, la indicada separación consiste —técnicamente— en el hecho de que algunos atributos de la personalidad (no la personalidad en sí misma) resultan objetivados y se elevan a la categoría de "bienes jurídicos", y, por tanto, a materia de correspondientes derechos subjetivos. De este modo surge un derecho a aquel atributo, o un poder sobre aquel atributo. Por ejemplo, el nombre, el pseudónimo, de manifestaciones del status del sujeto, se transforman en materia de correspondientes derechos subjetivos: derecho al nombre, derecho al pseudónimo, etc.

En otros casos, en cambio, la materia del derecho singular de la personalidad es algo que, ya de por sí y ab-origene es objetivado; y aquí es más fácil concebir la autonomía del correspondiente derecho subjetivo respecto de la persona. Por ejemplo, la imagen de la persona, el producto de la actividad intelectual, la

(2) José Castán Tobeñas, Los Derechos de la Personalidad, Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Julio-Agosto — 1952.

carta misiva, son de por sí "bienes". Y es fácil concebir que, respecto de estos bienes, surjan otros tantos derechos subjetivos (de personalidad).

Con el planteamiento así formulado, cae por su base la objeción, de que tanto se ha abusado, según la cual, la persona no puede ser, al mismo tiempo, sujeto y objeto; aquí el objeto no es la persona, sino un atributo suyo; y, además, es objeto no en cuanto conexo con la persona, sino en cuanto hecho materia de tutela jurídica, contra abusos o usurpaciones por parte de otros sujetos" (3).

2.—Conviene precisar claramente lo que entendemos por derechos de la personalidad. La expresión derechos de la personalidad no debe significar el derecho a ser persona, sino el complejo de facultades referentes a quien es persona. Admitir que el derecho de la personalidad es un derecho a ser persona, sería proclamar un derecho sobre cierta cosa que únicamente existe en virtud del derecho mismo.

Como muy bien expresa Ruiz y Tomás:

"No existe en sentido jurídico, un derecho de ser persona y, por consiguiente, mucho menos se puede hablar de él como de un derecho sobre la persona propia, pero en cambio, se conciben los derechos de la personalidad como un conjunto de facultades que tengan su punto de arranque en la persona" (4).

Este conjunto de facultades se haya constituido por los denominados derechos esenciales de la persona, entre los que se encuentra, como veremos más adelante, el que da materia a la presente tesis.

3.— De esta nota fundamental de derechos esenciales de la persona que ostentan los derechos de la personalidad, se desprenden los caracteres que se atribuyen a los mismos.

A) Son derechos originarios o innatos, es decir, se adquieren simplemente por el nacimiento, sin necesidad del concurso de medios legales de adquisición.

B) Son, en principio derechos subjetivos privados, ya que corresponden a los individuos como simples seres humanos y se proponen asegurarles el goce del propio ser, físico y espiritual. Sin embargo se ha de tener en cuenta, de un lado, que alguno de esos derechos de la personalidad, en ciertos aspectos, pueden también ser clasificados entre los derechos subjetivos públicos y, de otro, que los derechos de la personalidad, aún cuando sean fundamentalmente derechos privados, participan de elementos públicos, como sucede también con los derechos de familia, por lo que la mayor parte de estos dere-

(3) Francisco Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954. Tomo III, págs. 3 y 4.

(4) Pedro Ruiz y Tomás, Ensayo de un estudio sobre el Derecho a la propia imagen. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1931.

chos son a la vez deberes.

C) Son derechos absolutos o de exclusión, en el sentido de su oponibilidad erga omnes. No son en cambio absolutos en cuanto a su contenido, pues, están condicionados por las exigencias de orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.

D) Son derechos personales, o más propiamente, extrapatrimoniales:

"Escapa de los derechos de la personalidad, cualquier contenido de orden patrimonial; se trata de poderes inherentes a bienes en los cuales consiste la que suele llamarse la personalidad moral (ética), la cual, respecto de esos derechos es en la mayoría de los casos, el sustrato y el presupuesto" (5).

Su carácter extrapatrimonial no obsta para que la lesión producida pueda dar lugar a consecuencias patrimoniales, por la vía de la reparación del daño, por ejemplo.

La lesión de los derechos de la personalidad se manifiesta en un daño a la persona, pero asume los contornos del que se ha llamado daño no patrimonial.

Alfredo Solf define el concepto de daño no patrimonial en los siguientes términos:

"Daños no patrimoniales son aquellos que causan quebrantos de orden moral, sin perjuicio de que puedan o no causar menoscabo de orden económico" (6).

Solf clasifica, luego, los daños morales en tres clases: **daños morales directos**, **daños morales indirectos**, **daños morales reflejos**. Al tratar de los **daños morales directos**, es decir, sobre la persona como individuo indica que son aquellos que atentan contra los derechos de la personalidad. Entre ellos menciona el derecho a la propia imagen:

"La pintura y el dibujo de la persona no pueden ser objeto de apropiación ni de tráfico sin la autorización del interesado. El desarrollo de la fotografía y la colosal difusión de la prensa han exigido que se considere como ataque a la personalidad la impresión o reimpresión de una persona, sea o no con fines comerciales" (7).

Esta compensación o reparación al daño moral producido no quiere decir, como muy bien destaca el Dr. Alfredo Orgaz, catedrático de la Uni-

(5) Francesco Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 4.

(6) Alfredo Solf García Calderón, "Daño Moral", Lima, 1945 Ed. Lumen. Pág. 27.

(7) Alfredo Solf García Calderón, op. cit. Págs. 37 y 38.

verdad de Córdoba, "poner precio" al dolor, al honor, a los sentimientos, etc. No se trata de una retribución, puesto que nada de ello puede tener verdaderamente precio; se trata más bien de una "compensación" ofrecida a quien ha sido lesionado en su salud, en su integridad física o moral (8).

E) Son, además, inherentes a la persona, y como tales intransmisibles.

F) Son, finalmente, por razón de su misma nota de esencialidad, irrenunciables e imprescriptibles.

Messineo resume así los caracteres de los derechos de la personalidad:

"De aquí, las características de los derechos de la personalidad; los cuales, si bien no son reales, son todos absolutos (e implican para los terceros un deber general de abstención; en el que se concreta el respeto y la salvaguardia de ellos); y son también indisponibles, intransmisibles al heredero (aunque comunicables), irrenunciables, no susceptibles de adquisición por virtud de posesión (aún continuada), imprescriptibles, inexpropiables, y no susceptibles de estimación pecuniaria. Se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derechos (persona); y casi todos ellos nacen y se extinguen con la persona" (9).

4.—Como acertadamente señala el Prof. Messineo:

"Los derechos de la personalidad constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos; y son una conquista de la ciencia jurídica del último siglo" (10).

De allí que en la antigüedad sea difícil encontrar una consideración sistemática de los que hoy llamamos derechos de la personalidad.

En Roma se hallan manifestaciones aisladas, directas o indirectas, para proteger la personalidad individual, como la *actio iniuriarum*, por ejemplo, pero no un conocimiento preciso y concreto de esta clase de derechos. Y no es extraño, que así haya sido puesto que en ese entonces el hombre podía ser esclavo, siervo, cosa.

La persona humana permaneció así disminuída y degradada hasta que el catolicismo le recordó la dignidad de su origen y la excelsitud de su fin.

Acertadamente dice Luño Peña que:

"El Cristianismo representa y constituye la más solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal que implica la

(8) Alfredo Orgaz, "Estudios de Derecho Civil", Tip. Editora Argentina, Buenos Aires, págs. 129 y 193.

(9) Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 4.

(10) Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 5.

igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas, individuales y sociales" (11).

Con su autorizada y elegante palabra, Legaz y Lacambra expresa también como el Cristianismo sentó la base moral indestructible sobre la que había de alzarse el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual:

"La idea filosófica de la persona tiene un origen claramente cristiano. En el lenguaje de los griegos la voz persona no tiene aplicación en la filosofía; aquí no hay nada que signifique lo que nosotros llamamos persona. El griego jamás antepuso con valor al verbo ser el yo, haciendo de semejante sentencia fundamento ni de la religión ni del filosofar. Fue Cristo quien dijo de sí que "Yo soy el Camino, la Verdad y la Vida", sintentizando en unidad de persona real, viviente, esa afirmación de suprema vida interior, absoluta independencia, imposible para el Ente de Parménides o la Idea del Bien de Platón, y haciendo posible en programa concreto, personal, histórico, real, la función de verdad, camino y vida en unidad de persona" (12).

En la Edad Media se reconoce que en el hombre y no en el Estado o en cualquier otra entidad, radicaba el fin del Derecho. Sin embargo, no sintió, durante siglos, la necesidad de dar un relieve muy destacado a los derechos naturales de la persona.

Es en las postrimerías, y sobre todo con ocasión del Renacimiento, cuando se fue experimentando la conveniencia de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos, y van apareciendo las construcciones jurídicas en las que había de encarnar esta aspiración.

Las más importantes de estas construcciones que exalta los derechos de la personalidad, es la de los llamados derechos naturales o innatos que patrocinó, a partir del siglo XII, la Escuela del Derecho Natural, considerándolos como aquellos derechos que son connaturales al hombre, nacen con él; corresponden a su naturaleza, están indisolublemente unidos a la persona y son, en suma, preexistentes a su reconocimiento por el Estado.

En igual sentido, pero con distinta denominación, el Derecho Privado de hoy admite la existencia de unos derechos que se ejercitan sobre la propia persona o sus cualidades o atributos, asegurando el goce de nuestros bienes internos, de nuestras energías físicas y espirituales.

La historia es testigo de la ardua lucha que soportó el hombre por la conquista de sus propios derechos. Más de una de sus páginas puede decirnos en el lenguaje trágico de la muerte, el número de vidas que costó a la humanidad la cristalización de tan legítimo y noble empeño. Pero no en vano

(11) Luño Peña, Derecho Natural, Barcelona, 1947, pág. 342.

(12) Legaz y Lacambra Luis, La noción jurídica de la persona y los derechos del hombre. Revista de Estudios Políticos, Madrid, Año XI, Nº 55.

se derramó sangre y se sacrificaron vidas. Hoy el hombre del mundo libre sabe que su vida, su propio cuerpo, su integridad física, su libertad, su honor, etc. están universalmente reconocidos y amparados.

5.—Respecto a la extensión o, mejor dicho, al contenido de los derechos de la personalidad, los autores no están de acuerdo.

Algunos tratadistas reputan único el derecho de la propia persona y lo definen diciendo que es el derecho al goce y uso exclusivo de los bienes personales de las fuerzas del cuerpo y del espíritu.

Nosotros creemos indispensable distinguir según los diversos aspectos de la persona que se consideren y según las varias direcciones que puede tomar la actividad humana.

Así, la mayor parte de autores suelen reconocer como derechos de la personalidad: el derecho a la vida y al propio cuerpo, a la integridad física, a la libertad, al honor y a los signos distintivos de la personalidad, como el nombre o un título nobiliario por ejemplo.

Otros autores van más allá y en cada uno de los grupos mencionados especifican los derechos particulares correspondientes. Castán y Bolaños, a quien seguimos en este punto, menciona la clasificación de De Cupis, que es la siguiente:

"I) Derecho a la vida y a la integridad física:

- 1) Derecho a la vida;
- 2) Derecho a la integridad física; y
- 3) Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.

II) Derechos a la libertad.

III) Derecho al honor y a la reserva:

- 1) Derecho al honor;
- 2) Derecho a la reserva (comprendiendo, además de otras manifestaciones, **el derecho a la imagen**).
- 3) Derecho al secreto.

IV) Derecho a la identidad personal:

- 1) Derecho al nombre (comprendiendo el sobrenombre, el pseudónimo y los nombres extrapersonales);
- 2) Derecho al título; y
- 3) Derecho al signo figurativo.

V) Derecho moral de autor (y del inventor)" (13).

Otros autores distinguen entre los derechos personales, los derechos políticos y los derechos civiles. Los primeros son aquellos por virtud de los

(13) Castán y Bolaños, op. cit. pág. 25.

cuales se concede una participación en la dirección y gestión de los asuntos nacionales a los diferentes individuos, concesión hecha exclusivamente en atención a la condición de ciudadanía. Los segundos, constituyen la esfera de actividad que el derecho subjetivo atribuye y garantiza a cada individuo y que se concede en principio a todas las personas sin considerar otra circunstancia que la de la existencia de tal personalidad.

Castán y Bolaños cita en su concienzudo trabajo, las clasificaciones de Regelsberger, de Gierke, de Gauli, y de Martín Ballesteros (14).

El profesor Messineo cita: el derecho al apellido (nombre, pseudónimo, título nobiliario y emblema); derecho al propio cuerpo; derecho a la imagen, a la reserva, al decoro; derecho sobre las cartas misivas; derecho al secreto epitolario; derecho personal del autor (15).

Ruiz y Tomás señala dos grandes categorías de derechos de la propia persona, según se haga referencia a la persona física o a la parte inmaterial de la persona. Concretando, cita en la primera categoría la distinción de Campogrande que admite como derechos de la propia persona: el derecho sobre el honor, nombre, imagen y los derechos de autor; y en la segunda, la clasificación de Sternberg quien destaca en calidad de derechos subjetivos sobre bienes espirituales: el derecho a la vida, integridad corporal, salud, protección de los nervios y de la vida espiritual, imagen, vida privada, conservación y desarrollo, libertad, libre actividad industrial, nombre y emblemas, derechos de autor e inventor, derechos sobre muestras y modelos y el derecho de editor como derivante de la cesión del mismo por parte del autor. Termina Ruiz y Tomás situando el derecho a la imagen dentro de los derechos que tienen por objeto la parte inmaterial de la persona (16).

6.— En lo que a nuestro tema interesa, podemos apreciar como todas estas clasificaciones de los derechos de la personalidad, consideran el llamado derecho a la propia imagen.

La moderna doctrina italiana (Barassi, *Instituzione Derecho Privado*, 1940, p. 66; Bonini, *Delle Persone*, 1940, p. 7; Degni, *Le persone fisiche*, 1939, p. 200, etc.) estudia el derecho a la imagen dentro de los derechos de la personalidad.

Concretamente, Degni, además de clasificarlo así, lo estudia dentro de la subespecie de los derechos a la integridad física, tales como derechos sobre el propio cuerpo, derecho sobre el propio cadáver, etc.

Los civilistas modernos (De Castro, Enneccerus, V. Thun etc.) incluyen también el derecho a la imagen entre los llamados derechos de la personalidad.

Y ésto es lógico que así sea. La imagen es parte íntima de nuestra persona: es el signo característico de nuestra individualidad, es la manifestación exterior de nuestro yo; mediante ella ejercitamos sobre las personas con las que estamos en contacto los sentimientos varios de la simpatía, de

(14) Castán y Bolaños, op. cit. págs. 23 a 27.

(15) Messineo, op. cit. Tomo III, págs. 6 a 25.

(16) Ruiz y Tomás, op. cit. pág. 45.

la indiferencia o incluso de la antipatía; ella constituye con mucha frecuencia la causa principal de nuestro éxito o fracaso en la vida.

Nuestra tesis saldría de los límites impuestos por su título si se extendiera a considerar en toda su amplitud el difícil e interesante problema de los derechos de la personalidad.

Hemos creído indispensable dedicar este primer capítulo a esbozar brevemente los derechos de la personalidad con el exclusivo fin de ubicar el derecho específico que nos ocupa, es decir, el derecho a la propia imagen.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Sumario: 1.— Concepto. 2.— Naturaleza. 3.— Características y diferencias: imagen y nombre; imagen y cuerpo; la caricatura.

Lograda la ubicación del derecho que nos ocupa, corresponde ahora estudiarlo en lo que es en sí.

1.— Ante todo, se debe entender jurídicamente por imagen, la representación sensible de la persona humana. Imagen viene del latín *imago*, *imaginis*, que significa figura, representación, apariencia de una cosa.

Llámase derecho a la imagen, el que una persona tiene a su propia manifestación exterior.

Más concretamente, el derecho sobre la imagen consiste: "en la facultad de la persona de gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás" (1).

El Profesor Messineo, dice:

"El derecho a la propia imagen (retrato) (aún en reproducción cinematográfica) pertenece a la persona en el sentido de que ella sola puede exponerla, publicarla o ponerla en el comercio; pueden hacerlo también los terceros, siempre que cuenten con el asentimiento expreso o tácito), de ella o, después de su muerte, con el asentimiento del cónyuge, del descendiente o del progenitor, salvo siempre el derecho de revocación de tal asentimiento". (2).

(1) Perla Veloachaga, Ernesto. El Derecho a la Propia Imagen. Derecho, Organó del Seminario de la Facultad de Derecho. Universidad Católica del Perú. Año 1944.

(2) Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 20.

O sea, pues, que este derecho implica para su titular la facultad de libre disposición, por un lado, y la de impedir que terceros reproduzcan, utilicen o exhiban su imagen, por otro. Y esto es lógico, puesto que así como a toda persona debe reconocérsele el derecho de exponerse al público cuando quiera, igualmente debe reconocérsele el derecho de prohibir que circule su propia imagen para ser vista permanentemente y por todos.

2.— Para precisar la naturaleza del derecho que nos ocupa, debemos despejar las siguientes incógnitas:

I) Sobre la imagen:

- a) ¿Qué relación existe entre personalidad e imagen?
- b) ¿La imagen es material o inmaterial?

II) Sobre el derecho a la imagen:

- a) Se puede concebir un derecho de propiedad sobre la imagen?
- b) Se trata de un derecho real o personal?
- c) Es un derecho innato o adquirido?
- d) El derecho a la propia imagen, es derecho público o derecho privado?
- e) Es admisible la enajenación del derecho a la imagen?
- f) El derecho a la imagen es transmisible "mortis causa"?

Cada uno de estos puntos ha sido ocasión de enconadas discusiones entre los tratadistas, si bien las posiciones adoptadas pueden reducirse a aceptar o rechazar el derecho a la propia imagen.

Para salvar este capítulo de una exposición extensa y árida, procuraremos ser lo más precisos posible.

Primer punto: relación entre personalidad e imagen. La relación entre personalidad e imagen ha sido materia de graves objeciones: Se ha afirmado 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 ve en otro objeto, luego no está en la persona.

Las consecuencias de esta teoría serían inadmisibles, ya que habría que admitir como consecuencia, que si el derecho sobre la propia imagen no es una parte del derecho sobre el cuerpo, el hombre sólo es dueño de su 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 de la personalidad.

Segundo punto: materialidad o inmaterialidad de la imagen. A los tratadistas se les presenta también la sugestiva cuestión de si la imagen es material o inmaterial. En Italia, por ejemplo, Romanelli, Ferrara y Campo-

grande defienden el criterio de su materialidad. Campogrande dice que la imagen es "quid" corpóreo y material que no resulta simplemente de un sistema de colores, rasgos y sombras, sino que es un conjunto de huesos, músculos y nervios de cuya particular disposición resulta la fisonomía.

En opuesto sector ideológico, no faltan escritores que hablan como Bartolomeo Dusi, de la imagen como una "misteriosa e quasi divina impronta dell'umana personalitá".

Verdaderamente hay en la imagen, como dice Ruiz y Tomás, un aspecto corpóreo y otro aspecto espiritual. De un lado es evidente que constituye, por así decirlo, la envoltura del cuerpo y en tal sentido debe participar de la naturaleza de éste; mejor aún, debe confundirse con ella. De otro lado no es únicamente determinada la imagen del hombre, como sienta Campogrande por un conjunto de huesos, músculos y epidermis. La psicología experimental nos muestra casos en que la mera contemplación de la figura humana ha permitido conocer la bondad o maldad del individuo, ya que cada uno de estos tiene características propias que permiten distinguirlo de sus semejantes.

Si bien reconocemos ambas categorías de factores para construir el concepto de la imagen humana, creemos que la importancia y preeminencia de los factores psíquicos que nos dan la explicación de la diferente sustancia de la imagen respecto al cuerpo, nos hace clasificar la calidad de la imagen como bien inmaterial de la persona. Esta es la opinión de los civilistas modernos de Castro, Ennecerus, Ruiz y Tomás.

Tercer punto: Se puede concebir un derecho de propiedad sobre la imagen? Algunos autores, enemigos del derecho a la propia imagen, le atacan en el sentido de no concebir la efectividad de un derecho de propiedad sobre la imagen. Sostienen su posición manifestando que el mero hecho de salir una persona a la calle, de intervenir en una manifestación o acto público, etc. equivale a una "publicatio" y cualquiera tiene el derecho de sacar libremente su retrato.

Nosotros creemos que sí existe un derecho efectivo sobre la imagen. De la circunstancia de salir un hombre a la calle públicamente y del derecho de cualquiera a retratarle, no se deriva lógicamente la negación del derecho de propiedad sobre la imagen. Por el contrario, revela el ejercicio de uno de los derechos inherentes a la propiedad, cual es el uso.

Cuarto punto: Se trata de un derecho real o personal?

Los que afirmaban que la imagen no está en el sujeto sino en el espejo que la reproduce, en la retina o en la placa fotográfica, califican naturalmente de real el derecho a la imagen.

Es lamentable la confusión de estos autores entre la propiedad de la imagen y la de los objetos que la reproducen. La imagen tiene un origen personalísimo que se advierte en la mera contemplación de su naturaleza.

Quinto punto: Es un derecho innato o adquirido?

Desde un punto de vista filosófico, todos se hallan de acuerdo en que la imagen es algo que no se puede apartar del hombre al que acompaña desde la cuna hasta el sepulcro.

En cambio, desde un punto de vista jurídico, ya surgen los desacuer-

dos. Para algunos autores ningún derecho es innato, sino que todos son adquiridos. La Escuela del Derecho Natural, defiende la existencia de derechos innatos, en su calidad de algo inherente al hombre por el mero hecho de serlo y que están impresos en su naturaleza, subsistiendo con independencia de su reconocimiento legal.

Creemos que se trata efectivamente de una facultad natural, pero que requiere su consagración en el ordenamiento jurídico para ser reputada como facultad jurídica.

Sexto punto: El derecho a la propia imagen, es un derecho subjetivo público o un derecho subjetivo privado?

Algunos autores sostienen que el derecho a la imagen no tiene el carácter de privado, por dos razones: porque de él no hablan las leyes civiles; y porque en todo caso sancionarían los preceptos penales las ofensas dirigidas a la persona por cualquier medio hablado o escrito y, por consiguiente, aquellas que la hieran merced a la reproducción de su imagen.

Creemos que esta manera de pensar carece de fundamento. En el derecho a la imagen, es cierto, hay ataques que constituyen un delito típico, que será de competencia del derecho penal, pero también median roces de mucha menos gravedad susceptibles de cancelarse haciendo efectiva la responsabilidad civil. Además, como anota muy bien Ruiz y Tomás, la naturaleza de la norma que sanciona la violación de un derecho no imprime a éste su mismo carácter, siendo muy frecuente el caso de que se castiguen con pena pública las conculcaciones de derechos privados.

Siendo la misma persona como tal, el sujeto típico del derecho privado, difícilmente se concebiría que no figurase en el campo privado una de las más inmediatas exteriorizaciones de la personalidad.

Considerando el derecho a la imagen en el estadio del derecho privado, cabe preguntarse si se trata de un derecho subjetivo público o de un derecho subjetivo privado.

Atendiendo a la diferencia que Cicu establece entre los derechos subjetivos privados y los derechos subjetivos públicos, diciendo que los primeros se "atribuyen" y los segundos se "reconocen", Ruiz y Tomás afirma que ante el derecho a la imagen nada es capaz de atribuir ni de crear el Estado porque la naturaleza ha realizado su obra y aquel no puede hacer otra cosa que reconocerla como hecho evidente y proporcionarle adecuada protección jurídica.

Ruiz y Tomás no encuentra incompatibilidad entre derecho subjetivo público y derecho privado. En el derecho privado, afirma el prestigioso maestro español, se mueven derechos públicos como privados subjetivos, y su diferencia estriba, en que mientras los primeros son fruto del reconocimiento del Estado, los segundos los son sólo de su atribución.

Séptimo punto: Es admisible la enajenabilidad del derecho a la imagen?..

Es posible que concepciones jurídicas (que se caracterizan por su excesivo materialismo) al mismo tiempo que consentían la venta del hombre como esclavo, aceptasen una privación parcial de su libertad en lo que se refiriese a su imagen; sin embargo, tal caso específico fue incapaz de darse, porque no podría concebirse otra sujeción física que la que compren-

diera la totalidad de las prestaciones y rendiciones del hombre, y así se explica, por ejemplo, que quien tuviese una mujer como esclava, pudiera obtener y reproducir su efigie de la misma manera que le asistía el derecho para matarla.

Hoy, a la inversa, se ha presentado tal problema con toda realidad, siendo indispensable resolverlo.

En efecto, el hombre, no puede ser ya enajenado, ni en su totalidad, ni en sus partes, ni siquiera en sus actividades, porque ello equivale a reducirlo a la condición de esclavo. He aquí la causa de que el derecho a la imagen, como tal derecho, no sea enajenable.

Alguien, tal vez, nos objete diciendo que la vida práctica ofrece constantes manifestaciones de ejercicio de la facultad de disponer de la imagen como si fuese un derecho de propiedad.

Creemos, que el hombre no es capaz de vender su imagen con la autonomía e independencia con que enajena un fundo rústico o urbano de su propiedad. Por lo menos falta la posibilidad de separarse de la imagen de la misma manera con que se desliza del fundo.

En la imagen sería absurdo suponer su enajenación, ya que constituye algo inseparablemente unido a la persona por el mero hecho de serlo, ni son alienables las facultades que derivan del derecho a la imagen, sino que sólo se puede disponer de las concretas consecuencias de tales facultades. Así, por ejemplo, el modelo que brinda su imagen exclusivamente para la ejecución de un busto, puede impedir que la reproducción obtenida sirva al artista para otras finalidades. Pero esto no quiere decir que en el caso de observancia rigurosa de lo estipulado se halle perpetuamente ligada la persona representada, ya que puede revocar su consentimiento, abonando la oportuna indemnización.

Octavo y último, punto: El derecho a la imagen, es transmisible mortis causa?.

Si acabamos de sentar que la imagen ni jurídicamente ni físicamente es separable de la persona, parece innecesario preguntarnos si es transmisible mortis causa. Sin embargo, como algunas legislaciones reconocen a los herederos del representado el derecho de oponerse a la difusión de la figura del difunto, es oportuno precisar a qué responde tal criterio.

Entre los herederos y sus causantes existe una solidaridad que permite entender por qué las ofensas dirigidas al difunto, mediante la publicación de su imagen, alcancen también a sus herederos. Debemos advertir, como acertadamente dice Ruiz y Tomás, que los herederos no pueden ejercer en toda su amplitud y derivaciones, los derechos de la propia persona del causante, sino solamente en alguna resultancia aislada, casi siempre moral y excepcionalmente patrimonial.

3.—Determinada la naturaleza del derecho a la propia imagen, es preciso distinguirlo de los otros derechos de la personalidad con los cuales ha sido frecuentemente confundido.

Algunos autores y no pocas legislaciones, en base a la analogía

que existe entre imagen y nombre, han tratado de aplicar las normas establecidas para la protección del nombre al derecho a la imagen.

Así tenemos que en Alemania, el art. 4º de la Ley 3975, equipara el derecho al nombre con el que cada uno tiene al propio retrato, y evita así las posibles dificultades a que daría lugar la ausencia de un texto expreso de derecho positivo.

Es innegable que entre imagen y nombre existen evidentes similitudes, en cuanto permiten precisar e individualizar a las personas. En la práctica esta similitud o equivalencia de nombre y retrato se estrecha cada vez más. Así en los documentos de indentificación, como las libretas de inscripción 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 el retrato del solicitante, adherido al margen del escrito.

Sin embargo, 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 no, a pesar de los adelantos de la cirugía estética.

En una atinada comparación el Dr. Perla dice:

"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)." (3)

Una diferencia, aunque muy sutil, es la que distingue la imagen del cuerpo. La imagen tiene algo de espiritual. Como dijimos al tratar de su naturaleza, la imagen no es sólo la reproducción de los rasgos físicos de una persona, sino que además refleja algo de la manera de ser.

En su infancia todos los derechos se han caracterizado por medio de signos materiales. El derecho a la imagen comenzó, en efecto, siendo objeto de una concepción sensible y corpórea; posteriormente, sucesivas evoluciones, lo han espiritualizado en su concepción jurídica, pues, como acontece siempre en las varias elaboraciones doctrinales, el hombre también aquí ha pasado de lo concreto a lo abstracto.

Al tratar de precisar el concepto jurídico de imagen, surge la siguiente interrogación: ¿la caricatura de una persona está también comprendida en aquel?. Las opiniones son diversas. Se dice que en este caso ya no se trata de una representación de la persona como es, sino tal como la ve el humorista o el caricaturista. Discrepamos de esta concepción. En nuestra opinión, la razón y el fundamento del derecho a la propia imagen es la identificación de la persona, y si la caricatura identifica a la persona, no hay razón para excluirla del imperio de la ley.

Como muy bien dice el Dr. Perla:

(3) Perla Velaochaga, Ernesto, op. Cit. pág. 35.

"Sucede así con las caricaturas respecto al derecho de 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 otros". (4).

CAPITULO III

BREVE RESEÑA HISTORICA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Sumario: 1.—Derecho Romano. 2.—Edad Media y principios de la Moderna. 3.—Crisis por la que atraviesa este derecho en la actualidad.

Una reseña histórica acerca del derecho que el individuo tiene sobre su imagen, ha de ser necesariamente breve, dado que se trata de una institución relativamente moderna, ya que en la antigüedad era sumamente difícil la reproducción de los rasgos fisonómicos de una persona.

El hábito de buscar en el Derecho Romano el antecedente de todas las cuestiones legales, ha ocasionado, seguramente, que se considere el "jus imáginis" como una forma del derecho a la imagen. Pero esto es erróneo. El jus imáginis era un privilegio concedido a determinados nobles y que consistía en la facultad de conservar en el atrium y exponer en destacadas ceremonias los retratos de los antepasados que desempeñaron magistraturas curules. Las imágenes eran pinturas, estatuas, bustos de mármol o de bronce, con frecuencia de cera pintada, y ejecutados estos últimos mediante una impresión directa del rostro del difunto. Este privilegio, que en un comienzo fue exclusivo de la nobleza, se extendió más tarde a la plebe por haberse hecho aquellos cargos accesibles a los miembros de esta clase. Conocida esta institución se aprecia claramente que es ajena a nuestro tema.

En la Edad Media y principios de la Moderna, tampoco se presentó la necesidad de proteger la imagen. El problema desde luego se conocía, pero nadie se ocupaba de él, debido a la poca difusión de los medios de reproducción. La pintura y la escultura en esta época se verificaban sólo por comisión y, por ello, no se concebían las reproducciones subrepticias. Para reproducir era necesario recurrir a una nueva pintura o modelado, lo cual, a su vez, reclamaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causahabientes, y sólo se podía dar el caso, por lo que atañe a las lesiones contra el respeto al efigiado, improbable de estar aquellos en poder de un extraño o de haber sido sustraídos fraudulentamente. De todas maneras, la ofensa perdía gravedad y no significaba un verdadero peligro social, dado, pues, el escaso alcance difusivo del retrato por las pocas reproducciones legi-

(4) Op. cit. pág. 33.

firmas o ilegítimas que de él podían hacerse. Sin embargo, aún prescindiendo de la gravedad cuantitativa, es decir, de la que atiende al número de las copias sacadas y fijándonos únicamente en la cualitativa, que hace referencia a lo que en el retrato haya de indiscreto, tampoco tenía importancia la cuestión, porque en tales retratos solía presentarse el titular o los titulares con la seriedad propia de una obra que debía reservarle el afecto y veneración de sus descendientes.

Entretanto, pues, no existió un riesgo serio de lesionar la personalidad por medio del abuso de la imagen ajena, ni se sintió la falta de regular, el derecho que nos ocupa.

Después del primer tercio del siglo pasado fué posible la fácil captación y reproducción de las imágenes por medio de la fotografía instantánea. Desde este momento empieza a surgir el problema y a hacerse más sentido cuanto más se perfeccionan los medios de reproducción y difusión.

En la actualidad estamos frente a un verdadero peligro social. El perfeccionamiento de las cámaras fotográficas ha sido tan extraordinario que hoy es posible obtener las imágenes en cualquiera lugar y tiempo con mecanismos tan diminutos y disimulados que muchas veces adquieren la forma de un botón, de un encendedor o de una simple flor en el ojal.

Agravan el problema, el desmesurado desarrollo del sensacionalismo periodístico y la incontenible curiosidad pública, que da mayor acogida y mejor éxito económico a las publicaciones que ofrezcan novedades y primicias, de cualquier índole que sean.

La imagen está, pues, a merced de las indiscreciones e intereses de cualquiera. El hombre está convertido en un objeto de exhibición y de explotación.

Las víctimas de estos censurables atropellos han empezado a tocar las puertas de los tribunales de justicia en demanda del reconocimiento y protección de un derecho que como ningún otro les es más íntimo y característico de su individualidad.

Este llamado tiene que encontrar respuesta.

CAPITULO IV

LIMITES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Precisado, en el capítulo anterior, el concepto, naturaleza, caracteres, etc. del derecho que nos ocupa, toca ahora abordar el delicado problema de sus límites.

Resulta tarea delicada y difícil tanto por rozarse con la Moral, como por ser casi imposible establecer vallas precisa al ejercicio de un derecho. Las acciones humanas son tan variadas en sus intenciones y efectos, y, por otro lado, varía tanto el grado de sensibilidad íntima que cada persona puede tener para sentirse herida en su dignidad y modestia, que parece

inútil pretender uniformar y encajar circunstancias tan variadas e imprevisibles dentro de los linderos de un articulado de principios.

Sin embargo es necesario hacer esta tarea. Contra la institución jurídica que propiciamos se alza poderosa la fuerza del periodismo y la presión del público en su afán de conocer la imagen y la vida de las personas con las cuales se vive en sociedad. Hay que tener en cuenta que este interés del periodismo y del público es legítimo, puesto que desde que se vive en sociedad no se puede pretender un aislamiento tal que nadie sepa quién es fulano ni quién es sutano.

Frente a estos intereses, del efigiado y del público, que parecen contradecirse, surge la necesidad, pues, de saber desde qué momento resulta ilícito el uso de la imagen, por más que el periodismo o el público se sientan con pleno derecho a perforar la intimidad de los demás.

Los tratadistas han opinado diversamente sobre este punto.

Amar apoya un derecho absoluto sobre la propia imagen, facultando al efigiado a impedir, por cualquier medio que sea, la reproducción de sus rasgos.

Keyssner, partidario como Amar de una protección absoluta del derecho a la imagen, comprensiva incluso de la legítima defensa, sostenía que si alguien quería, por sorpresa y contra nuestra voluntad, hacernos una fotografía, podríamos llegar a romper la máquina en la cabeza del fotógrafo. (1).

Frente a la posición radical de Amar y Keyssner, Rosmini reduce la extensión del derecho a la imagen a un marco tan estrecho que viene a anularlo prácticamente. Para Rosmini, sólo se puede ejercitar el derecho a la imagen cuando su publicación o difusión irroguen un perjuicio directo o indirecto. De manera gráfica pretende demostrar su criterio acerca de que, aún admitiendo el derecho sobre la propia imagen, éste no deberá gozar de una extensión tutelar superiores a aquellas de que disfrutaban los otros derechos de propiedad, y razona así: "Supongamos un caso de propiedad sobre bienes inmuebles, verbigracia, el de dominio de una villa, el jus utendi et abutendi del amo de la villa no va tan lejos que impida sacar sus naturales bellezas a un pintor" (2).

En principio, somos enemigos de adoptar soluciones radicales, de suerte que no estamos ni con los autores que prohíben toda captación de la imagen de una persona sin su permiso, ni con aquellos que dando consideración y rango de derecho a la simple curiosidad pública, dejan indefensa a la persona contra los ataques que velada o arbitrariamente se le pueden dirigir por medio de su imagen.

Esta posición ecléctica nos permite armonizar el derecho de la persona a su propia imagen y el legítimo interés del público a participar en la vida de las personas con las cuales se vive en sociedad.

Hecha esta salvación, ensayaremos un criterio amplio y flexible de tutela del derecho a la imagen.

En principio, correspondiendo a la persona el derecho de su imagen,

(1) Castán y Bolaños, Op. cit. pág. 55.

(2) Ruiz y Tomás, Op. cit. pág. 94.

hace falta su consentimiento para poderla reproducir o exponer, pero este consentimiento puede suponerse tácitamente concedido, si la reproducción o exposición es a todas vistas inofensiva.

Hemos hablado de reproducción y exposición. Veamos, primero, concretamente, la reproducción.

Creemos que la simple obtención de la imagen humana no debe prohibirse por la sencilla razón de que no perjudica a su titular. De lo contrario, tendrían que sufrirse las exageraciones y caprichos del retratado. Además de que como muy gráficamente dice Ruiz y Tomás (3), la ley no se podría introducir en los objetivos de los Kodaks ni en las reconditeces de los laboratorios y aún en los domicilios privados, para percatarse de las fotografías sacadas subrepticamente.

Ahora bien, cuando no se limite el fotógrafo o el aficionado a obtener el retrato, sino que lo expone o difunde, por periódicos, escaparates, revistas, actualidades cinematográficas, etc. sí puede y debe intervenir la ley y apreciar si se produjo daño o no al efigiado.

Y para esta labor de apreciación, siendo infinitos los casos que pueden presentarse, sólo el Juez, según las circunstancias de cada caso concreto, juzgará la legitimidad o ilegitimidad de la exposición o difusión.

El Juez averiguará si se trata de un exceso de histerismo o de sensibilidad patológica la que lleva al efigiado a impedir la publicación de su imagen, o, si por el contrario, se trata de una injusta y malsana actitud del autor de la reproducción o difusión.

En este segundo caso, bastará que el titular pruebe la ofensa o la desazón irrogada, para que el magistrado vea la difusión o exposición de la imagen e imponga el resarcimiento correspondiente por los daños materiales o morales que haya producido.

Desde otro punto de vista, podrá prescindirse del consentimiento del efigiado, cuando medien razones de interés o seguridad públicas, como por ejemplo la identificación de los delincuentes. Igualmente por razones de orden administrativo, es admisible la exigencia de la fotografía para los carnets, pasaportes, matrículas, etc. Son razones evidentes que no requieren mayor comentario.

Digamos unas palabras de las personas de destacada posición política, militar, religiosa, intelectual o artística, que suelen ser las más frecuentemente atacadas en este derecho. Es cierto que su participación más directa en la vida pública, hace que sus imágenes casi salgan de la esfera del derecho privado y pertenezcan, en cierto modo, a la misma sociedad, que al igual que tiene el derecho de juzgar las obras y manifestaciones públicas de su actividad, tiene también el derecho de conocer y difundir sus rostros. Pero ahora bien, se entiende que a la sociedad interesa conocer la actividad pública de sus dirigentes, pero no se comprende por qué debe corresponderle también el derecho de ingerirse en su vida privada o de abusar en la divulgación de sus imágenes. Como decía gráficamente un trata-

(3) Op. cit. pág. 157.

disto: "La sociabilidad no puede obligarme a permitir que mi retrato, aunque sea con un fin benéfico, se fije en todas las piedras del camino".

En este mismo sentido, afirma Messineo:

"Pero no es necesario el asentimiento cuando la reproducción de la imagen esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado por la persona o por necesidades de justicia o de policía, por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando la reproducción esté vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que se hayan desarrollado en público.

Sin embargo, aún en las circunstancias que acabamos de mencionar, el retrato no puede ser expuesto o dedicado al comercio cuando la exposición o la comercialización origine perjuicio al honor, a la reputación o aún al decoro de la persona retratada" (4).

Hemos tratado de precisar los límites del ejercicio del derecho a la propia imagen, y las restricciones demandadas por las necesidades de la convivencia social y la satisfacción de los legítimos intereses colectivos, entre los cuales negamos que se halle la simple y a veces malsana curiosidad.

Dado el progreso moderno y la rapidez con que han de ser confeccionados los periódicos y las revistas que se nutren con fotografías y caricaturas apenas obtenidas, se comprende, que, de exigir un consenso previo, les quitaríamos el carácter de instrumentos de la actualidad más viva, clave de su éxito entre los lectores, y les obligaríamos a llevar una existencia lánguida. Pero no queremos dar este golpe, casi mortal al periodismo. Por eso, armonizando intereses, repetimos nuestra convicción de que cualquiera, movido por un designio honesto, puede retratar a una persona y reproducir su retrato, sin su permiso, siempre que no lesione su honra o simplemente su propia intimidad. De ahí que se presuma un consentimiento tácito, que puede ser, desde luego, revocado por el propio titular o sus herederos si ha muerto o se haya incapacitado.

Esto es lo más que se puede conceder al periodismo y a la opinión pública en general y lo más que se puede restringir el derecho a la propia imagen. Todo exceso de estos límites, debidamente apreciados en cada caso, deben ser severamente reprimidos por la ley.

(4) Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 20.

CAPITULO V

EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA DOCTRINA

Sumario: 1.— Autores que no lo admiten; autores que lo admiten indirectamente; autores que propician su admisión directa y absoluta. Fundamentos de cada posición. 2.— Crítica.

Tratándose de un punto nuevo para el derecho, surgido del trajín afanoso de la vida moderna, y que espera todavía una solución justa y legal, es de considerable valor conocer la doctrina al respecto.

Es muy discutida la paternidad del derecho a la imagen en el campo doctrinal. Los tratadistas alemanes la atribuyen a Keissner en su trabajo "Das Recht am eigenen Bild", publicado en 1896; mientras que los autores italianos, especialmente Ferrara, la atribuyen a Amar, en su obra "Dei Diritti degli autori dell'opere dell'ingegno", escrita en 1874.

Los tratadistas que desde ese entonces a esta parte se han pronunciado sobre el derecho a la imagen, podemos clasificarlos en dos grandes grupos: autores que no admiten la existencia de tal derecho y autores que sí lo admiten.

1.—El primer grupo, formado entre otros por Schuster, Kohler, Cohn, Piola-Caselli, Rosmini, etc., ha esgrimido los siguientes argumentos:

a) Así como no se puede prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, así tampoco puede negarse la exteriorización de la misma.

b) No se puede concebir un derecho de propiedad sobre la propia imagen. El hecho de intervenir una persona en un acto público o salir a la calle equivale a una "publicatio" y cualquiera tiene el derecho de sacar libremente su retrato.

c) El derecho a la imagen, por sí mismo, es contrario al principio de sociabilidad en virtud del cual no puede negarse al consorcio humano que vea y conozca las facciones de una persona, al igual que tiene derecho a conocer y juzgar su conducta.

d) La regulación restrictiva del derecho a la imagen, sería un golpe mortal al arte. De la aplicación práctica de este derecho se derivarían absurdas consecuencias, arrebatando a los artistas las posibilidades de reproducir la figura ajena.

e) El hombre goza, en mérito de la naturaleza y de la ley, de un conjunto de derechos personales que están regulados según las exigencias del consorcio civil; pero entre estos derechos no se halla el del dominio exclusivo de la propia imagen, en el sentido de impedir su reproducción por los demás, y como no hay derechos sin título, sin fundamentos jurídicos, no existe el derecho a la propia imagen.

f) Finalmente, Cohn, después de establecer como principio funda-

mental que donde hay ofensa surge un derecho de reacción, dice que cuando semejante ataque consiste en la exposición y reproducción de la imagen de una persona, esto no significa la vigencia de un derecho a la imagen, sino la del antiguo derecho al honor, el cual basta para proteger al individuo contra la indebida publicación de su retrato.

En el segundo grupo, de los que admiten el derecho a la imagen, podemos distinguir dos direcciones: admisión indirecta y admisión directa e independiente.

Los primeros, admiten el derecho a la imagen, pero como aspecto de otro derecho. Así resulta esa opinión tan generalizada de que el derecho a la propia imagen carece de contenido peculiar, puesto que no es más que una categoría subsidiaria del amplio derecho al honor. (Ferrara). Von Blume, por ejemplo, se expresa diciendo que hace falta tutelar la persona contra las indiscreciones ajenas relativas a su imagen, con las cuales no se hiere la figura, sino el honor de la persona. Para los defensores de esta concepción basta, pues, el derecho al honor para proteger el derecho que el individuo tiene a su imagen. Por consiguiente sólo se puede prohibir la publicación y difusión de la imagen, cuando de una u otra manera derive una injuria, una ofensa a la estima o a la reputación de la persona retratada.

En esta dirección de la admisión indirecta, están también los que haciendo un parangón entre los derechos que al hombre corresponde por su imagen y los que tiene el autor sobre la obra ejecutada, identifican, funden, ambos derechos en uno sólo: el de autor. Las obligaciones del autor corresponderían a los derechos del efigiado sobre su propia imagen.

Finalmente, otros autores como Ricca Barberis, admiten el derecho a la imagen, pero subrogado en el de la personalidad; de manera que el derecho a la imagen no es diverso del de la personalidad, sino que es el de la personalidad misma.

Por último tenemos la concepción que propugna la admisión directa e independiente del derecho a la propia imagen. Sus más empeñosos defensores son Degni, Keisnner, Castán Bolaños, Ruiz y Tomás, Messineo, entre otros.

Creemos, con estos autores, que el derecho a la imagen existe y existe independientemente. Lo vamos a demostrar refutando las teorías anteriormente citadas.

2.— Se ha dicho, en primer lugar, que así como no se puede prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, así tampoco se puede negar la exteriorización de la misma. Esto es cierto, pero no puede deducirse lógicamente que por ser la imagen susceptible de fijarse en la mente o en el negativo, pueda libremente publicarse y difundirse. Lo primero, ciertamente, nadie es capaz de evitarlo, pues, aunque el derecho a la imagen fuese absoluto, en el sentido de prohibirse toda ejecución de la imagen ajena, resultaría ineficaz en la práctica, hoy más que nunca, dada la actual multiplicación de los medios para conseguirla que escaparían a cualquier vigilancia por estrecha que fuese; pero, de otra parte, el derecho a la imagen es limitado, como hemos visto, y debe ser compatible con la simple

obtención de ésta para fines honestos. Lo segundo, la publicación y difusión, se puede conjurar por el derecho, ya que se trata de algo externo y, por consiguiente, capaz de sanción y además de algo que en ocasiones llega hasta perjudicar material o moralmente al reproducido.

Estas mismas razones pueden argüirse a la segunda objeción citada que dice que el hecho de intervenir una persona en un acto público o salir a la calle equivale a una "publicatio" y que cualquiera tiene el derecho de sacar libremente su retrato. Del ejercicio del derecho de la persona a exhibir su imagen, no puede deducirse o desprenderse un derecho a los terceros para publicarla o exponerla.

Se ha sostenido, en tercer lugar, que el derecho a la imagen es contrario al principio de sociabilidad humana. Repetimos en este punto, que la sociabilidad puede servir solamente como límite del derecho a la imagen. Admitimos que el hombre, por vivir en sociedad y por serle imposible sustraerse a las miradas de sus semejantes, no puede oponerse a la reproducción de su imagen, cualquiera sea el medio empleado, pero creemos también que la condición de sociabilidad no llega hasta el extremo de justificar la exhibición, publicación o difusión. La curiosidad y el afán comercial que casi siempre inspiran este tipo de difusión, no pueden elevarse a la categoría de interés social.

Es, igualmente, inadmisibles la posición de los que creen que la regulación restrictiva del derecho a la imagen, sería un golpe mortal al arte. Por simple jerarquía de valores, más sagrados son los derechos de la persona que los del arte. Además, el arte puede salvarse mediante acuerdo entre artista y efigiado, como debe ser. La defensa del arte no justificaría el desconocimiento de tantos daños que se hacen por reproducciones que no tienen nada de artísticas.

Finalmente, resulta insostenible afirmar que el derecho a la imagen no existe por no estar declarado por las leyes. La falta de un expreso reconocimiento legislativo del derecho sobre la imagen no suministra razón idónea para excluir o negar su existencia.

Probado que el derecho a la imagen existe, veamos ahora como existe también independientemente del honor y de los derechos de autor.

Del honor, porque el derecho a la imagen existe por sí mismo, independientemente de cualquier injuria. La injuria o la ofensa no son más que alguna de las consecuencias de su violación. Por eso decimos, que el derecho a la imagen, en cierto sentido, es más amplio que el derecho al honor. Por qué no se va a considerar y respetar el derecho a la propia imagen cuando la reproducción vulnera la intimidad o privacidad de una persona, aunque esa vulneración no manche su honor o su reputación? No rechazamos que ambos derechos mantengan conexiones entre sí, pero en cierto sentido, como ya lo dijimos, el derecho a la imagen es más amplio que el derecho al honor, es decir que comprende no sólo la protección a la injuria y al deshonor, sino además la protección a la intimidad particular.

De los derechos de autor, porque, como diremos más adelante, se trata de dos categorías de derechos completamente diversas e independientes: el derecho extrapatrimonial o de la personalidad, propio del efigiado,

y el derecho patrimonial y moral sobre bienes incorporales como son los productos de la inteligencia, propio del artista. El artista no produce la imagen, sino que la reproduce. El autor consiguientemente, puede tener un derecho sobre tal obra, pero no sobre la imagen, que es inherente a la naturaleza humana y no es susceptible de observar el postulado de que lo accesorio sigue a lo principal. Además, no siempre el derecho a la imagen supone una obra artística que obligue a referirse a los derechos de autor. Una instantánea tomada para fines publicitarios, sin la voluntad del fotografiado, no tiene nada que ver con los derechos de autor.

Finalmente, frente a los que se limitan a supeditar el derecho a la imagen a los derechos de la personalidad, creemos que no avanzan nada. Desde luego que se trata de uno de los derechos de la personalidad, pero eso no excluye que se le proteja y ampare específicamente. El nombre es otro derecho de la personalidad y goza de todas las garantías legislativas.

CAPITULO VI

EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA

Sumario: Criterio y sentencias de los tribunales de Alemania, Francia, Italia, Inglaterra y España. El derecho de privacidad (right of privacy) de los Estados Unidos.

Iniciadas las violaciones al derecho a la imagen y careciendo las legislaciones de normas positivas apropiadas, son los tribunales de justicia los llamados a dictar las primeras protecciones sobre el particular. Se produce así una abundante jurisprudencia en Alemania, Francia, Italia, Inglaterra, España 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 fue reconocida en el XXVI Congreso de Juristas Alemanes, reunidos 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.

El texto de la declaración es como sigue:

"Contra la abusiva exposición de las imágenes fotográficas se debe conceder tutela por la ley cuando sean violados intereses dignos de protección, en particular cuando sean abandonados a la publicidad hechos que sólo los interesados, según las ideas dominantes, tienen la atribución de hacer públicos".

La Jurisprudencia alemana del siglo pasado se ha mostrado quizás reacia a la admisión del derecho a la propia imagen, acudiendo en los casos que se le presentaron a otras figuras jurídicas que indirectamente determinan la protección de aquel derecho. Así sucedió en el caso de unos fotógrafos que entraron en la cámara mortuoria de Bismarck y, violentando las puertas, obtuvieron una fotografía del cadáver. Los herederos del Canciller se opusieron a la publicación de dicha fotografía y reclamaron ante los tribunales la devolución del negativo y su destrucción. La Jurisprudencia no llegó a resolver la cuestión según el derecho a la imagen, sino limitándose a considerar que había existido un acto ilícito en el allanamiento de morada, y por tal motivo condenó a los fotógrafos.

En cambio, en este siglo se puede apreciar su inclinación a protegerlo en forma directa. Así tenemos que el Tribunal Regional de Berlín, en dictamen de 21 de noviembre de 1902, dice que: "todos tienen derecho a impedir una dañosa reproducción de su fisonomía sin que sea lícito su publicación o divulgación".

En Francia podemos, igualmente, recoger algunas sentencias que con más o menos firmeza acogen el derecho a la propia imagen. El Tribunal del Sena, el 11 de abril de 1855, dispuso que: "No se puede por ningún título ni bajo ningún pretexto destinar a cualquier género de publicidad los rasgos de una persona, y, por consiguiente, no puede tampoco exponerse en un salón de Bellas Artes el retrato de un individuo contra su voluntad o la de su familia si aquel está muerto o incapacitado, o bien contra la del propietario de la reproducción".

El mismo Tribunal del Sena dirime, el 11 de noviembre de 1859, el conflicto suscitado al seguir reproduciéndose las fotografías que consintió una artista en su etapa frívola, que luego quiso borrar con una ordenada conducta y oponerse a tal difusión los familiares de la efigiada ya muerta, con las palabras que pasamos a transcribir: "Los herederos de una persona difunta pueden siempre manifestarse contrarios,, no sólo a que el retrato de ella sea puesto a la venta, sino también a que constituya el objeto de una publicidad cualquiera bajo ningún aspecto, ni aún el de que de vivir el reproducido hubiera autorizado su venta y su difusión y los tribunales están facultados, según las circunstancias, para ordenar la entrega a la familia de las pruebas y clichés que hayan podido quedar en manos del artista".

En Francia también, una sentencia del 27 de Mayo de 1903, dice que teniendo en cuenta que la imagen de una persona o su retrato, obtenido de cualquier manera, no puede asimilarse a las cosas que están en el comercio, las fotografías, salvo casos excepcionales, pertenecen al reproducido.

En Italia, antes del Código Civil de 1942, su jurisprudencia sostiene que el derecho a la imagen existe y es titulado por sí, independientemente de cualquier injuria. Así tenemos, por ejemplo, que por sentencia de 5 de Junio de 1903, en Milán, se declaró que cada persona tiene un derecho exclusivo y absoluto sobre la propia imagen, y, por consiguiente, facultad para impedir su reproducción y venta. El fotógrafo que reproduce el

retrato de una persona, aunque sea el de un artista de canto, y lo pone en venta, debe probar que ha obtenido el consentimiento de la misma. Por otra parte, la persona que ha consentido la reproducción y venta de la propia fotografía es capaz de revocar su consentimiento, en especial si fue otorgado gratuitamente y se le ocasiona un descrédito, desdoro o daño.

Similares a esta sentencia se producen otras consagrando el derecho a la propia imagen. Una consagración categórica es la sentencia que el Tribunal de Milán expidió el 27 de Mayo de 1903 y que decía: "no se puede reproducir la figura de una persona sin su asentimiento, ni divulgar el retrato, porque cada individuo tiene la libre y exclusiva disposición del propio aspecto".

Este mismo Tribunal, en su sentencia de 5 de Junio de 1908, afirma que: cada persona tiene un derecho exclusivo y absoluto sobre la propia imagen y, por consiguiente, facultad para impedir su reproducción y venta.

La Corte de Apelación de Génova, con fecha 13 de Enero de 1953, sostuvo que debe reconocerse el derecho a la acción por resarcimiento del daño a la persona que con ocasión de una manifestación pública había consentido ser fotografiada, cuando con ella se atiende fines publicitarios. (1)

En la jurisprudencia inglesa, Ruiz y Tomás, cita dos resoluciones características sobre esta materia: El Príncipe Alberto y la Reina Victoria se hicieron sacar, por su cuenta, unas fotografías que destinaron a parientes y amigos, pero he aquí que el retratista permitió que fueran publicadas en un catálogo descriptivo, originando la protesta de aquellos ante los Tribunales, que manifestaron encontrarse frente a un caso de abuso del derecho, fundándose en el contrato de locación de obra por el que adquirirían las citadas reales personas la propiedad artística o del retrato.

En la exposición colombiana de 1873 se exhibió, como tipo de mujer eminente en el mundo de la filantropía, a la Srta. B. Anthony, de la cual se había esculpido la estatua. Un allegado suyo se opuso a tal exhibición, basándose en que con ella se invadía la esfera cerrada de la intimidad. Los jueces sin detenerse a estudiar si hay o no derecho en los parientes para impedir la exposición de la efigie de su difunto, rechazaron de plano la demanda.

En España falta una reglamentación legal sobre esta materia y la Jurisprudencia tampoco ha tenido ocasión de manifestarse.

En América, la jurisprudencia de los Estados Unidos viene exaltando especialmente el derecho a la paz interior de las personas, con la denominación de "derecho de privacidad" (right of privacy). Concretamente el derecho a la imagen es reconocido explícitamente por los tribunales. En sentencia de la Corte Suprema del Estado de Nueva York, en 1923, se dice que "no se permite usar para reclamo o comercio la fotografía de las personas vivas sin el consentimiento expreso de las mismas".

(1) Rivista del Diritto Commerciale, Anno LI, P. II, pág. 31 año 1953.

CAPITULO VII

EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA LEGISLACION COMPARADA

Sumario: 1.—Primeros reconocimientos en Alemania, Rusia, Inglaterra y Suiza. 2.—Ley alemana de 1907. 3.—Código Civil Italiano de 1942. 4.—Ley de Suiza de 1922. 5.—Otras legislaciones. Actitudes que adoptan.

La necesidad e importancia del amparo a la propia imagen, viene siendo reconocida desde antiguo, aunque eso sí, mal legislada, o insuficientemente legislada, si se prefiere, por cuanto lo ha venido siendo parcialmente, como cuestión anexa a otros derechos.

1.—El primer reconocimiento, aunque imperfecto, del derecho a la imagen, lo hizo la Ley Alemana de 10 de noviembre de 1842.

La Ley Rusa de 21 de Enero de 1845, art. 32 dice: "el artista no puede reproducir, multiplicar y publicar los retratos y cuadros de familia sin el permiso de quien los ha encargado o de sus herederos".

La Ley Inglesa de 29 de julio de 1862, dice que "el derecho de reproducción de un cuadro, escultura, etc., corresponde al artista, no al comprador o comitente de la obra, salvo que se haya pactado de otro modo o se trate de fotografías".

La ley federal suiza de 23 de abril de 1888, dice en su art. 5, que: "el derecho de reproducción se entiende enajenado junto a la obra de arte, donde se trate de un retrato o busto retrato, acompañado de comisión".

A partir de 1900, los progresos experimentados por las legislaciones en la materia de que se trata, se circunscriben casi por completo, como dice Ruiz y Tomás, a Alemania e Italia.

2.—En Alemania se protege al efigiado en la Ley sobre el Derecho de Autor, de 9 de enero de 1907, cuyos artículos 22 y 23 expresan lo siguiente:

"...el art. 22 decreta que un retrato no podrá ser difundido ni exhibido públicamente sin el consentimiento de la persona retratada o —durante los 10 años siguientes a su muerte— de sus parientes próximos, es decir, el cónyuge sobreviviente, los hijos y a falta de ellos, el de los padres" (1).

"Podrán ser expuestos y difundidos, sin necesidad de la autorización de que trata el artículo anterior:

- 1) Los retratos de personas de la historia contemporánea;
- 2) Las ilustraciones en que las personas aparecen como acceso-

(1) Wasserman, Martín. "La protección al nombre y al retrato". La Ley, T. 54, p. 768. Buenos Aires. 1949.

rios de un paisaje o lugar cualquiera;

3) Las ilustraciones que reproducen asambleas, cortejos y otros acontecimientos análogos y a los que han participado las personas representadas;

4) Los retratos que no hayan sido ejecutados por encargo, siempre que su exposición y difusión sean motivados por los intereses supremos del arte". (art. 23).

3.—En Italia podemos distinguir dos momentos: antes del Código de 1942 y después de la promulgación de este Código.

El criterio jurisprudencial italiano, que hemos analizado en el capítulo anterior, fue acogido substancialmente por el Real Decreto-Ley de 7 de noviembre de 1925, sobre el derecho del autor, el cual establece, en su art. 11:

"El retrato de una persona no puede ser publicado o puesto en circulación comercial sin el consentimiento expreso o tácito de la propia persona; después de su muerte, de su cónyuge e hijos; a falta de éstos, de los padres; y faltando el cónyuge, los hijos y los padres, de los otros ascendientes y descendientes directos".

Igualmente el Real Decreto de 13 de setiembre de 1934, sobre patentes industriales y marcas de fábrica, disponía en su art. 18:

"Los retratos de las personas no pueden ser registrados como marcas sin el consentimiento de las mismas o, después de su muerte, del cónyuge y de los hijos, y, a falta de ellos o después de su muerte, de los padres, y, no existiendo o habiendo fallecido estos últimos, de los parientes hasta el cuarto grado inclusive".

Como se desprende de estas disposiciones en el ordenamiento jurídico italiano anterior a 1942, el derecho a la imagen, aunque incluido dentro de la legislación de derechos de autor, era considerado independientemente de cualquier ofensa a la reputación o al decoro de la persona retratada. Este ya es un paso importante. El segundo, de mayor trascendencia, lo dió en 1942 al consagrar definitivamente el derecho a la propia imagen en el art. 10 de su nuevo Código Civil, en el título especial para las personas físicas.

Dice así este artículo 10:

"Cuando la imagen de una persona, del cónyuge o de los hijos, sea expuesta o publicada —salvo el caso de que tal exposición o publicación esté autorizada por la ley— o que lo sea con perjuicio del decoro o la reputación de la persona misma, a pedido del interesado, la autoridad judicial puede disponer que cese el abuso, sin perjuicio del resarcimiento del daño".

Esta norma general del Código Civil Italiano debe coordinarse con la ley complementaria de 22 de abril de 1941. Según esta ley:

"...no es necesario el asentimiento cuando la reproducción de la imagen esté justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado por la persona o por necesidades de justicia o de policía, por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando la reproducción esté vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que se hayan desarrollado en público.

Sin embargo, aún en las circunstancias que acabamos de mencionar, el retrato no puede ser expuesto o dedicado al comercio cuando la exposición a la comercialización origine perjuicio al honor, a la reputación o aún al decoro de la persona retratada". (2).

La legislación italiana considera, por tanto, abuso de la imagen ajena en las dos hipótesis: a) Exposición o publicación, fuera de los casos en que la misma está consentida por la ley complementaria indicada; o bien b) De exposición o publicación que —aún consentida por dicha ley— haya tenido lugar con perjuicio para el decoro o la reputación de la persona.

El Código Italiano se coloca así en el primer cuerpo de leyes que regula con carácter autónomo el derecho a la propia imagen, en el título destinado a las personas físicas.

Si bien Italia dió con esta promulgación el primer paso definitivo en la consagración y defensa del derecho a la propia imagen, es sensible que no lo diera todo lo feliz que era de esperar.

En efecto, la redacción del art. 10 no satisface plenamente. Su interpretación origina algunas incertidumbres. Surge espontáneamente la pregunta: ¿Se reconoce o no un derecho absoluto a la imagen?; la tutela de ésta ¿se encuentra subordinada a la circunstancia de que la reproducción, publicación o difusión produzca ofensa al decoro o a la reputación de la persona retratada o de sus parientes? Lamentablemente el art. 10 del Código Civil Italiano no ofrece claridad suficiente sobre estas interrogaciones.

Los diversos comentadores del nuevo Código Civil Italiano han acogido unánimemente la consagración, en este cuerpo de leyes, de los derechos de la personalidad y particularmente el derecho a la propia imagen.

Tenemos, por ejemplo, al profesor italiano de Derecho Civil, Doménico Rubino, quien en su concienzudo análisis del nuevo Código Civil Italiano, expresa:

"Los artículos 5 a 10 han introducido por vez primera en el Código una explícita disciplina de los llamados derechos de la personalidad o personalísimos. El Código precedente (1865) no hablaba de ellos, y su disciplina se había ido creando sobre la base de la elaboración doctrinal y jurisprudencial". (3).

(2) Messineo, op. cit. Tomo III, pág. 20.

(3) Doménico Rubino, "La Reforma del Código Civil Italiano", Revista de Derecho Privado, Tomo XXXI, Julio-Agosto, N° 364-5. Madrid, 1947, pág. 532.

Y más adelante dice:

"Volviendo a los derechos de la personalidad y su disciplina, son, en conjunto, de aprobar, y no dan lugar a particulares observaciones, máxime cuando han sido el resultado de una precedente elaboración doctrinal y jurisprudencial". (4).

El Profesor Fernando Della Rocca, pronunció una Conferencia en el Colegio de Abogados de La Habana, que tituló "Las premisas de la nueva codificación Italiana". En esta charla expresó:

"El hombre en la nueva Italia, también a través de sus nuevos Códigos, será considerado cual él es; es decir, cual una persona y no cual un individuo; y así será considerado como persona, titular de derechos naturales que son la reproducción de las dotes naturales de la persona humana, denominadas libertad y racionalidad, y reproducción también de derechos y de deberes primordiales que el Estado no puede, de ninguna manera, comprimir". (5).

El Dr. Ernesto Cordeiro Alvarez, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, al apreciar el avance del nuevo Código Civil Italiano en materia de derechos de la personalidad, dice:

"Según se ve, todos estos problemas que recién está enfocando nuestra jurisprudencia, a falta de la necesaria legislación que los resuelva, están sabiamente resueltos por el Código que estudiamos". (6).

El Profesor Cordeiro Alvarez, se lamenta, pues, del vacío que adolece la legislación argentina y reconoce el mérito de la legislación italiana al resolver "sabiamente" dicho vacío.

El Profesor Messineo, destacado comentador del Código Civil Italiano y a quien hemos hecho referencia repetidas veces, es igualmente decidido defensor de los derechos de la personalidad que el Código Italiano consagra.

4.—En Suiza, si bien no aparece este derecho en su Código Civil, no falta una disposición particular para protegerlo. La ley del 7 de diciembre de 1922, en su art. 55, dispone que: "salvo pacto en contrario, los ejemplares de la imagen sacada por comisión no pueden arrojar a la circulación o abandonarse a la publicidad sin el permiso de la persona representada, y si ha fallecido o no es posible consultarle, de su cónyuge, hijos, padres, hermanos y hermanas".

(4) Rubino, op. cit. pág. 532 y 533.

(5) Fernando Della Rocca, "Las Premisas de la Nueva Codificación Italiana", Revista del Colegio de Abogados, La Habana, Año XI, Vol. XI, Abril-Diciembre, Nos. 70 - 71 - 72, Habana, 1948. Pág. 231.

(6) Ernesto Cordeiro Alvarez, "El Nuevo Código Civil Italiano", Boletín del Instituto de Derecho Civil, Año XII, Julio-Setiembre, No. 3, Córdoba, 1947, pág. 360.

5.—Los demás países no cuentan ni con una ley expresa en su Código Civil, ni con disposiciones particulares, como la que acabamos de citar de Suiza, limitándose a adoptar una de estas dos actitudes:

1.—Que el derecho a la imagen no constituye un derecho específico. Las reglas que rigen los actos ilícitos se aplicarán cuando se haya causado verdadero daño. Por ejemplo en Argentina no existe ninguna disposición que ampare a las personas contra todo abuso en cuanto a la utilización de la imagen de las mismas. (7).

Ya hemos destacado anteriormente como el Prof. argentino Cordeiro Alvarez, anotaba también este vacío de la legislación argentina.

Igualmente en España, falta una reglamentación legal sobre esta materia, y la jurisprudencia tampoco ha tenido ocasión de manifestarse. La infracción o violación al derecho de la imagen tendrá, pues, que reprimirse indirectamente por otras disposiciones sobre delito de injurias por ejemplo, o invocando el art. 1902 del Código Civil cuando pueda demostrarse que con el agravio a la propia imagen se ha producido un daño indemnizable.

2.—O bien, confundiendo el derecho a la imagen con los derechos de autor, legislando al respecto en las leyes sobre propiedad intelectual y artística. Por ejemplo, Inglaterra, en su Ley del 16 de diciembre de 1911, sobre el derecho de autor, en los casos de reproducciones llevadas a cabo por comisión, se inclina a favor de quien las entregó, así en los trabajos de pintura como en los de grabado, fotografía, etc., disponiendo que el que haya dispuesto el pago de una obra determinada será el primer titular del derecho, salvo pacto en contrario.

Este es el panorama, más o menos completo, que ofrece la legislación positiva extranjera sobre el derecho a la propia imagen.

Quizás desaliente un poco su indecisión, pero ello responde, como dijimos al principio, a que se trata de una disciplina bastante nueva y que requiere de mucho tiempo de estudios y de experiencias para lograr una acertada regulación por la ley.

Basta saber que hay inquietud por el problema y que se han adoptado medidas para solucionarlo, aunque ellas no hayan sido muy felices.

(7) Medilcharzer, Eduardo. "La imagen de las personas y el Derecho de Privacidad". La Ley, Tomo 76, pág. 794. Buenos Aires. 1954.

CAPITULO VIII

EL DERECHO A LA IMAGEN EN LA LEGISLACION NACIONAL

Sumario: 1.—Posición que adopta nuestra legislación. 2.—Ley sobre Derechos de Autor, de 3 de noviembre de 1849. 3.—Ley de Imprenta de 1939 y de 1945. 4.—Disposiciones aplicables en el Código Civil y en el Código Penal. 5.—Tratados de Montevideo de 1889 y de 1939.

Nuestro Código Civil al proteger los derechos de las personas, en su Libro I, no menciona el de la propia imagen.

Alfredo Solís, al analizar la consagración de la protección al daño moral en los diversos dispositivos de nuestro Código Civil vigente, caía en la cuenta del vacío en que incurría nuestra legislación al no proteger el daño moral que se irroga por medio de la imagen:

"El nombre, considerado como un derecho de la persona, se halla protegido por los arts. 13 a 18 que se refieren no al pro-nombre sino al nombre mismo (apellido). No expresan esos dispositivos si abarcan los derechos de la propia imagen, dejando el problema a la doctrina y a la jurisprudencia" (1).

1.—Nuestra legislación confunde los derechos de autor con el derecho a la imagen y por eso encontramos algunas disposiciones en las leyes sobre propiedad intelectual, refiriéndose particularmente a la fotografía.

Así nuestra arcaica ley sobre Derechos de Autor, de 3 de Noviembre de 1849, garantiza en su artículo 1 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:

"Los autores de todo género de escritos, cartas geográficas, grabados y composiciones de música, gozarán por toda su vida, el privilegio exclusivo de vender y distribuir sus obras en todo el territorio de la República y de ceder su derecho en todo o en parte".

Sus artículos 2 y 3 dicen:

"Se exceptúan del artículo anterior, los libros y escritos que sean contrarios a la religión o buenas costumbres, y las pinturas

(1) Solís, op. cit. pág. 173.

o grabados que ofendan la moral pública, todos los cuales serán perseguidos conforme a las leyes".

"Los herederos y cesionarios gozarán del mismo derecho, hasta los veinte años después de la muerte del autor".

Esta ley establece, pues, que el Estado perseguirá las obras o grabados que sean contrarios a las buenas costumbres, a la religión o que ofendan la moral pública.

Similar criterio adoptaba la derogada Ley de Imprenta de 1939, la cual reprimía, en su artículo 45, segundo párrafo, la venta, distribución o exhibición de figuras, estampas, dibujos, grabados o imágenes, que sean contrarios a la religión católica, a la moral o a las buenas costumbres.

La vigente Ley de Imprenta, promulgada en diciembre de 1945, no es tan sustantiva como la anterior. Se limita a disponer, en su artículo 6, que los delitos cometidos por la prensa y que estuvieran previstos en el Código Penal, serán juzgados conforme a las leyes vigentes. Es decir, no tipifica los delitos de imprenta, apreciándolos como delitos comunes.

Este es el estrecho panorama de nuestra legislación positiva que se refiere concretamente a la imagen. Ella aparece regulada para proteger a su autor o para defender a la sociedad y a la Religión, pero no para amparar al propio efigiado que como titular del derecho a su propia imagen es anterior al autor que la reproduce o a la sociedad.

Este panorama es susceptible de ampliarse si buscamos, no ya las reglas concretas que hicieran objeto de una atención especial al derecho personalísimo que nos ocupa, sino preceptos que, aplicándose a otros derechos de la persona pudieran también proteger indirectamente los legítimos intereses del efigiado.

Así encontramos en nuestro Código Civil, en el título referente a los actos ilícitos, el art. 1136 que dice: "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo".

Disposiciones parecidas a ésta se dan en casi todas las legislaciones civiles. Sin embargo, no bastan para garantizar el debido respeto al derecho de la imagen, que demanda un tratamiento jurídico propio.

Los Códigos Penales, al tratar de los delitos contra el honor, suelen reprimirlos cualquiera que sea el medio por el que se realicen (hablado, escrito, gráfico, etc.). Por extensión se protege el derecho a la imagen, pero ya con el carácter público peculiar de la ley penal.

Desde este punto de vista podríamos considerar los artículos 186, 187 y 188 de nuestro Código Penal que reprimen los delitos de calumnias, difamación e injuria, respectivamente.

En forma concreta podríamos contemplar el art. 187 que dice:

"El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia o en documento público, o por medio de impresos, caricaturas o dibujos, atribuye a una persona o a una corporación un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar el honor o la reputación de la primera

o de las personas que componen o representan a la segunda, será culpable de difamación y reprimido, a arbitrio del juez, con prisión no mayor de seis meses, o multa correspondiente a la renta de tres a sesenta días”.

El procedimiento para la instrucción de estos delitos se indica en los artículos 314 a 322 del Código de Procedimientos Penales.

Pero, repetimos, estos delitos son de otra índole y con una acción propia.

Finalmente, al contemplar nuestra legislación positiva, debemos también tener en cuenta el Tratado de Montevideo de 1889 que suscribió y ratificó el Perú, junto con Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Este Tratado, en su artículo 2.º comprende 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”.

El Tratado de Montevideo, de 1939, establece:

“Los derechos de los autores a que se refiere el artículo anterior, comprenden las facultades de disponer de sus obras, publicarlas, enajenarlas, traducirlas, adaptarlas y autorizar su traducción y adaptación, así como su instrumentación, ejecución, reproducción y difusión por medio de la cinematografía, fotografía, telefotografía, fonografía, radiotelefonía, y cualquier otro medio técnico”.

CAPITULO IX

REFORMA QUE SE PRECONIZA

Sumario: 1.—Crítica a la posición adoptada por nuestra legislación. 2.—Inclusión que se patrocina.

1.—No nos parece acertada la posición que adopta nuestra legislación al suponer regulado o incluido este derecho dentro de las leyes de propiedad literaria, científica y artística, o dentro de las encargadas de preservar el orden público y las buenas costumbres.

La confusión de los derechos de autor con el derecho a la imagen, comprendemos que se haya producido por la incertidumbre propia de toda materia que nace y cuya esfera no podía delimitarse con precisión.

En cambio creemos que ahora es más factible distinguir un derecho de otro y de impostergable necesidad conceder a la imagen la exclusiva tutela que se merece.

Como dijimos en el capítulo V, al criticar la posición de algunos tratadistas que confundían los derechos de autor con el derecho a la imagen, se trata de dos categorías de derechos completamente diversos e independientes: el derecho extrapatrimonial o de la persona o de la personalidad, propio del efigiado, y el derecho patrimonial y moral sobre bienes incorpóreos, como son los productos de la inteligencia, propio del artista.

Como atinadamente observa Ruiz y Tomás (1), el artista no produce la imagen, sino que la reproduce. El autor consiguientemente, puede tener un derecho sobre tal obra, pero no sobre la imagen, que es inherente a la naturaleza humana y no es susceptible de observar el postulado de que lo accesorio sigue a lo principal.

De ahí el desacierto de nuestra legislación de considerar el derecho a la imagen sólo a través y en función del derecho que le asiste al artista, cuando en realidad es un derecho anterior superior al del artista.

Además, las disposiciones sobre derechos de autor suponen la preexistencia de la propiedad intelectual o artística, por la cual el autor, gracias al consentimiento del efigiado, goza del dominio exclusivo sobre los productos de su capacidad artística; pero no siempre el derecho a la imagen supone una obra artística o entraña un convenio expreso o tácito entre efigiado y autor, que obligue a referirse a las disposiciones sobre propiedad artística. Por ejemplo, una instantánea tomada para fines publicitarios, sin la voluntad del fotografiado, no tiene nada que ver con los derechos de autor.

Por estas razones, en nuestra opinión, el derecho a la propia imagen es un derecho de la persona, independientemente de los derechos de autor.

Entendemos que corresponde a nuestro Código Civil salvar esta deficiencia en igual forma en que lo ha hecho el Código Civil Italiano, o sea, que se elimine de la legislación sobre derechos de autor todo lo concerniente a la reproducción o utilización de la imagen de las personas, en cuanto tal reproducción o utilización afecta lo que denominamos "derecho de privacidad", limitándose a amparar en ella la reproducción de la imagen de la persona cuando entraña una creación artística para la que prestó su consentimiento.

Hecha esta eliminación del instituto jurídico del derecho de autor, sostenemos que el Código Civil debe regular en su Libro I, la protección a la imagen, desde que en él se establecen los derechos de las personas. Dentro de este libro, el título III sería el más llamado a acoger esta institución, adoptando para el efecto la siguiente denominación: "De la protección del nombre y de la imagen".

Si se protege el nombre contra terceros que se nieguen a dar al interesado su verdadero nombre, alegando que no tiene derecho a él; contra terceros que emplean el nombre en una forma molesta o mortificante, en novelas o en piezas de teatro, por ejemplo; y por último, contra los ter-

(1) Op. cit. pág. 61.

ceros que empleen el nombre, bien a título de nombre patronímico, bien a título de nombre comercial, o bien a título de pseudónimo, si la elección de éste puede crear una confusión; ¿por qué no se va a proteger a la imagen que identifica a su titular más que el nombre, puesto que en ella aparece la persona misma?, ¿Cómo desconocer a la persona la facultad de defender lo que más se adhiere a su existencia física y moral?

Los artículos que se adoptarían en el Título III, garantizando el derecho que propiciamos, deberán tener en cuenta, por un lado, la posibilidad de disponer de la imagen dentro de los confines impuestos por la naturaleza y por la ley, ya que, como vimos en el capítulo IV, no es un derecho absoluto en el sentido de ilimitado; y por otro, la facultad de la persona de impedir la reproducción de su propia imagen cuando, por su abuso, le provocara ofensas de cualquier índole, no sólo a su decoro y reputación, sino también a su libertad personal exteriorizando aspectos íntimos de la vida privada que tenemos el sacrosanto derecho de mantener oculta, aún cuando con ellos nuestro honor resulte mejorado.

La respectiva acción correspondería a la persona que es objeto de la imagen o, en su defecto, por fallecimiento o impedimento, al cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos.

Ya nuestro Código Penal, para los delitos de calumnia, difamación e injuria, admite esta posibilidad:

“Si la parte ofendida falleciera antes de haber formulado querrela o durante el juicio, o si los mencionados delitos hubieran sido cometidos contra la memoria de un muerto, la querrela podrá ser deducida o continuada por el cónyuge, por los descendientes, los ascendientes o los hermanos”. (Art. 195).

Con la consagración de estos principios, el legislador habrá construido una muralla contra los abusos a este personalísimo derecho a la propia imagen, que si ya hoy son tan frecuentes, mayormente lo serán en el futuro con los descubrimientos que se logren y que no dejarán libre de la arbitraria curiosidad pública ningún detalle de la vida particular de las personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los derechos de la personalidad son aquellos que están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y de la apropiación de sus atributos esenciales.

SEGUNDA: La imagen, como signo característico de nuestra individualidad, es uno de los más importantes derechos de la personalidad.

TERCERA: El derecho a la imagen estriba en la facultad del titular de disponer de ella dentro de los confines impuestos por la naturaleza y por la ley; y de impedir a terceros su reproducción cuando por su abuso se provocara ofensas de cualquier índole, no sólo al decoro y reputación del efigiado, sino también a su libertad personal exteriorizando aspectos íntimos de su vida privada que tiene el sacrosanto derecho de mantener oculta, aún cuando con ellos su honor resulte mejorado.

CUARTA: La ofensa surgirá, por consiguiente, en el campo contractual así como en el extracontractual, cuando la imagen sea arbitrariamente difundida o expuesta en público.

QUINTA: El derecho a la propia imagen no es absoluto, en el sentido de ilimitado: primero, porque el titular sólo puede disponer de ella dentro de los límites impuestos por la naturaleza y por la ley; y segundo, porque los terceros, movidos por un designio honesto, pueden retratar a una persona y reproducir su retrato, sin su consentimiento, siempre que no lesione su honra o simplemente su propia intimidad. De ahí que pueda presumirse un consentimiento tácito que puede ser, desde luego, revocado.

SEXTA: Debe reconocerse a los herederos del efigiado el derecho de oponerse a la difusión de la imagen de su causante, puesto que la solidaridad que existe entre ambos permite entender por qué las ofensas dirigidas al difunto alcanzan también a sus herederos.

SEPTIMA: Es innegable que el perfeccionamiento de los medios fotográficos, por un lado, y el desmesurado desarrollo de la publicidad, de la información y del sensacionalismo, por otro, tienen a la imagen abandonada a la arbitrariedad y muchas veces dañosa curiosidad pública.

OCTAVA: La doctrina y la jurisprudencia demuestran que la realidad ha avanzado más rápidamente que la previsión del legislador, y que existe un derecho que espera su consagración definitiva en la ley civil.

NOVENA: El análisis de la legislación comparada revela la inquietud por resolver este problema, ya superado con acierto por el código Civil Italiano de 1942.

DECIMA: Nuestro Código Civil vigente, al proteger los derechos de las personas, en su libro I, no establece disposición alguna que consagre y proteja el derecho a la imagen.

DECIMA PRIMERA: Entendemos que nuestro Código Civil debe salvar este vacío regulando, en su Libro I, la protección a la imagen, desde que en él se establecen los derechos de las personas. Dentro de este Libro, el título III sería el más llamado a acoger esta institución, adoptando para el efecto la siguiente denominación: "De la protección del nombre y de la imagen". El texto del artículo que se incluiría podría tener el siguiente tenor: Nadie puede disponer de la imagen de otro sin su consentimiento.

BIBLIOGRAFIA

- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "Los derechos de la personalidad". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. Julio-Agosto, de 1952.
- CORDEIRO ALVAREZ, ERNESTO: "El Nuevo Código Civil Italiano". Boletín del Instituto de Derecho Civil. Año XII. Julio-Setiembre. No. 3. Córdoba, 1947.
- CUPIS, A. de: "Sulla tutela dell'immagine" (nota a fallo). Giurisprudencia completa della Corte Suprema di Cassazione. Roma, 1949.
- DELLA ROCA, FERNANDO: "Las premisas de la nueva codificación italiana". Revista del Colegio de Abogados. Año XI, Vol. XI. Nos. 70, 71 y 72. La Habana, 1948.
- DI GUGLIELMO, PASCUAL: "El nombre y el retrato de las personas ante la ley". Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1948.
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S. A., Barcelona.
- FOA, F., "Fotografia e Diritto Morale" (nota a fallo). Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, Roma, 1933.
- GHIRON, M.: "La tutela delle fotografie e l'imitazione servile" (nota a fallo). Giurisprudencia Completa de la Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili. Roma, 1950.
- GIANNINI, A.: "Sulla tutela del Ritratto". Revista del Diritto Commerciale, Anno LI, Milano, 1953.
- JOSSERAND, LOUIS: "Derecho Civil; Tomo I, Bosch y Cía. Ed. Buenos Aires.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS: "La noción jurídica de la persona y los derechos del hombre". Revista de Estudios Políticos, Madrid, Año XI, No. 55.
- MENDILAHARZER, EDUARDO: "La imagen de las personas y el Derecho de Privacidad". La Ley, Tomo 76, Buenos Aires, 1954.
- MESSINEO, FRANCESCO: "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954.
- ORGAZ, ALFREDO: "Estudios de Derecho Civil". Tip. Editora Argentina. Buenos Aires, 1948.
- PERETTI GRIVA, D. R.: "Sulla tutela della fotografia", (nota o fallo), Rivista di Diritto Commerciale, vol. 47, Milano, 1949.
- PERETTI GRIVA, D. R.: "In tema di Diritto alla Propria Immagine". Rivista del Diritto Commerciale, Anno LI, Milano, 1953.
- PERLA VELA OCHAGA, ERNESTO: "El Derecho a la propia imagen". Revista Derecho, Universidad Católica del Perú, 1944.
- PLANIOL Y RIPERT, Derecho Civil Francés, Tomo I, Personas. Ed. Cultural S. A., Habana.
- QUINTANA, PASCUAL: "El Derecho a la propia imagen", Revista de la Facultad de Derecho, Madrid No. 17, 1949.
- RUBINO, DOMENICO: "La Reforma del Código Civil Italiano", Revista de Derecho Privado. Tomo XXXI, Julio - Agosto Nos. 364 y 365. Madrid. 1947.
- RUIZ Y TOMAS, PEDRO: "Ensayo de un estudio sobre el derecho a la propia imagen". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 158, Madrid. 1931.
- SOLF GARCIA CALDERON, ALFREDO: "Daño Moral", Ed. Lumen, Lima, 1945.
- WASSERMAN, MARTIN: "La protección al nombre y al retrato", La Ley, Buenos Aires, 1949.
- WASSERMAN, MARTIN: "La protección al nombre y al retrato", La Ley, Octubre, Noviembre y Diciembre, Buenos Aires, 1944.
- Código Civil del Perú.
- Código Penal del Perú.
- Ley de 3 de Noviembre de 1849.
- Ley de Imprenta de 23 de noviembre de 1939 y de 1945.