EL DERECHO A LA IMAGEN Y SU VALOR ECONÓMICO

por José Fernando Márquez y Maximiliano Rafael Calderón

Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, Nº VI, pág. 22.

I. El derecho a la imagen.

1. El tema.

El reconocimiento de un derecho personalísimo a la imagen ha generado numerosas consideraciones (y también controversias) en la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras[1].

Partiendo de la discusión relativa a su autonomía con respecto a otros derechos subjetivos, continuando con la calificación de su naturaleza y la determinación de su contenido, y concluyendo con los aspectos relativos a su disponibilidad, protección y explotación económica, este derecho ha sido objeto de un proceso de construcción conceptual, producto de la tarea de los diversos operadores jurídicos.

---

[1] Se ha puntualizado que el derecho a la imagen alcanzaría a las personas jurídicas e inclusive a cosas, semovientes u objetos carentes de personalidad jurídica (AMAT LLARI, Eulalia, "El derecho a la imagen y su valor publicitario", La Ley, Madrid 1993, pág. 14). Estimamos correcta la protección a la identidad comercial de una persona jurídica, integrativa en cuanto bien inmaterial de su hacienda comercial y susceptible de violaciones por uso indebido de terceros. No obstante, el presente examen se circunscribe al caso de las personas de existencia visible o personas humanas, por tratarse el valor económico de la imagen en conexión a su calidad de derecho personalísimo, no observable en relación a personas jurídicas.

En su perspectiva actual pueden apreciarse numerosas notas caracterizantes que lo describen y particularizan, de entre las cuales es especialmente relevante su valor económico.

A diferencia de otros derechos personalísimos (definidos por su rigurosa indisponibilidad), el derecho a la imagen ofrece a su titular amplias perspectivas de utilización y aprovechamiento económico, que llegan, inclusive, hasta la enajenación a favor de terceros de las facultades de su explotación comercial.

Este rasgo coloca en crisis la noción del derecho a la imagen como derecho personalísimo, obligando a realizar construcciones teóricas que identifican en él un aspecto o dimensión patrimonial que, no obstante, presenta particularidades derivadas de su vinculación inescindible con la dimensión existencial de la imagen, entendida como expresión o representación externa de la identidad personal.

2. Extensión de la imagen a los fines de su protección.

Como *prius* conceptual de la caracterización del derecho en cuestión, es necesario delimitar la extensión de la expresión “imagen”, que es, precisamente, la que define su objeto.

No se trata de una cuestión meramente teórica, por cuanto la inclusión de algún aspecto o elemento dentro del bien jurídico protegido le hace extensible la protección correspondiente al derecho. Esta circunstancia es relevante cuando un tercero aprovecha comercialmente

aspectos, objetos o particularidades que exceden los rasgos físicos característicos de una persona y podrían considerarse, o no, como identificatorias de ésta, según sea la extensión del concepto de “imagen” adoptado[2].

Considerando a la imagen como la representación externa de una persona, con aptitud de identificarla o caracterizarla en su mismidad, el concepto excede ampliamente su manifestación física, integrada sólo por el conjunto de atributos exteriores visualmente apreciables.

A los fines de la delimitación perseguida es necesario remarcar las conexiones inescindibles entre la identidad personal y la imagen. Ésta es sólo la representación exterior de la primera, pero no agota su contenido[3]. En este sentido de análisis, cualquier elemento exterior con aptitudes suficiente e inequívocamente representativas de una persona queda comprendido dentro de su imagen, concebida como identidad manifestada *ad exteros..*

Otro aspecto a considerar es que en la construcción de la imagen existen aspectos naturales y ajenos a la decisión de su titular (como los rasgos o características físicas), pero también otros derivados de su

---

[2] Se alude a “un proceso de "personalización" de las cosas, que permitiera recalificarlas como elemento identificador de la persona de un modo tal que "objeto" y "sujeto" resultasen inseparables” (De Vita, citado por VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés, “Aspectos Patrimoniales y Extrapatrimoniales de la Propia Imagen”, http://www.eldial.com.ar).

[3] Para examinar las conexiones y diferencias entre la imagen y la identidad, véase FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, pág. 138 y ss., Astrea, Bs. As. 1992.

actividad creativa, puediendo haber complementado su imagen fisica con accesorios, vestuario, objetos, etc., susceptibles de ser considerados como una creación genuina, suficientemente original y particular, con aptitud identificatoria de su autor. En tales casos, que suelen presentarse fundamentalmente en relación a personajes famosos, la referencia a tales elementos por parte de terceros, en el sentido inequívoco de remitir a la persona que los emplea, puede entenderse como un uso no autorizado de su imagen[4].

Desde estas bases, incluimos dentro de la noción de imagen, por su evidente referencia a una persona determinada, a la voz de la persona, los retratos, caricaturas de cualquier género y semblanzas escritas, las representaciones artísticas referidas a una persona real y concreta (en la medida que resulten inequívocas), el denominado "look personal"[5], e inclusive frases, estilos, apodos o modos de conducta particulares.

3. El derecho a la imagen como derecho autónomo.

Una posición considera a la imagen como un bien protegido a través de otros derechos (doctrina no autonomista), en tanto otra postura (doctrina autonomista) defiende su independencia conceptual,

---

[4] Ello sin perjuicio de que se trataría de una personalidad ficticia, y atento el carácter representativo que la imitación observa respecto a la persona en cuestión, examinado con la amplitud de criterio que debe presidir la protección de este derecho. Esto supone que se deba recabar el consentimiento de la persona a representarse, de no presentarse las excepciones en razón de interés público que prevén las diversas legislaciones.

calificándola como interés integrante de un derecho distinto, con características propias[6].

a) Doctrina no autonomista

Identifica al derecho a la imagen con otros derechos personalísimos, como el derecho al cuerpo[7], al honor[8] o a la intimidad[9].

Esta posición habilita la protección de la imagen sólo en los casos en que su utilización por terceros se resuelve en una violación de alguno de los otros derechos señalados. Cualquier potencial resarcimiento por violación al derecho a la imagen no tiene fundamento en él, sino en otro interés jurídico lesionado[10].

Diversa jurisprudencia ha seguido esta tendencia[11]

---

[5] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Integridad espiritual y social, Tomo 2 D, Hammurabi, Bs.As. 1996, pág. 166.

[6] La presente distribución taxonómica se realiza sin perjuicio de criterios diversos o particulares. Puede consultarse un listado exhaustivo al respecto en CIFUENTES, Santos, "Los derechos personalísimos", Astrea, Bs. As. 1995, pág. 502 y ss..

[7] Determinando la ilícitud de la utilización de la imagen como consecuencia del derecho a la disposición del propio cuerpo, por ser ésta una manifestación o proyección del cuerpo.

[8] Admitiendo la ilícitud de la utilización de la imagen en los casos en que tuviera consecuencias injuriosas, lesivas de la reputación o estima del titular.

[9] Al propugnar la ilícitud de la utilización de la imagen en los casos en que pueda considerarse violatoria de la esfera de reserva de su titular, importando una invasión a su ámbito de intimidad.

[10] A los efectos del presente análisis, y sin perjuicio de otras precisiones iusfilosóficas, consideramos como derecho subjetivo autónomo a aquel que permite *per se* la articulación de alguna pretensión jurisdiccional concreta. Si permite esa articulación sólo cuando aparece conexo a otro derecho, entendemos que la pretensión tiene fundamento en este último, que es condición de proponibilidad jurisdiccional.

[11] V.g. Cám.Nac. Civ., sala K, 9/12/1999 - Labi, Sergio J. v. Editorial Perfil S.A., Lexis Nº 0003656: se trató de la publicación de la fotografía de un famoso mago a los fines de ilustrar, mediante un montaje, una nota sobre drogadicción en el fútbol; ídem, Cám. Nac.

b) Doctrina autonomista.

Concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que facultad a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundiéndola o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente[12].

A los fines de acordar protección a la imagen no se requiere la concurrencia de los hechos típicamente lesivos de otros derechos personalísimos[13]. En la jurisprudencia se ha sentado, en forma mayoritaria, esta doctrina[14].

Civ, Sla G, 13/06/2000, Sosa, Pablo v. Telecom Argentina S.A. s/ daños y perjuicios, Lexis Nº 10/8566.

[12] "El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece. Por ello, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta sea hecha sin su autorización", CNCiv, Sala I, 30/04/1998, C., J. C. c. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.-Diario Clarín-, LA LEY 1998-D, 632 - DJ 1999-3, 127.

[13] Como la injuria o difamación, respecto al derecho al honor, o la publicación o difusión de hechos o imágenes que pertenecen a la esfera íntima, privada y secreta del afectado. Sobre las importantes consecuencias de adoptar una postura autonomista, v. CIFUENTES, Santos, Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual, L.L. 1998-B, pág. 702.

[14] Al resolverse la procedencia de la indemnización pretendida por una modelo profesional por la utilización no consentida de su imagen, el tribunal actuante dijo: "En este caso no existe intromisión en la vida íntima de la persona, violación de algún aspecto de su privacidad, ni perturbación que hiera los sentimientos, sino aprovechamiento de una imagen ya pública para un fin no consentido, por lo que la cuestión no debe examinarse a la luz del art. 1071 bis del Código Civil, ley 21173, sino de la ley 11723, arts. 31 y concordantes, en razón de la independencia conceptual que desvincula por principio a la imagen del derecho al honor y del derecho a la intimidad...puesto que no hay en la toma fotográfica ni en la exhibición en si misma, elementos que importen daños a la estima personal o a la fama de la modelo, ni captación y consiguiente difusión de su vida retirada, de su esfera íntima o de su reserva personal", Cám. Nac. Civ., sala C, 02/05/1989, Seen Gabriela Rosana v. Chami Ramón s/Daños y perjuicios"; en el mismo sentido, Cám. Nac. Civ, Sala I, 31/08/1995, Rother, Sergio H. y otro v. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros, Lexis Nº 1/4081.

c) Nuestra posición.

Compartimos la doctrina que considera al derecho a la imagen como un derecho autónomo de los demás derechos personalísimos.

La protección de la disponibilidad y aprovechamiento de la propia imagen se realiza conforme a parámetros y criterios de examen diversos a la de otros derechos personalísimos que, aunque próximos conceptualmente, difieren en el objeto de tutela. La difusión no consentida de una imagen pública (por ello no incluída en el ámbito de intimidad), y no ofensiva (por ende no violatoria del derecho al honor), puede constituir, igualmente, una violación al derecho al imagen[15].

4. Contenido del derecho a la imagen.

El derecho a la imagen tiene por objeto, en última instancia, a la libertad negativa y positiva de auto-exhibición que debe reconocerse a cada persona[16], y que puede tener proyecciones patrimoniales en la medida que del empleo de la imagen deriven beneficios económicos directos o indirectos (por caso, publicitarios) al titular o a terceros.

Dicho de otro modo, toda persona puede decidir libremente qué empleo acordar a su propia imagen, pudiendo a tales fines:

---

[15] En este sentido RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. II, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2000, pág. 114.

a) Sustraerla de su captación, apropiación, utilización y difusión por terceros.

b) Promover por sí, o autorizar gratuitamente a terceros (bajo determinadas condiciones) su captación, utilización y difusión.

c) Promover su difusión, reproducción y utilización publicitaria o comercial, a los fines de obtener beneficios económicos.

d) Ceder a terceros las facultades de difusión, reproducción y utilización publicitaria o comercial a cambio de una contraprestación económica.

Se trata de un derecho con una pluralidad de contenidos, que pueden considerar la mera protección de la imagen (apartados a y b), con lo que se resalta el carácter personalísimo o existencial del derecho, o bien referirse a su utilización comercial (apartados c y d), destacándose el aspecto patrimonial del derecho.

Como se verá luego, aún en aquellos casos en que el titular de la imagen no la ha introducido en el giro comercial, existen razones de peso para acordar igualmente resarcimientos patrimoniales que no se identifican con el daño moral[17], cuya determinación y cuantá generan no pocas controversias.

---

[16] Se trata de una manifestación puntual de la libertad metafísica y constitucional (C.N. art. 19), expresada en el campo del derecho privado en una potestad genérica de autodeterminación.

[17] Debe apuntarse que el daño moral por utilización indebida del derecho a la imagen no coincide con el daño moral por vulneración de la intimidad o el honor, refiriéndose

De este modo, las acciones o herramientas tuitivas del derecho a la imagen tendrán una doble finalidad:

a) Evitar el empleo de la imagen por terceros que no se encuentran autorizados, o que lo hacen fuera de los márgenes temporales y espaciales de la autorización, o con un objeto, destino o sentido distinto del considerado por el titular al otorgar la autorización[18].

b) Acordar una indemnización por el uso indebido al titular de la imagen, aspecto que abordamos en el apartado V de este trabajo.

5. Naturaleza del derecho a la imagen.

El examen del plexo de facultades que acuerda este derecho a su titular exige reconocer una dimensión patrimonial que excede el marco de los derechos de la personalidad, ingresando a la órbita de los derechos patrimoniales.

No obstante, el aspecto existencial o personalísimo del derecho no es desdeñable en su caracterización, por tener como objeto de referencia

---

esencialmente a las molestias por la mera observación de un uso no autorizado de la propia imagen, violatorio de la libertad personal de autoexhibición.

[18] Esta protección preventiva se muestra escasamente eficaz, si consideramos que la difusión comercial de la imagen puede haberse realizado por medios masivos (revistas, volantes, etc.) sobre los que se pierde el control una vez lanzados a la consideración general. La prohibición de uso tiene eficacia respecto a futuras utilizaciones, pero en algún sentido “siempre llega tarde”, debiendo complementarse necesariamene con las medidas resarcitorias.

la manifestación externa de la identidad personal, hecho del que se derivan consecuencias importantes[19].

En nuestra dogmática legal, teniendo como objeto una realidad inmaterial (la imagen) y un doble carácter (espiritual – patrimonial), parece razonable asimilarlo a los derechos de propiedad intelectual. Así lo ha entendido la doctrina extranjera[20], al señalar su similitud con la propiedad de patentes, marcas y, fundamentalmente, a los derechos de autor.

Compartimos la posición, cuya principal virtud es destacar debidamente los dos componentes o aspectos implicados en el derecho.

6. Régimen legal del derecho a la imagen.

El derecho a la imagen no tiene previsión expresa en nuestro régimen constitucional, resultando por ello uno de los derechos implícitos derivados del art. 33 C.N., complementado en su aspecto patrimonial con las garantías de los arts. 14 y 17 C.N.[21].

Nuestro sistema constitucional no establece distinciones entre los derechos fundamentales y los demás, tal como en otros sistemas en los cuales a los primeros se les acuerda una protección calificada mediante

---

[19] Entre ellas, la facultad de revocar la autorización de uso por terceros y las limitaciones a la transmisión del derecho por causa de muerte.
[20] AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pág. 31.
[21] En el Derecho Público Provincial argentino existen diversas constituciones locales que receptan al derecho a la imagen y lo protegen con autonomía de otros derechos individuales, diferenciándolo claramente del honor y la intimidad (constituciones de Chaco art. 15 inc.2, Chubut art. 18 inc. 3, Córdoba art. 19 inc. 2, Salta art. 12, Santiago del Estero art. 16 inc. 3, Tierra del Fuego art. 14 inc. 3).

acciones constitucionales específicas[22]. Ello determina la innecesariedad de reeditar las discusiones -formuladas en otros ordenamientos jurídicos- acerca de la extensión de la protección especial del derecho a la imagen como derecho fundamental y su comprensión o no de sus aspectos estrictamente patrimoniales[23].

Correlativamente, la procedencia de acciones constitucionales (como el amparo) o acciones civiles ordinarias a los fines de tutelar el derecho a la imagen en cualquiera de sus aspectos, dependerá de los requisitos sustanciales y adjetivos de cada acción, y no de criterios constitucionales de tutela calificada. Tampoco es descartable el recurso a técnicas procesales de tutela anticipatoria, tales como las medidas autosatisfactivas, si se encuentran cubiertos sus recaudos de viabilidad.

A nivel legal, el art. 31 de la ley 11.723 regula un aspecto del derecho, consistente en el resguardo de utilización comercial de retratos fotográficos sin autorización del titular o sus legitimarios[24]. La estrechez de la previsión legal no empece a la aplicación analógica de la tutela a cualquier utilización de la imagen, en la extensión y alcance antes descriptos.

---

[22] Es el caso de la Constitución de España de 1978, arts. 53 y 55 *a contrario sensu.*
[23] AMAT LLARI, Eulalia, op. cit., pág. 33.
[24] La doctrina ha sido conteste en señalar el desacierto metodológico de incluír una norma tuitiva de la imagen en el marco de una ley protectoria de las creaciones artísticas e intelectuales (ZAVALA DE GONZALEZ, Op. cit., pág. 174). Compartimos la crítica, pero nos parece un feliz desacierto, desde que vino a cubrir (al menos parcialmente) una importante laguna legal de nuestro derecho privado.

La norma establece, como regla, el principio de disponibilidad exclusiva, marcando condiciones y características de su cesibilidad a terceros (mediante consentimiento expreso). La excepción resulta de las hipótesis taxativas de disponibilidad libre. La norma es analizada en este trabajo.

Se indica como norma protectoria de la imagen al art. 1071 bis del Código Civil, el que regula al derecho a la intimidad[25]. Nos parece claro que esta norma prevé la difusión de retratos desde la perspectiva del derecho a la intimidad, poniendo de manifiesto la posibilidad de vulnerar a través de la utilización de la imagen a otros derechos personalísimos. La conducta ilegítima prevista consiste en entrometerse arbitrariamente en la vida ajena; la publicación de retratos, la difusión de correspondencia, la mortificación a otro en sus costumbres o sentimientos y la perturbación de su intimidad son sólo hipótesis particulares que agreden el mismo bien jurídico tutelado, la intimidad.

El derecho a la imagen se protege al margen de la afectación de todo otro derecho personalísimo, sin que se requiera ningún resultado ni agravio particular a otro derecho.

II. La utilización y disponibilidad del derecho a la imagen

---

[25] Cám. Nac. Civ., Sala G,, Sosa, Pablo c. Telecom Argentina S.A., La Ley 2000-F, pág. 114; D.J. 2000-3, pág. 840. Se trató de un trabajador que fue fotografiado en su ámbito de trabajo, publicándose dicha fotografía en una revista publicitaria de la empresa. El

1. El principio de disponibilidad exclusiva.

El derecho a la imagen concede a su titular amplias potestades de utilización y disponibilidad, comprensivas del aprovechamiento económico. La disponibilidad de la imagen de una persona le en exclusividad, estando vedada a terceros sin su autorización.

De este modo, las aptitudes de una persona sobre su propia imagen no se agotan en su tutela o defensa (como en el caso de la intimidad o del honor), habilitando ampliamente su utilización y difusión, pudiendo introducirla en el comercio como bien inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria.

La noción de introducción al comercio debe ser considerada ampliamente, exista o no finalidad de lucro comprometida, teniendo como parámetro la pertenencia al tráfico jurídico (arg. arts. 2336 y 2337 C.C.). Incluímos, por razones de analogía y extensión de la tutela, la mera apropiación de la imagen por un tercero, que supone en cierta forma colocar en el tráfico jurídico un bien ajeno[26]. Se trata de recurrir a la télesis normativa, brindando la más amplia protección posible al derecho en cuestión. De este modo, los terceros no podrán aprovechar económicamente la imagen de una persona determinada, pero tampoco

---

Tribunal reconoció el derecho a la indemnización por daño moral, fundado en la violación del art. 1071 bis. del Cód. Civil.

[26] Por ello, si bien es acertada técnicamente, nos parece perfectamente salvable la objeción de Cifuentes a la expresión “poner en el comercio” (Op. cit., pág. 523).

podrán apropiarse de ésta mediante captaciones inconsentidas por el titular[27].

Esta posibilidad de explotación económica o valor potencial de la imagen se actualiza en los hechos cuando el titular resuelve efectivamente reproducirla, exponerla o difundirla por sí o por un tercero con una finalidad de lucro, o bien cuando un tercero la emplea con un objeto comercial beneficiándose de ella y sin autorización del titular.

2. Transmisibilidad entre vivos y por causa de muerte.

Si bien la explotación personal de la propia imagen no parece plantear inconvenientes, no ocurre lo propio con la cesión a terceros de los derechos de explotación económica de la imagen. Ello responde al aspecto personalísimo del derecho, que en última instancia remite a la identidad de su titular[28].

Las facultades de aprovechamiento económico del derecho a la imagen son cesibles a terceros (arg. art. 1444 C.C.), mas se trata de cuestiones íntimamente conexas a la identidad del cedente, circunstancia que establece ciertas limitaciones a la transmisión y ejercicio por terceros.

Tales facultades son transmisibles por actos entre vivos o por causa de muerte. Pueden ser objeto de gravamenes y derechos de

---

[27] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 176.
[28] Sin embargo, estimamos que se trata de una transferencia patrimonial, y no de una mera autorización derivada del carácter personalísimo del derecho comprometido (como lo postula ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 179)

garantía, en la medida que resulten acordes con la naturaleza inmaterial del objeto[29].

La transmisión por causa de muerte transfiere los beneficios económicos derivados del causante a sus sucesores, en una traslación patrimonial enteramente justificada[30], que sin embargo resulta prudente condicionar a un lapso determinado de duración, cediendo posteriormente en beneficio de la libre disponibilidad, justificada por la libertad de expresión y circulación de las ideas[31].

En nuestro derecho, la duración del derecho de explotación en cabeza de los sucesores se limita por número de años, establecidos en 20 desde la muerte del causante (art. 35 ley 11.723)[32]. Además, se limita en relación al grado de parentesco de los sucesores, acotando la titularidad al cónyuge e hijos del titular, los descendientes directos de los hijos (es decir, sus propios hijos) y, en defecto de aquellos, de sus padres.

---

[29] La cesión de derechos en garantía ha sido ampliamente tratada en nuestro derecho, aunque desde la perspectiva de cesiones de derechos y prendas de créditos.

[30] Se ha señalado que la cesibilidad *mortis causae* motivaría a las personas famosas a promocionar aún más su imagen y recompensa mejor los esfuerzos del titular, transmitiendo los derechos de aprovechamiento a sus herederos antes que liberándolos al uso general (AMAT LLARIi, op. cit., pág. 42). No obstante, lo que nos parece dirimente es nuestro sistema legal de sucesión en la persona (arg. art. 3417 y cc. del C.C.), cuyo carácter universal y pantónomo atribuye a los sucesores todos los derechos que resulten de suyo transmisibles, alcanzando aquellos relativos a la explotación económica de bienes inmateriales del causante.

[31] Con este argumento se ha proclamado inclusive la extinción del derecho de explotación de la imagen con la muerte de su titular. En el mismo sentido, se alude a la dificultad de identificar a los sucesores una vez transcurrido largo tiempo y la progresiva disminución del valor e interés de la imagen. En contra, se propusieron soluciones relativas a la conservación del derecho mientras dure su explotación por los herederos, o mientras el recuerdo del titular permanezca vigente, o inclusive a perpetuidad (AMAT LLARI, op. cit., pág. 43 y ss.).

Habiendo fallecido todos ellos, el derecho de disponibilidad o explotación exclusiva se extingue, y la utilización resulta libre (art. 31 ley 11.723)[33].

El derecho puede también cederse por actos entre vivos. Se remarca que el valor de los derechos de explotación de la imagen dependen en gran medida de su cesibilidad[34], de la estabilidad de la transmisión y su carácter irrevocable, que opera como aliciente respecto de terceros inversores dispuestos a adquirirlos con fines comerciales.

En caso de muerte del cedente, la cesión realizada por actos entre vivos conserva plena vigencia durante el plazo en que hubiera sido realizada, ingresando luego los derechos de explotación al acervo hereditario. Si el cedente era beneficiario de algún derecho económico producto de la cesión, lo seguirán percibiendo los sucesores. Esto no obsta a la posibilidad del cesionario de, bajo determinadas circunstancias, alegar la frustración del fin del contrato[35].

3. Requisitos y condiciones de la transmisión del derecho.

---

[32] El plazo es considerado excesivo por la doctrina (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 200).

[33] Bien se ha señalado que el transcurso del plazo sólo extingue el derecho de los sucesores en cuanto a la disponibilidad de la imagen, pero no en relación a otros intereses legítimos que pudieran tener sobre el recuerdo de su difunto titular (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 200). De este modo, el transcurso del término mencionado no otorga a terceros una carta de inmunidad para utilizar la imagen de la persona fallecida lesionando legítimos intereses de terceros (en la medida que resulten resarcibles).

[34] AMAT LLARI, op. cit., pág. 42.

[35] Piénsese en la cesión de la imagen para promocionar determinados productos comerciales, y en el ulterior fallecimiento del titular de la imagen, que puede redundar en

Determinada la transmisibilidad del derecho, resta examinar la forma en que se transmite y en qué condiciones puede ser ejercido por el adquirente.

La transmisión *mortis causae* plantea el problema central del ejercicio de la explotación económica de la propia imagen por el titular mientras estaba en vida. Se ha postulado que dicho ejercicio es condición de transmisión a los herederos de las facultades de aprovechamiento, pues la utilización comercial de la imagen sería una decisión personalísima que no puede ser asumida por los herederos en forma personal[36].

Sin dejar de señalar que en el caso de los personajes públicos no puede presumirse un rechazo del titular al uso comercial de la imagen por más que tal uso no haya sido encarado en vida[37], nos parece relevante puntualizar que en nuestro sistema legal las facultades de utilización de la imagen (con fines comerciales o no) se traslada a determinados sucesores (cónyuge, hijos y descendientes directos, padres) sin ninguna limitación[38], haya sido explotada o no en vida del causante.

En cuanto a la transmisión por actos entre vivos, nuestro derecho vigente exige el consentimiento expreso del titular de la imagen o sus

---

su pérdida de valor promocional e, inclusive, en la inconveniencia comercial de identificar determinado bien con la imagen de una persona muerta.

[36] AMAT LLARI, op. cit., pág. 45 y ss..

[37] AMAT LLARI, op. cit., pág. 47.

sucesores calificados (art. 31 ley 11.723). Nos parece excesivo exigir el carácter expreso, en aquellos casos en que puede establecerse del mismo modo de una manera inequívoca[39].

El consentimiento puede prestarse de manera unilateral o contractualmente, quedando sujeto a las previsiones de los arts. 917 y 1145 C.C.. Cuando tiene lugar convencionalmente, de ordinario estaremos en presencia de una cesión de derechos (art. 1434 y ss., C.C.).

Si se trata de la cesión de la imagen de personas menores de edad incapaces, compartimos la posición que predica que lo pueden hacer los titulares de la patria potestad, en la medida que se no vulnere la intimidad o integridad moral y espiritual del menor, y se respete su discernimiento en caso que fuera adulto (arg. art. 921 C.C.), atento el aspecto patrimonial del derecho[40].

El ejercicio de las facultades de explotación de la imagen se encuentra circunscripto a los términos de la cesión. No se presume, ni puede interpretarse extensivamente[41].

---

[38] La norma alude a su potestad de otorgar el consentimiento para la utilización de la imagen, analogándolos a su titular. Entendemos que se trata de una atribución, si bien indirecta, amplia, de las facultades de aprovechamiento económico.

[39] Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 179 y ss.. Cifuentes, con referencia a fuentes legislativas, avala la admisión de autorizaciones tácitas (CIFUENTES, Santos, op. cit., pág. 524 y ss.).

[40] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 182 y ss.. No compartimos la posición negatoria del consentimiento por representantes cuando la persona afectada carece de discernimiento, cuando la falta de discernimiento responda a la minoría de edad.

[41] Cám. N. Civ, Sala J, Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A., 01/08/2000, L.L. 2000-F, 117, DJ 2000-3, 954; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., La violación al derecho a la propia imagen y su reparación, L.L: 1996-D, pág. 136.

La existencia del consentimiento debe aparecer indudable[42], debiendo establecerse una razonable relación entre la voluntad del titular de la imagen y el uso que se le acuerda.

Cuando la explotación ha sido autorizada de manera específica, precisando el tiempo, lugar, condiciones, oportunidad, medios y modalidades de la utilización, las convenciones deberán ser respetadas rigurosamente. Cualquier exceso del marco de la autorización determina el deber de cesación de uso y el deber de indemnización del responsable[43].

Esto tiene un importante fundamento, que se suma al de la libre determinación del titular de la imagen[44]: el precio de transferencia de la imagen para un acto determinado es radicalmente distinto a su enajenación genérica, siendo que la propia imagen pierde valor por su uso indiscriminado.

---

[42] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 180. Se apuntó que "Si bien el consentimiento del actor para ser filmado y luego salir en un programa de televisión no debe ser expreso, tal como se desprende del art. 31 de la ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443), su sóla permanencia en un lugar bailable de moda, y aún su eventual conocimiento de la presencia de medios periodísticos o televisivos, no puede implicar ese consentimiento", CNCiv, Sala A, 10/11/1997, Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A, L.L. 1999-A, 484 (41.169-S), JA, 1998-III-334.

[43] Cám. Nac. Civ., Sala I, 02/11/1997, Houssay, María I. V. Industrias Electromecánicas SABA S.A.I.F.C. Wemir Electrodomésticos, Lexis Nº 1/52585.

[44] Reconducida a la facultad de escoger la extensión e intensidad con que la propia imagen es expuesta a terceros y divulgada.

Cuando no se hubiera determinado específicamente la extensión de la autorización, debe ser examinada restrictivamente, conforme las circunstancias del caso[45].

Estas reglas hemenéuticas tienden a proteger al titular de la imagen exhibida, respetando acabadamente sus derechos personalísimos implicados, a su vez que restringen el enriquecimiento patrimonial injustificado de terceros que actúen valiéndose de una imagen ajena.

4. Revocabilidad de la transmisión convencional del derecho.

Resulta discutible si la transferencia a favor de terceros del derecho de explotación económica resulta una mera autorización de uso, revocable libremente por el titular, o comporta una enajenación irrevocable que determina el egreso del derecho en forma definitiva de su patrimonio. La segunda opción resulta más apropiada desde la economía del contrato de cesión, al acordar a los cesionarios un derecho incondicionado por el que estarán dispuestos a pagar un mayor valor[46].

No obstante, la referencia a la identidad personal del cedente ha sido empleada para justificar una eventual revocación posterior de parte

---

[45] "Los derechos personalísimos son relativamente disponibles por su titular e indisponibles por terceros. Ante las consecuencias que esa disposición implica, la misma es esencialmente revocable. Por tanto, aun cuando el contrato mediante el cual una de las partes cedió y transfirió a la otra los derechos de publicación y reproducción que pudieran corresponderle sobre fotografías de su persona no contenga plazo o bien sea de plazo indeterminado, debe entenderse que éste se agotó en el mismo momento en que se produjo la primera emisión", C. N.Civ., SalaD, 17/07/1996, A., C. c. Editorial Perfil S. A., LA LEY 1997-D, 161 - DJ 1998-1, 422.

[46] AMAT LLARI, op. cit., pág. 42.

del titular de la imagen, que decide no seguir exponiéndola por razones personalísimas. Aquí cobra vigor el aspecto existencial del derecho, su inherencia al titular y las limitaciones a la disponibilidad.

Nuestro derecho se inclina por una postura intermedia, admitiendo la revocación de la cesión por parte del titular original del derecho, indemnizando daños y perjuicios y sin expresar las razones de la decisión (art. 31 ley 11.723), es decir, sin alegar incumplimiento de la contraparte ni frustración del contrato. Se trata de una solución equilibrada, que respeta ambas dimensiones del derecho, y que si bien es cierto que introduce cierto márgen de inestabilidad a las transacciones (al transmitirse una propiedad revocable), no lo es menos que condiciona el ejercicio de la facultad revocatoria al adecuado resarcimiento económico del cesionario.

Lo cierto es que el interés del cesionario es exclusivamente patrimonial, y se vería satisfecho por una indemnización integral y razonable, protegiéndose el interés extrapatrimonial del cedente, en la medida en que no sea ejercido abusivamente (arg. art. 1071 C.C.).

Se plantean dudas acerca de la validez de una renuncia contractual a esta potestad de revocar la cesión. Nos inclinamos a considerarla inválida, pues la solución legal se establece en clara defensa de los intereses extrapatrimoniales de la persona en cuestión, vinculados a su propia identidad, de una manera congruente con el sistema axiológico

constitucional, impregnado de un claro personalismo solidarista[47]. Sí nos parecen válidas las cláusulas penales o indemnizaciones predeterminadas que se establezcan para el caso de revocación del contrato, pues no la vedan jurídicamente[48].

En la inteligencia del sistema, el pago de la indemnización opera como recaudo necesario para la revocación de la autorización de uso, y no como una consecuencia aleatoria dependiente de la solvencia del titular de la imagen que, primero, revoca la cesión, y luego, paga si es que puede[49]. La ley no aclara si la indemnización debe pagarse antes de revocar el contrato (como condición previa) o después, aunque en el segundo caso nos inclinamos a pensar que la validez de la revocación se encuentra condicionada al pago del resarcimiento, por lo dicho.

5. Las hipótesis de libre disponibilidad y sus límites.

Sin perjuicio de la regla de disponibilidad exclusiva, es materia común el establecimiento de hipótesis de libre disponibilidad de la imagen ajena, fundadas en exigencias de carácter social.

---

[47] Conf. SANTIAGO (h), Alfonso, "El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", ED 07/06/01; CALDERON, Maximiliano – ELLERMAN, Ilse, "La ideología y la axiología de la Constitución Nacional Argentina", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 6, http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6/axiologia.htm.

[48] Aunque, por su quantum elevado, estas cláusulas podrían implicar de hecho la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria, frustrando el propósito legal. Existe un deber de buena fe de articular la revocación sólo cuando se está en condiciones de cubrir la indemnización (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 185).

[49] Conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 185.

a) El fundamento

Estas exigencias, concebidas como limitaciones constitucionales del ejercicio del derecho[50], se justifican en intereses generales relativos a la libertad de expresión (prevista por nuestra constitución en sus arts. 14, 32 y 43 in fine), direccionada a profundizar el desarrollo comunitario del conocimiento, la difusión de la información y la cultura y el libre mercado de ideas.

El conflicto se plantea en aquellos casos en que, invocándose un interés comunitario, se pretende hacer utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento, y ésta rechaza la utilización o (una vez producida) reclama su cesación o resarcimiento.

La tensión dinámica entre la libertad de expresión y la protección del individuo (en este caso, titular de la imagen) recrea las consideraciones generales realizadas en torno a este derecho, susceptible de lesionar derechos individuales (como el honor o la intimidad) cuando es ejercido de una manera abusiva o disfuncional.

b) Criterios de admisión de la libre utilización de la imagen ajena

---

[50] AMAT LLARI, op. cit., pág. 33; "Esta disposición que permite el uso de la imagen cuando otros hechos posteriores de interés público lo requieran, permite afirmar que se ha buscado contemplar tanto el derecho individual del habitante (art. 19 CN.), como el derecho general del público a estar informado y el paralelo derecho de los medios de difusión masiva de informar, de acuerdo con la libertad de prensa que reconoce el art. 14 de la Carta Magna", Cám. Nac. Civ., Sala L, 19/07/2002, S., A. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Lexis Nº 2002341.

En el caso particular del derecho a la imagen, se han propuesto diversos criterios (de utilización conjunta y complementaria), para determinar en qué casos la libertad de expresión debe prevalecer sobre el uso a la imagen y en qué casos debe ceder ante éste[51]:

- Criterio relativo al fin: La imagen de un tercero puede utilizarse libremente con fines informativos y con fines culturales, que justifique el uso de una imagen ajena[52]. No puede utilizarse con fines comerciales o publicitarios, sin autorización previa.

La utilización no autorizada con fines comerciales destaca el valor económico de la imagen con independencia de su uso precedente por el titular, habilitando reclamos indemnizatorios fundados en el provecho obtenido por el tercero que la empleo con esos fines.

- Criterio relativo al objeto de protección: La imagen se encuentra protegida cuando resulta directamente atribuible a una persona. Cuando la identificación es dudosa, o se refiere a objetos o accesorios complementarios que no son claramente integrativos de la imagen de la persona en cuestión, la utilización es libre.

- Criterio relativo a la entidad del daño: Cuando el daño potencial derivado del uso resulta significativo o grave, la utilización se encuentra

---

[51] En lo sustancial, se toman estos criterios de AMAT LLARI, op. cit, pág. 35 y ss., aunque con modificaciones introducidas por los autores de estas líneas.

[52] En estos casos, por la naturaleza de la actividad, se presume la existencia de un interés colectivo prioritario.

vedada. Las razones de interés social obligarían al titular de la imagen a respetar molestias o daños de menor entidad.

Cuando el titular de la imagen la estaba explotando activamente o, por ser un personaje público o famoso estaba en condiciones razonables de explotarla obteniendo una ganancia, el daño generado por el uso inconsentido resulta más facilmente cuantificable, pues puede referirse a la privación cierta o presunta de ganancias generada al titular.

Estos criterios deben emplearse acumulativamente y no de una manera alternativa, de tal suerte que sólo se autorice el uso libre de la imagen ajena, claramente identificada como tal, cuando se emplea con una finalidad informativa o cultural, sin causar un grave daño a su titular.

c) Régimen legal

En la legislación argentina (art. 31 ley 11.723), considerándose el interés social, se han instrumentado hipótesis de libre utilización de la imagen ajena, que deben a nuestro juicio considerarse taxativamente e interpretarse teniendo siempre en consideración el fin que persiguen. Entendemos que la dogmática legal adopta esencialmente el criterio relativo al fin, aunque pensamos que los demás pueden emplearse como correctivos y complemento de la fórmula legal.

Examinamos tales hipótesis:

- Muerte del titular de la imagen y sus sucesores calificados o transcurso del plazo legal máximo de 20 años desde la muerte: esta

alternativa ya fue examinada. Comporta una limitación a la transmisión *mortis causae* de los derechos de utilización, fundada en razones de interés general, tales como la libre circulación de la información.

- Empleo relacionado con fines científicos, didácticos y en general culturales: el elemento legitimante de la libre utilización deriva del interés social en la difusión, teniendo carácter axiológico. Lo relevante es la finalidad que se acuerda al uso de la imagen, que debe en su caso ser valorada judicialmente.

Los fines culturales deben ser apreciados ampliamente, alcanzando aspectos informativos, artísticos, científicos, o similares. No creemos correcto habilitar juicios relativos a la calidad del producto[53], sino exclusivamente a su razonable encuadramiento como bien cultural, pues la ley no establece un sistema de censura y calificación estética, sino sólo de comprobación de los fines. El uso cultural debe ser interpretado restrictivamente, a los fines de no desnaturalizar el sistema [54].

Los fines mencionados deben hallarse invariablemente presentes en la utilización de la imagen, que debe satisfacer intereses de conocimiento o información general o del desarrollo cultural del medio social. No se habilita la utilización con fines estrictamente comerciales o

---

[53] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 191.
[54] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 192.

promocionales, pues en tal caso se acordarían beneficios al responsable del uso inconsulto, sin ninguna justificación de base comunitaria[55].

La confluencia de intereses comerciales y culturales no deslegitima el uso, en la medida que tenga razonable prevalencia el carácter formativo o informativo. Vale la salvedad en la medida que el desarrollo de la industria de la información haría virtualmente estéril esta hipótesis si se la excluyera ante la mínima expresión de un ánimo de lucro involucrado[56].

Aún en los casos en que el uso se encuentra autorizado por el fin, subsisten recaudos generales relativos al empleo no lesivo del titular de la imagen, relacionados con otros derechos como la identidad, el honor y la intimidad. De allí que se imponga un empleo "inofensivo"[57], sin segundas

---

[55] CSJN, Lambrechi, Norma B. y o. v. Wilton Palace Hotel y o., 28/06/1988, Fallos T. 311, P. 1171; en Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A., la Cám. N. Civ, Sala J, 01/08/2000, L.L. 2000-F, 117, DJ 2000-3, 954, resolvió la demanda de una ex aeromoza de avión quien había sido fotografiada mientra cumplía sus tareas laborales, incluyendo la empresa luego la imagen en la revista que se reparte a los pasajeros. La defensa se basó en la excepción del art. 31Ley 11723, tesis refutada por el tribunal al advertir, con sólidos fundamentos, que dicha publicación tiene fines publicitarios y promocionales.

[56] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 187; VILLALBA, Carlos y LIPZYC, Delia, "Protección a la propia imagen", L.L. 1980-C-815.

[57] En un caso de difusión en una revista de corte sensacionalista de dos fotografías del cuerpo desnudo y sin vida de una persona, ante el reclamo de los padres a la editorial de la indemnización por el daño moral causado, el tribunal desvirtuó la defensa de los accionados basada en el supuesto interés cultural perseguido a través de la difusión –fines didácticos- y en que se trataba de hechos o acontecimientos públicos C. Nac. Civ., sala F, 14/10/1999, Valdez, José v. Editorial Perfil, con nota de Luis D. Crovi, Lexis Nº 20003160.. Para rebatir la aplicabilidad de la primera excepción dijo "...*en la especie, no advierto cuál ha sido la posible finalidad "cultural" que pueda haber tenido la publicación de las fotografías del cuerpo desnudo de la fallecida, las que ni siquiera fueron obtenidas en el lugar de los hechos, sino que fueron extraídas -presumiblemente- en el centro de asistencial donde fuera atendida o en la morgue judicial. Se trata de fotografías que -totalmente fuera de contexto e innecesarias para la información- han sido adosadas a la crónica policial con la única finalidad -como ya lo señalé- de impresionar e impactar al público en general, de manera totalmente sensacionalista...*". La valoración del decisorio

intenciones, sin tergiversaciones, y adoptando las precauciones necesarias para evitar la identificación de la persona, si fuera necesario según el caso[58].

El supuesto de utilización de imágenes de figuras públicas, conocidas o famosas no presenta particularidad alguna en la especie; su imagen sólo podrá ser utilizada sin consentimiento cuando se tienda a satisfacer uno de los fines legales[59]. Debe apreciarse que las figuras públicas son quienes podrían sufrir mayores perjuicios económicos por la utilización inconsentida de su imagen, al tener ésta un valor real o potencial concreto; en estos supuestos el uso inconsentido de la imagen

---

sobre el interés público como justificación de la publicación no consentida de la imagen resulta de un valor relevante: "*...se exige también que la cuestión debe provocar un notable interés. Si no hay un verdadero acontecimiento peculiar, que representa un interés informativo, serio, importante y útil para la sociedad, debe prevalecer el bien individual, pues, caso contrario, y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado. Y, en el caso de autos, ya se ha destacado que las fotografías resultaron absolutamente innecesarias a los fines de la información que se brindaba y, por tanto, las reproducciones no tuvieron el fin teleológico previsto por la ley. Aquí las fotografías se emplearon con un fin netamente comercial y sensacionalista".*

[58] RIVERA, Julio César, "Hacia una protección absoluta de la imagen", en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Nº 1, pág. 33; C.Nac. Civ, Sala D, 30/11/1993, P. de B., A.N. v. J.J. y otro, Lexis Nº 943150: se trató de la difusión en una revista científica de fotografías del rostro de un paciente a quien se le había realizado una cirugía estética, sin tomar los recaudos necesarios a fin de preservar la identidad del retratado

[59] En un reciente fallo, la Cám. Nac. Civ, Sala K, 30/0972003, Piazzolla, Daniel H. c. Telefónica Argentina S.A. s/ daños y perjuicios, http://www.eldial.com.ar/nuevodial/031009-a.asp, rechazó la demanda entablada por el heredero del célebre músico Astor Piazzola en contra de Telefónica Argentina S.A., la que utilizó un dibujo del músico realizado por el también famoso dibujante Hermenegildo Sabat en una serie de tarjetas de llamadas internacionales desde el exterior. En el caso el tribunal receptó la postura de la telefónica, la que alegó que la inclusión de dicha imagen pretendía llevar la cultura y el ser nacional hacia el mundo. El tribunal dijo que la inclusión de la imagen está autorizada por cumplir objetivos que hacen a la divulgación del ámbito cultural de nuestra nación.

debe acotarse contextual y ambientalmente, de suerte que resulte claro que su empleo es en carácter informativo y no publicitario[60].

- Empleo relacionado con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público: se trata de una hipótesis compleja, que comprende dos cuestiones distintas.

Por un lado, abarca los hechos o acontecimientos de interés público. Aquí el elemento legitimante de la libre utilización deriva del interés social en la difusión, teniendo carácter axiológico. Se trata de una alternativa que requiere una valoración (a realizarse de ordinario en sede judicial) acerca de la existencia de un razonable interés comunitario.

Si bien el examen deberá practicarse en cada caso concreto, existen ciertas materias que a priori pueden entenderse comprendidas en el interés público (gobierno, seguridad, administración de justicia).

Se ha señalado la necesidad de un "sano interés público"[61]. Compartimos la posición, en cuanto sólo legitima el uso no autorizado de la imagen cuando, en función de parámetros objetivos, su difusión

---

[60] Así lo resolvió la Cám. Nac. Civ., Sala K, Santos de Heller, María v. Editorial Perfil S.A., s/Daños y perjuicios, Lexis Nº 10/4147: "Cuando la reproducción de la imagen de la persona se relaciona con hechos, acontecimientos o ceremonias de carácter público o desarrolladas en público, se halla por completo justificada la limitación del derecho subjetivo a la imagen, habida cuenta de que la figura del retratado es simple elemento del hecho, acontecimiento o ceremonia de interés público o desarrollado en público, y puede incluso admitirse la existencia de un consentimiento tácito para la reproducción de la imagen encuadrada en aquel acontecimiento.... Tal criterio rector es evidentemente el que ha recepcionado el art. 31 de la ley 11723 cuando en su parte final alude a la libertad de publicación del retrato cuando se relaciona "...con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público...".

[61] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 187; Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño a los derechos de la personalidad", JA 1971-346.

satisface intereses colectivos. No basta referirse a los apetitos y orientaciones de consumo del público, sino que se requiere una real trascendencia colectiva[62].

Son aplicables a esta hipótesis las reflexiones realizadas en relación al empleo con fines científicos, didacticos y culturales.

Por otro lado, se comprenden los hechos o acontecimientos desarrollados en público. En este caso, el elemento legitimante de la libre utilización deriva del lugar y circunstancias en que se desarrolla un hecho que incluye al titular de la imagen. Lo definitorio en este punto es la intervención en hechos sociológicos realizados en público, a la vista indiscriminada de terceros, formando parte de un conglomerado de personas; de este modo, la imagen personal se diluye y despersonaliza, de modo que no existe un aprovechamiento especifico que requiera consentimiento[63].

Lo relevante es el conjunto, integrado por numerosos individuos cuya presencia resulta casual y anónima. Lo que se muestra es el hecho y el conjunto, y no el individuo particular.

---

[62] Fundado en el interés público, fue rechazada la demanda entablada por los herederos de Carlos Monzón por la utilización de la imagen del ex.-boxeador en una película: Cám.Nac.Civ. y Com. Fed., Sala 1ª, 9/11/2000, Monzón, Abel R. y otros v. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, Lexis Nº 20011303.

[63] "Cualquiera sea la índole del lugar público de la filmación, la difusión directa y personalizada de un sujeto en particular divulgando su imagen, no como alguien más que participa del acontecimiento o asunto de interés general, sino para utilizarla con un puro interés de lucro y explotarla comercialmente para dar contenido a una parte del programa televisivo, requiere el previo e inequívoco consentimiento del individuo", CNCiv, Sala A, 10/11/1997, Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A, L.L. 1999-A, 484 (41.169-S), JA, 1998-III-334.

Se trata de una hipótesis autónoma, que sólo requiere esta presentación colectiva para su funcionamiento[64]. No nos parece correcto adicionar el requisito de interés público[65], por cuanto la mostración de los acontecimientos realizados en público, como hecho sociológico, sólo resulta posible comprendiendo la imagen de las distintas personas que integran los conjuntos humanos respectivos, sin que sea materialmente posible recabar el consentimiento de todos los sujetos intervinientes.

Es requisito necesario de funcionamiento de esta hipótesis la exhibición de la imagen de las personas en forma anónima, diluída en la colectividad. Cuando se individualiza una persona determinada dentro del grupo, personalizando y enfatizando la mostración, recupera plena vigencia el principio de disponibilidad exclusiva y la necesidad de recaar autorización.

Corresponde aclarar que las hipótesis referidas autorizan el uso libre de la imagen, pero no conceden una carta de indemnidad a quienes la empleen, acotando las facultades de ejercicio en razón de otros derechos personalísimos, que podrían aparecer implicados (intimidad, honor, etc.).

V.- Determinación del valor económico de la imagen

---

[64] ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, op. cit., pág. 193/194.

1. Casos de cuantificación económica.

Conforme lo examinado antes, la imagen de una persona es cuantificada principalmente en dos circunstancias[66]:

a) Cuando el titular de la imagen resuelve aprovecharla económicamente, introduciéndola al giro comercial.

b) Cuando la imagen es utilizada inconsentidamente y con fines comerciales por un tercero, autorizando un reclamo de parte del titular.

Entonces, tenemos que la imagen posee por sí y en todos los casos un valor económico potencial, que se actualiza cuando se emplea efectivamente con una finalidad comercial o publicitaria.

El valor comercial se observa más claramente en el caso de personas famosas, cuya imagen tiene un valor de mercado indiscutible, hayan instrumentado o no la forma de obtener provechos pecuniarios concretos.

En el caso de las personas no famosas, debe reconocerse igualmente un valor publicitario, que puede materializarse en caso de contrataciones originarias[67] y de utilizaciones inconsentidas. En este segundo caso, se intenta evitar el enriquecimiento injusto de quienes se

---

[65] CIFUENTES, Santos, op. cit., pág. 535, recurriendo al concepto de "eventos de notable interés".

[66] No se trata de que la imagen se patrimonialice, sino tan sólo de la determinación numérica del valor patrimonial preexistente.

[67] Es el caso de una persona no famosa que, por medio de un casting, es elegida con fines publicitarios.

apropian de la imagen ajena para incrementar sus beneficios comerciales[68].

En relación al daño por uso inconsentido de la imagen, debe destacarse que presenta una dimensión patrimonial y otra extrapatrimonial. Sólo la primera presenta relaciones con el valor económico de la imagen, quedando la segunda atrapada en la esfera del daño moral[69]. Es llamativo que la mayoría de las resoluciones judiciales publicadas, relacionadas al tema, concluyen en el otorgamiento de indemnizaciones por daño moral[70].

2. Formas de cuantificación de la imagen.

Lo dicho permite establecer distintas maneras en que se cuantifica la imagen, según el caso:

a) Cesión contractual del uso: en este caso el valor de la imagen se determina convencionalmente, según su valor de mercado, teniendo en cuenta los probables réditos derivados de su utilización (conforme la

---

[68] AMAT LLARI, op. cit., pág. 13.
[69] El daño moral por violación del derecho a la imagen se produce por su sola utilización, sin necesidad de que se vulneren otros derechos personalísimos (conf. C.Nac.Civ., Sala D, 30/11/93, LL 1994-D-147; C.Nac. Civ. Sala C, 06/05/82, ED 99-714, entre otros).
[70] C.Nac. Civ, Sala D, 30/11/1993, P. de B., A.N. v. J.J. y otro, Lexis Nº 943150; ídem, Sala I, 02/11/1997, Houssay, María I. V. Industrias Electromecánicas SABA S.A.I.F.C. Wemir Electrodomésticos, Lexis Nº 1/52585; Sala L, 19/07/2002, S., A. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Lexis Nº 2002341.

fama, prestigio y proyección publicitaria del titular), la importancia de la empresa cesionaria, el uso que se pretende darle (específico, temporario o permanente; como “imagen oficial” o no; para uno o varios productos; etc.), la exclusividad de la transferencia, etc..

b) Utilización inconsentida que genera daños económicos facilmente cuantificables al titular: en este caso, la determinación del valor de uso de la imagen se establece en relación al daño o pérdida patrimonial causado, siguiendo la dogmática tradicional en materia resarcitoria, sin perjuicio de lo que el grado de enriquecimiento del infractor pueda resultar relevante.

Se trata de circunstancias en que el uso por un tercero tiene un valor real o aproximado en el mercado[71].

La cuantía del perjuicio comprenderá, de ordinario, el valor de uso que no fue pagado por quien empleo la imagen, de fácil determinación cuando el titular de la imagen se encuentra explotándola por una cierta cifra[72]. Puede, según los casos, incluir montos por ganancia porcentual

---

[71] En el caso fallado por C. N.Civ., SalaD, 17/07/1996, A., C. c. Editorial Perfil S. A., LA LEY 1997-D, 161 - DJ 1998-1, 422, se determinó el resarcimiento patrimonial en relación al monto máximo pagado en relación a contratos similares al que motivó el juicio. Igual tesitura siguió la C. N. Civ., Sala I, 31/08/1995, Rother, Sergio H. y otro c. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros, L.L. 1998-B, 722, se tuvo en cuenta el monto del contrato violado y sus sucesivas prórrogas.

[72] Cám Nac. Apel. Civil, Sala G, 04/10/2000, Urzi, Daniela A. c. System Action S.R.L., L.L. 2001-A, 8, DJ 2001-1, 481; RCyS 2001-I, 144: se trató de un supuesto de continuación de la utilización de la imagen después de la finalización del contrato que lo permitía, y la indemnización se fijó en base al precio pactado. En este sentido GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., op.cit., loc.cit., enseña que el daño material se

esperada o por resarcimientos a terceros derivados de violaciones de cláusulas de exclusividad.

c) Utilización inconsentida que no genera daños económicos facilmente cuantificables: en este caso, se plantea un serio problema en cuanto a la cuantificación de los perjuicios por uso inconsentido.

Aquí no hay una explotación patrimonial de la imagen que preceda su uso inconsentido, ni un valor de mercado apreciable, por lo se ha propuesto mensurar el daño en función de los beneficios percibidos por quien utiliza la imagen.

Un criterio de cuantificación podría atender al enriquecimiento injusto del usurpador de la imagen. Es el caso característico de las personas no famosas, cuya imagen no tiene valor de mercado[73].

Sin embargo, esta vía resulta ajena al principio de indemnización integral, imperante en nuestro sistema resarcitorio.

---

cuantificará "según el lucro cesante derivado de la frustrada posibilidad de obtener una retribución para otorgar la autorización. En el caso de artistas, deportistas o modelos publicitarios se fijará en base al cachet estimado y no percibido para casos similares, y en el caso de personas no dedicadas a publicitar su imagen, el monto será fijado a criterio razonable del Tribunal, pudiendo el criterio de una relativa analogía servir...".

[73] En el citado Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A., la actora, quien no era una persona famosa, reclamó una suma de dinero en concepto de enriquecimiento sin causa por parte de los demandados. El Tribunal rechazó la demanda en este rubro, al considerar que el perjuicio causado se limitaba al daño moral. Igual suerte, el rechazo, corrió el reclamo formulado en contra del diario Clarín por quien fue fotografiado y cuya imagen fue publicada en primera plana vinculada, en forma errónea, a un delito. En este caso el Tribunal concluyó en que no procedía la indemnización por daño patrimonial pues la publicación errónea de la imagen se indemnizaba a través del daño moral y no se habían probado las mayores ventas que la publicación habría generado: C CNCiv, Sala J, 31/08/1999, P., F. A. c. Diario Clarín y otro, LA LEY 2000-B, 21, con nota de Gerardo Ancarola.

Tampoco parece satisfactorio el recurso al enriquecimiento sin causa, limitado objetivamente por el empobrecimiento del damnificado[74].

Lo cierto es que, si no se exige la prueba del empobrecimiento y se considera sólo el enriquecimiento que obtuvo el responsable, estaríamos utilizando técnicas sancionatorias, ajenas a la estructura resarcitoria del sistema de daños argentino.

El respeto al sistema indemnizatorio vigente obligaría a demostrar un perjuicio real, que podría precisarse tomando como referencia el precio que efectivamente hubiera cobrado la persona no famosa por el uso de su imagen. Como dicho precio, según valores de mercado, puede ser ínfimo, el resultado práctico sería el enriquecimiento injusto del apropiador de la imagen, el incentivo de conductas de apropiación ilegítima (económicamente rentable) y la insuficiencia de la tutela de la autodeterminación de las personas individuales, que quedarían constantemente expuestas a sustracciones de imagen.

El déficit axiológico de esta alternativa importa la enérgica propuesta de un sistema mixto, resarcitorio – sancionatorio, recurriendo a instrumentos punitivos, aceptados por la más moderna doctrina dentro de nuestro sistema jurídico[75]. La función correctiva y disuasoria de tales

---

[74] En estos casos el lesionado debería probar que en casos similares quien cede su imagen participa en las ganancias de quien la utiliza.

[75] Entre numerosas publicaciones, remitimos a KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados `daños punitivos' en el Derecho Argentino?", anticipo de "Anales", año XXXVIII, N° 31, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y a PIZARRO, Ramón Daniel, "Daños Punitivos", en "Derecho

técnicas parece el único mecanismo idóneo a los fines de evitar ilegítimos enriquecimientos en el sentido que venimos comentando[76].

---

de Daños", Segunda Parte, libro en homenaje al profesor Félix Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires 1993).

[76] La incorporación de técnicas de disuasión económica que obliguen a las empresas a internalizar en su estructura de costos montos significativos por operar conductas contrarias a la ley resulta fundamental en la estrategia preventiva de ilícitos y daños por los días que corren. En la actividad empresaria, tanto el valor de una indemnización como el de una sanción representan costos, y el cálculo riesgo – beneficio se realiza considerando el impacto económico que aquellos suponen, sin ningún examen axiológico o ético complementario.