

LA CONSAGRACIÓN
DEL DERECHO DE IMAGEN
–Y SUS VERTIENTES–
EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
Y LA SITUACIÓN ACTUAL
EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

THE CONSECRATION OF THE IMAGE RIGHT
–AND ITS RELATIONSHIPS–
IN SPANISH LEGISLATION
AND THE CURRENT SITUATION
IN CHILEAN LEGISLATION

*Cristóbal Cerliani Torres**

RESUMEN: El presente artículo pretende informar al lector que el derecho de imagen cuenta con dos vertientes: La primera, denominada “positiva”, que consiste en la comercialización del derecho y la segunda, denominada “negativa”, que consiste en la prohibición de intromisiones ilegítimas de la imagen de las personas. Ambas vertientes recaen sobre la persona, pero sus alcances y efectos son diversos; se analizarán a través de conocidas jurisprudencias que serán ilustrativas –y entretenidas– para el lector. Junto con lo anterior, se analizará la completa reglamentación que actualmente existe de este derecho en la legislación española con la precaria reglamentación en la legislación chilena.

PALABRAS CLAVES: Derecho de imagen, vertiente positiva, vertiente negativa, ley orgánica, derecho civil, mercantil.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil Universidad del Desarrollo y Universidad de las Américas. Magíster en Derecho Patrimonial Privado Universidad de Salamanca y pública de Navarra (España). Correo electrónico: ccerliani@udd.cl

ABSTRACT: This article aims to inform the reader that the Image Right has two aspects, the first, called “positive” which consists of the commercialization of the right and the second, called “negative” which consists of the prohibition of illegitimate interference of the image of people. Both aspects fall on the person, but their scope and effects are diverse; The slopes will be analyzed through well-known jurisprudence that will be illustrative –and entertaining– for the reader. Along with the above, the complete regulation that currently exists of this right in Spanish legislation with the precarious regulation in Chilean legislation will be analyzed.

KEYWORDS: Image Law, positive aspect, negative aspect, Organic Law, civil and commercial law.

I. INTRODUCCIÓN

Lo que abarcaremos en este estudio es la forma de comercialización de la imagen del punto de vista jurídico; lo que se denomina *personality merchandising* en doctrina –y del punto de vista legal es la vertiente positiva del derecho de imagen– que se encuentra consagrado en el art 2.2 de la Ley orgánica 1/82 del 5 de mayo (en adelante LO 1/1982). Junto con ellos se hará referencia al el concepto de *right of publicity*¹, acepción que se traduce en el valor comercial de la identidad personal, ya no bajo una mirada de protección por la violación de la propia imagen, sino que enfocado desde un punto de vista comercial, acerca del valor económico que tienen las personas denominadas “conocidas” con la explotación de su identidad personal y como ellos podrían ver afectado sus intereses económicos si terceros explotan dicha imagen sin su consentimiento.

El derecho de imagen en la legislación española reposa sobre una base de preeminencia civilista en vez de una concepción mercantilista, en el sentido que se encuentra consagrado y reglamentado en la situación que se vulnera el derecho de imagen de una persona y sus eventuales consecuencias. No obstante, de ello se acepta el uso de la imagen de la persona, pero no en el ámbito de la legislación de Estados Unidos, ya que, desde el siglo pasado, especialmente con la evolución del cinematógrafo comienzan a nacer las principales “celebridades” y son ellos los que empiezan a lucrar con su propia imagen. Este artículo pretende enfocar que el derecho de imagen de cada

¹ Es el nombre con el que se ha desarrollado desde mediados del siglo xx en Estados Unidos, el derecho de propiedad sobre la identidad personal.

persona existe un derecho de propiedad, por lo que se puede realizar todo acto dentro del ámbito jurídico y, así, excluir la concepción que existe en la mayoría de las legislaciones acerca de que la imagen es un atributo de la personalidad y, por tanto, no podría quedar dentro del tráfico jurídico. Junto con ello se hará una pequeña reseña de la legislación chilena, donde el derecho de imagen es reconocido por parte de los tribunales, pero desconocido desde el punto de vista legal, pues no se encuentra plasmado en la legislación y ni mucho menos en la Constitución, como sucede en la legislación española. La situación en Chile es ambigua, puesto que el derecho existe, pero de manera implícita dentro de la garantía constitucional de la vida privada y no como un derecho fundamental autónomo como sucede en España.

II. EL DERECHO DE IMAGEN:

CONCEPTO, CONSAGRACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CHILENA; Y VERTIENTES DEL DERECHO DE IMAGEN

2.1 *Concepto*²

La “imagen” no es un concepto unívoco, ya que puede tener múltiples significados; para comenzar este trabajo podemos tomar dos acepciones de “imagen”, primero como “figura” y segundo, como “reproducción de dicha figura” por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etcétera³

La imagen como figura constituye un atributo de la personalidad⁴ y la imagen como reproducción es un objeto ajeno a la propia persona, mecanismo que se representa la figura humana frente a la sociedad, y es la acepción mercantilista de imagen, ya que se cosifica la imagen para poder entrar en el ámbito jurídico y así poder disponer de la reproducción de la imagen.

La “imagen pública” puede ser entendida de diversas maneras. El *Diccionario de la lengua española* la define como: “Conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”. Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón:

² En el presente trabajo, cuando se haga referencia a “imagen” se entenderá como sinónimo de derecho de imagen y viceversa.

³ VERDA Y BEAMONTE (2007).

⁴ Se entiende en parte de nuestra legislación que la imagen está inserto dentro del “nombre”; pero no nos parece adecuado y sostenemos que la imagen es un atributo de la personalidad autónoma.

“El derecho a la propia imagen consiste, en última esencia, en el poder de decidir –consentir o impedir– la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento”⁵.

Para Pablo Nogueira Muñoz es:

“La facultad que posee toda persona para oponerse a que terceros a quienes no se ha autorizado expresamente capten, reproduzcan o publiquen la figura física de la persona retratada”⁶,

concepto que no encontramos del todo acertado, ya que hace alusión a la vertiente negativa de derecho de imagen y no a su concepción positiva. En cambio, el concepto otorgado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos amplía el concepto, incluyendo la vertiente positiva, la cual está ligada a un uso comercial de la imagen, mediante el consentimiento del titular. Para efectos de estudio de este artículo, pretendemos ofrecer un concepto mercantilista de del derecho de imagen, para el cual lo podemos definir como :

“La facultad que emana del titular, mediante su consentimiento expreso, de poder disponer de su imagen por cualquier medio, con tal que no quepa duda acerca de la identidad del titular y obtener a cambio una retribución por ello”.

2.2 *Consagración en la legislación española y problemática de su consagración civilista. Situación en la legislación chilena*

2.2.1 Consagración constitucional

El derecho de imagen en la legislación española es un derecho fundamental⁷, por lo que aparece reconocido expresamente en la Constitución de 1978 por primera vez en su art. 18.1 junto con el honor e intimidad y, además, aparece regulado y desarrollado en la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen⁸. A pesar de su estrecha relación (honor, intimidad e imagen), estos derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidas a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio

⁵ DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1992), p. 356

⁶ NOGUEIRA (2010), p. 58.

⁷ Aquellos derechos que, con eficacia directa, se contienen en la Constitución española.

⁸ Fue publicada por primera vez en BOE de 14 de mayo de 1982 y entra en vigor el 3 de junio de 1982. Cuenta con dos capítulos divididos en nueve artículos.

y específico. Esto significa, a los efectos que aquí interesan, que mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en que mediante las mismas se invada la intimidad, pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar, y permita identificar a la persona fotografiada⁹.

La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 81/2001 de 26 marzo de 2001 define el derecho de imagen en su dimensión constitucional como:

“Un Derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humanada y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en la esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad, informativa, comercial, científica, cultural, etc. –perseguida por quien la capta o difunde”¹⁰.

Dentro del ámbito europeo, también aparece reconocido en la Constitución de Portugal en su art. 26.1. En la legislación italiana aparece en el art. 10 del *Código Civil*. Además, en el ámbito sudamericano aparece incorporado en las respectivas Constituciones; en Bolivia en su art. 21.2, Brasil en su art. 5x, Ecuador art. 66.18 y Perú en su art. 2 número 7. En la legislación argentina aparece mencionado en el reciente *Código Civil* en su art. 53. Tanto en Chile, Francia, Alemania, Estados Unidos e Inglaterra no aparece expresamente en sus respectivas Constituciones, pero se entienden implícitamente comprendidos dentro del derecho de intimidad o a la vida privada y, en otras legislaciones, no existe ninguna referencia ni a la propia imagen ni a la vida privada, como es el caso de las Constituciones de Dinamarca, República Popular de China y la de Cuba.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2001b).

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2001a).

Como se ha dicho, en España tiene un rango constitucional, ya que es el art. 18.1 que lo reconoce: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” además así es mencionado en la STC de 2 de diciembre de 1988:

“Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona”¹¹.

Hasta antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no existía ningún régimen específico del derecho de imagen en España. La protección del derecho de imagen se plasmaba en el art. 1902 del *Código Civil*, y a través de la legislación penalista, entre las injurias y calumnias.

El derecho de imagen desde el enfoque constitucional queda enmarcado dentro de los derechos fundamentales, por cuanto se enmarca en un ámbito privilegiado en cuanto a sus garantías legales y su tutela por los órganos jurisdiccionales¹².

Ahora, tanto la tesis constitucionalista como civilista logran encasillar el derecho de imagen, ya sea como derecho fundamental para la postura constitucional o derecho de la personalidad para la postura civilista, que, a nuestro parecer, del punto de vista mercantil es anacrónico, ya que existen mecanismos de disposición de la imagen personal.

2.2.2 Consagración legal

Este derecho aparece desarrollado y regulado en la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, el respeto de tales derechos constituye un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Se puede comenzar hablando de derecho de imagen en la legislación española por dos grandes categorías:

1. Desde el punto de vista constitucional, el derecho a la imagen es un derecho fundamental y
2. Desde el punto de vista del derecho civil es un derecho fundamental de la personalidad,

expresión que tiene el apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el fin de superar la discusión entre derechos fundamentales y derechos de

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1988b).

¹² HIGUERAS (2001), pp. 174-175.

la personalidad¹³ por lo que toma el carácter de irrenunciable, personalísimo, absoluto, imprescriptible, inalienable y, por regla general, extrapatrimonial; no obstante a la fuerza intransferible que impera este derecho, constituye una excepción a la regla, ya que es susceptible de una valoración económica e, incluso, de transacciones en el mundo de los negocios.

Debe quedar claro que el derecho de imagen es inalienable, es inseparable del titular, cuando el sujeto comercialice su propia imagen habrá una disposición “aparente”, ya que una persona no puede separarse de su propio derecho de imagen; lo que realmente ocurre en la cesión de alguna facultad por un intercambio económico.

La LO 1/1982 protege civilmente el derecho a la imagen frente a todo tipo de intromisión ilegítima. Así, se considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo que se trate de un cargo público y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando se trate de una caricatura del mismo, de acuerdo con el uso social o la imagen captada sea accesoria a una información gráfica sobre un acontecimiento público. Tiene la consideración de intromisión ilegítima, a efectos de la presente ley, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, siempre y cuando no haya mediado el consentimiento del titular. Este último apartado es lo que la doctrina ha denominado derecho patrimonial de la imagen y el cual el presente trabajo pretende desarrollar especialmente sus mecanismos de disposición al ser una de las excepciones por excelencia del derecho de la personalidad.

Por otro lado, aparece reglamentado este derecho en el *Código Penal* español, en sus arts. 197, 198 y 201. A través de tipos penales que protege a la persona contra los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

2.2.3 Consagración civilista del derecho de imagen

A diferencia de la legislación estadounidense, la reglamentación sobre derecho de imagen en España tiene una marcada connotación civilista. Es cosa de leer rápidamente la LO 1/1982 para ver su ámbito de protección. Si bien el art. 2.2¹⁴

¹³ Derecho de la Personalidad: “Titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma” [...] que tienen un “contenido ideal, inmaterializado”. Concepto de Beltrán de Heredia.

¹⁴ Art. 2.2 “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

de la respectiva ley permite comercializar la imagen, ya que dicho artículo nos permite que el acto ilegítimo sea legítimo si existiera la autorización de la ley y/o el consentimiento del titular. La legislación española pretende dar protección al derecho de imagen, adquiriendo una actitud activa en los casos de su vulneración, pero no se logra apreciar una intención del legislador español de poder introducir el derecho de imagen dentro del comercio, ya que entraría en juego múltiples derechos en colisión. Por eso es la doctrina y la reciente jurisprudencia que comienza a hablar sobre la comercialización de la imagen de las personas, que no tienen por qué ser personas famosas, ya que a modo de ejemplo un estudiante que obtiene un buen puntaje para ingresar a una carrera universitaria podría ser utilizada su imagen como medio de publicidad en favor de la universidad. La única diferencia entre darle un papel comercial a la imagen entre una persona famosa y una persona no conocida es el valor económico que se le atribuye al agente, ahora, de un punto de vista negativo la consideración de que el sujeto sea o no famoso solo incidirá a los efectos de valorar la indemnización.

España es un país donde viven personas de renombre mundial, ya sea del ámbito deportivo, artístico, músico, literario, etc., donde solo el art 2.2 de la LO 1/1982 nos abre la posibilidad de otorgar un matiz comercial a la imagen. Y es un precepto que al parecer lo único que hace es eliminar la antijuricidad de una conducta, por medio de la ley y/o el consentimiento, en vez de ser una norma permisiva de disposición derecho de imagen. Es por esto por lo que en España se recurre a contratos atípicos nominados u a otras figuras legales, como la cesión, para la disposición del derecho de imagen, en virtud de una legislación marcadamente civilista.

Como consecuencia de la marcada concepción civilista en el derecho de imagen en la legislación española es que se le atribuye como un derecho fundamental de la personalidad, por lo que queda demostrado su carácter de intransferible, pero del punto de vista del derecho mercantil sí existe una capacidad de disposición de la identidad personal de cada persona y eso tiene su origen en Estados Unidos, que desde 1953 toma el nombre de *right of publicity*, que no es más que el derecho de propiedad sobre la identidad personal.

Señala Post, el *right of publicity* reconoce un derecho de propiedad sobre la identidad que puede ser legalmente separado de la persona de una forma que los derechos de la privacidad no pueden:

“La personalidad se ‘cosifica’ y se convierte en algo en el mundo externo, separado de uno mismo. Por esta razón, la personalidad ‘cosificada’ puede prolongarse más allá de la propia existencia del individuo que la crea y puede también ser poseída y usada por personas distintas de su creador”¹⁵.

¹⁵ POST (1991), p. 647, en p. 668.

Lo que existe en la legislación española es una marcada legislación protectora de la imagen ante una vulneración, y es cosa de revisar la jurisprudencia para percibir que la gran mayoría de las causas son por vulneración del derecho de imagen. Del punto de vista del derecho mercantil no se produce un daño moral por la exhibición no autorizada de la imagen, ya que bajo el alero de esta rama del derecho la mayoría de los casos los titulares ya son personas “famosas” y difícilmente puede producirse un daño moral equivalente al que sufre una persona que no es conocida cuya identidad es difundida. En estos casos, más que daño moral sobre la divulgación de la imagen de personas, que ya son conocidas, se habla sobre lucro cesante que les afecta, ya que es un daño patrimonial que sufren porque al ser explotada su imagen, sabiendo que esta trae patrimonio, sin su consentimiento, están perdiendo una ganancia esperada con la difusión no autorizada por parte del titular.

2.2.4 Situación en la legislación chilena

A diferencia de la legislación española, el ordenamiento jurídico chileno carece de normas que protejan el derecho de imagen, por lo que no se encuentra reconocido en el ámbito constitucional y con menor razón aparece regulado ni menos desarrollado en una ley especial como es el caso de la LO 1/1982¹⁶. Por lo que se recurre a la jurisprudencia, a la doctrina autorizada y ordenamientos extranjeros para solucionar los principales inconvenientes relativos al derecho de imagen. Los ordenamientos españoles e italianos al tener una legislación similar a la chilena nos permiten obtener algunas respuestas a los problemas cuando el derecho de imagen está en conflicto, ya que en dichos ordenamientos se encuentra reglamentado expresamente.

Llama la atención la referencia de la legislación francesa en este punto, ya que el derecho privado chileno deriva del *Código Civil* de Napoleón. En ámbito de derecho de imagen es casi idéntico, ya que no tienen una legislación especial sobre el tema, pero sí se diferencian en que existe una notoria

¹⁶ En materia laboral y penal del ordenamiento jurídico chileno se pueden encontrar normas que hacen referencia al derecho de imagen, pero en ningún caso constituye una regulación. En materia laboral son los arts. 145 I y 152 bis F emanados del *Código del Trabajo* chileno que señalan que los empleadores requerirán autorización expresa para utilizar y explotar la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos y de los deportistas, para fines distintos del objeto principal de la prestación de servicios. En materia penal el *Código Penal* chileno en su art. 161. A que nos habla del derecho de imagen; pero no es una protección a la imagen personal propiamente tal, ya que el bien protegido es la vida privada, donde se tipifica el delito de la obtención y difusión de imágenes de carácter privado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso público. Excluyendo ambos *Códigos* difícilmente podemos encontrar normas que hagan alusión al derecho de imagen.

cantidad de jurisprudencia desarrollada. Hoy, en el derecho francés el derecho de imagen es autónomo y no forma parte del derecho de intimidad, por lo que se puede vulnerar la intimidad y no la imagen, y viceversa.

En la legislación chilena el problema radica principalmente que el derecho de imagen no aparece mencionado expresamente en la *Constitución Política de Chile* de 1980, especialmente dentro del capítulo III donde hace referencia a los derechos y deberes constitucionales¹⁷.

Ante esta carencia legislativa, las partes han buscado protección en la vulneración del derecho de imagen a través del recurso de protección¹⁸ y han invocado las garantías fundamentales del derecho a la vida privada o al honor, los cuales poseen una estrecha correlación con el derecho de imagen, pero son totalmente independientes uno de otros.

El art. 19 n.º 4 comienza: “La Constitución asegura a todas las personas” y el numeral número cuatro: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”¹⁹. Es la doctrina y jurisprudencia que establece que el derecho de imagen se encuentra implícitamente reconocido²⁰ en la Constitución, para luego solucionar la discusión si el derecho de

¹⁷ Capítulo que cuenta con cinco artículos, comenzando con el art. 19 donde enumera los derechos y deberes constitucionales, que son veintiséis, y donde continúa con el art. 20, que hace referencia al recurso de protección, que es una acción jurisdiccional de la Constitución Política de la República de Chile y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva (tribunal de segunda instancia por regla general) tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales.

¹⁸ Acción jurisdiccional de la Constitución Política de la República de Chile y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva (tribunal de segunda instancia por regla general) tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales.

¹⁹ La expresidenta de la República de Chile Michelle Bachelet, a cinco días de terminar su mandato (11 de marzo de 2018) firmó el proyecto de ley de reforma constitucional que establece los contenidos de una nueva Carta Fundamental para Chile, en el cual el nuevo proyecto no incluye al derecho de imagen, manteniendo la Constitución en este ámbito. El nuevo ministro del Interior el 15 de marzo de 2018 anunció que el nuevo gobierno no pretende avanzar en el proyecto.

²⁰ Cabe destacar el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile causa rol n.º 32-1982 y 34-1982, en el que es el primer caso resuelto por los tribunales chilenos sobre el derecho a la propia imagen, al poco tiempo de la entrada en vigor de la Constitución de 1980. Se deduce recurso de protección interpuesto por determinados futbolistas de la selección nacional de fútbol en contra de la empresa Salo Ltda., ya que no autorizaron la reproducción de sus imágenes en un álbum titulado *España 82, Mundial de Fútbol*. En su considerando 40 de la sentencia se establece: “Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural e innato a todo individuo por el solo hecho de serlo

imagen es un derecho autónomo al derecho de la vida privada o es accesorio²¹. La tendencia jurisprudencial chilena antes del año 1997 rechazaba recursos de protección por vulneración del derecho de imagen simplemente porque este derecho no se encontraba plasmado expresamente en la Carta Fundamental, si bien el derecho fue reconocido ya en sentencias de años anteriores, pero al no estar plasmado el derecho se veían en la situación de no acoger los recursos por falta de texto expreso. Luego del año 1997 la jurisprudencia tuvo un vuelco, ya que comenzó a acoger recursos de protección por vulneración del derecho de imagen por dos numerados distintos del art. 19:

1. Como una extensión a la vida privada (numerando cuarto del art. 19).
2. Como un derecho de propiedad de cada persona (numerando 24 del art. 19)²².

Por lo que en la legislación chilena se puede recurrir por dos vías, ya sea por estar implícitamente introducido en el derecho de la vida privada o cuando se vulnera el derecho de propiedad que cada titular detenta de su propia imagen por su uso no consentido dentro del ámbito de la publicidad. En los casos en que se han rechazado recursos fundados en el derecho de imagen no es porque se desconozca el derecho, sino que es por otros motivos, como, por ejemplo, falta de legitimación del recurso o porque el plazo para interponer el recurso ha caducado, etcétera.

y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley". En la misma línea jurisprudencial se encuentran las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 31-1997, Rol Nº6348-2002, rol n.º 127-2008.

²¹ Somos partidarios de la doctrina ya unificada sobre que el derecho de imagen es un derecho autónomo al derecho de honor y a la vida privada. Con respecto a este último por ningún motivo es accesorio, ya que se puede atentar contra la vida privada y no contra la imagen o viceversa.

²² Se acogen recursos de protección fundados en vulneración del numeral n.º 24 de la Constitución Política de Chile "El Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"; el año 2003 se interponen dos recursos de protección por parte de dos deportistas destacados chilenos, Fernando González (tenista) e Iván Zamorano (futbolista) en contra de VTR, que es una operadora televisiva, por la utilización no consentida de su imagen en publicidad, ya que ven menoscabado su patrimonio al ser personas famosas. Por lo que deducen recurso de protección por vulneración del derecho de propiedad en su imagen personal.

Aunque una parte de la doctrina nacional chilena establece que no es que se vulnere el derecho de propiedad, sino que se vulnera el numeral n.º 21 de la Constitución chilena, que hace referencia al "Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

Somos de la opinión que la legislación constitucional chilena debe evolucionar al igual que sus pares donde el derecho de imagen aparece consagrado legalmente y elevados a rango de derecho fundamental. Al no encontrar su consagración en la Carta Fundamental lleva a los abogados a incluirlo dentro del derecho a la vida privada, para fundamentar sus demandas, siendo derechos totalmente diferentes y cada uno con sus matices claros. Si bien el problema ya se encuentra soslayado por los tribunales chilenos a través de sus pronunciamientos que no cabe duda de que es un derecho autónomo y que, si bien no encuentra su reglamentación expresa se desprende que existe.

2.3 *Vertientes positivas/negativas del derecho de imagen*

El derecho de imagen presenta dos vertientes, la primera de un punto de vista positivo, y la segunda de un punto de vista negativo. Se puede dilucidar ambas vertientes en la LO 1/1982, el primero hace referencia a que se pueda acceder a la imagen personal de cada persona mediante el consentimiento que la propia ley establece, que debe ser expreso y podrá ser revocado en cualquier momento; ese consentimiento no implica la absoluta renuncia de los mismos sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran o también puede ser entendido como consentir en la reproducción de la imagen, derecho que emana de cada persona sobre su propia imagen lo que no debe confundirse con su imagen física. Luego encontramos en la misma ley la vertiente negativa, que es la se desprende del art. 1.1. de la ley LO 1/1982 cuando establece:

“El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

En lo que se traduce en erradicar toda conducta que suponga intromisiones ilegítimas en el sujeto, las cuales se encuentran especificadas en el art. 7.

2.3.1 *Vertiente positiva*

Sería el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen, y a facultar a terceros que lo hagan, ya sea por el consentimiento expreso del titular o por autorización expresa de la ley²³, como lo establece el art. 2.2 de la LO

²³ No se ve problema en que el consentimiento lo otorgue un tercero debidamente facultado para ello, ya que estando en el ámbito del derecho privado en que se puede hacer todo

1/1982. Hay que hacer una distinción del punto de vista práctico, ya que recordemos que para la rama del derecho civil el derecho de imagen es un atributo de la personalidad, por lo que el titular no puede desprenderse de él.

Desde la rama del derecho mercantil español, tenemos que mencionar que el consentimiento por parte del titular sobre la reproducción de su imagen no solo impone un intercambio que consiste en la promoción de bienes o servicios con carácter comercial, sino, que, también, el aprovechamiento económico de la imagen con compañías sin fines de lucro sean estos de carácter filantrópicos o de beneficencia²⁴, a cambio de una retribución, ya sea en dinero o en bienes lo que esto último se denomina “canje” en el mundo de los espectáculos o gratuitamente. Para esta rama del derecho, el titular detenta de un verdadero derecho de propiedad sobre la reproducción de su imagen, por lo que está inmerso en el océano jurídico del derecho; no es que se desprenda de su imagen en su totalidad, ya que eso no se podría sino que cede su derecho de explotar la reproducción su imagen²⁵.

Ya está resuelto por la doctrina especializada, que todas las personas pueden lucrar con su imagen, independiente de cuanto sea el monto económico que puedan percibir por su utilización.

En esta vertiente positiva-mercantilista de la imagen se incluye, asimismo, la voz y el nombre de la persona. El aspecto positivo no es más que el *right of publicity*.

2.3.2 Vertiente negativa

Se desprende acerca de la prohibición de intromisiones ilegítimas de la imagen de las personas, ya que es la LOC 1/1982 que comienza en su art. 1.1 El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica, dicho artículo presenta varias características importantes; primero, hace referencia expresa

aquello que la ley no prohíba y, no existiendo tal prohibición, no vemos el inconveniente en que un tercero consienta por el titular.

²⁴ ANGUIA (2006), p. 378.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2001b), aquí que se establece: “el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado”.

que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental; segundo, que se encuentra protegido civilmente, específicamente a través del art. 1902 del *Código Civil* español, especialmente a través de las normas de la responsabilidad extracontractual, puesto que existirá una intromisión ilegítima lo que se traduce que no existe consentimiento para la difusión de la imagen y en la gran mayoría de los casos ni siquiera existe consentimiento por parte del titular de la imagen de que está siendo captado; tercero, intromisiones ilegítimas, lo que nos permite hacer dos precisiones:

- A. Que las captaciones y posterior difusión de la imagen deben ser al margen de la ley, contrarias a ellas y
- B. Que, existen intromisiones legítimas, que por lo tanto no quedaría bajo la protección de esta ley,

como son aquellos casos que la imagen es divulgada por el interés público, por la libertad de expresión o simplemente aquellos casos en que la captación y posterior difusión es consentida por el titular.

La mayoría de la jurisprudencia sobre el derecho de imagen se centra en el aspecto negativo, por intromisiones ilegítimas sin el consentimiento del titular. Como, por ejemplo, la STS 746/2016 de 21 de diciembre, donde la demandante solicita indemnización por la intromisión en su derecho de imagen por su uso no consentido en un video montaje en un programa de televisión como también en la página web de este programa. Solicita la actora que se condene al daño moral fundado en el art. 9.3 de la LOC 1/1982, puesto que mostraban a la actora tomando sol en topless en una playa de España, en lo que no cabía duda de que era ella en virtud del criterio de la reconocibilidad y, acto seguido, se inserta un video de obispos “aplaudiendo” dando a entender que les gustaba lo que estaban viendo. Misma postura que adopta la STS 529/2014 de 14 de octubre, donde se toman fotos a una persona durante una capea privada y que se desarrolla en una finca particular, donde las imágenes son difundidas en un programa de televisión. Ante la falta del consentimiento, que actúa como un legitimador de la intromisión del derecho de imagen del afectado, se establece que existe una intromisión ilegítima en la imagen del actor.

También se puede apreciar un importante ejemplo en relación con las fotografías extraídas de redes sociales y que tiene relación con la vertiente negativa del derecho de imagen, especialmente su legalidad, ya que nos permite dilucidar si existe intromisión ilegítima al utilizar imágenes que provienen de un perfil donde existe la posibilidad de tener un perfil “público” o “privado”.

Son las vertientes del derecho de imagen las que nos permiten ya sea disponer del aspecto físico de la imagen (mediante el consentimiento) o, bien, prohibir la reproducción, captación u obtención de las imágenes.

Es del estilo, que los medios de información extraen información de las redes sociales de los investigados para fundamentar sus investigaciones, las que pueden extraer fecha de nacimiento, estado civil, estudios y también imágenes, etc., las que resultan bastante ilustrativas al momento de informar.

Este tema fue tratado en una STS 91/2017 de 15 de febrero, en la que se condena al periódico *La Opinión de Zamora* a indemnizar con quince mil euros a un hombre del que se publicó en la portada de su edición de papel una foto obtenida de su perfil de Facebook para ilustrar un suceso en el que el hombre había resultado herido por su hermano con un arma de fuego y que luego este último se suicidó. El medio informático no captó la foto en el momento exacto en que se produjeron los hechos, sino que obtuvo una fotografía de los involucrados del perfil de uno de ellos, perteneciente a una red social. Uno de los argumentos de la parte demandada (periódico *La Opinión de Zamora*) fue que el perfil del demandante era “público”, por ende, no existía intromisión ilegítima, ya que se desprende de que, si una persona tiene un perfil público en que de cierta forma consciente de que cualquier usuario pueda acceder a dicho perfil y, como el perfil era de libre acceso se presumía un consentimiento tácito por parte del actor. Esta sentencia constituye un precedente, ya que los perfiles “públicos” de las redes sociales constituyen una buena fuente de información para los medios de comunicación²⁶.

El Tribunal Supremo en dicha sentencia expone en fojas quinto lo siguiente:

“Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya ‘subido’ una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar

²⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2017a), f. 6: “Por tanto, la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, acompañando a la información sobre el hecho noticioso y a otras fotografías que ilustraban tal información, por más que el demandante tuviera una momentánea relevancia pública involuntaria en tanto que víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico, obtenida de su cuenta de Facebook, sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en tal derecho fundamental que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982”.

con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación”.

Que una persona consienta en tener en web un perfil de acceso público no conlleva a que terceros utilicen las imágenes para un fin distinto de que el propio usuario pretende y menos su reproducción, ya que como se explicará más adelante el consentimiento²⁷ debe ser expreso (como se establece del art. 2.2 de la LO 1/1982), entendido que debe ser para un acto concreto y determinado y no uno ajeno de la voluntad del usuario. Existe una diferencia significativa en tener un acceso a un perfil “público” que permite que cualquier persona pueda acceder a la web, ya que al propio usuario se le da la opción de privacidad, pero esto no significa que se autorice la reproducción de la imagen por un tercero, ya que debe mediar el consentimiento del usuario y este además debe ser expreso.

2.4 Límites al derecho de imagen

La tutela jurídica del derecho de imagen no es absoluta, lo que contradice con el espíritu de la LO 1/1982, puesto que en aquellos casos donde existe una visión constitucionalista existan intereses generales superiores que justifiquen una intromisión. En determinadas situaciones existen intereses superiores que conducen a justificar una intromisión en la imagen, como es la libertad de expresión y la libertad de información, donde la problemática se valora y se concluye que para que exista una determinada información o expresión se debe vulnerar el derecho de imagen. Los casos se analizan detalladamente y en concreto y, es la solución a la problemática cuando dos derechos fundamentales están en juego, como sería el derecho de imagen con la libertad de información y esta es la postura que acepta intromisión en la imagen que adopta la LO 1/1982.

La regla general en materia de imagen consiste en prohibir la obtención, reproducción o publicación de la imagen personal por parte de un tercero sin que haya mediado el consentimiento previo del sujeto, sea cual sea la finalidad: informativa, comercial, científica, cultural, etcétera.

Cuando se habla de límites tenemos que entender que constituye el fin o el término de una cosa y, en este caso, la cosa inmaterial es el derecho de imagen.

Cierta parte de la doctrina denomina a los límites del derecho de imagen como verdadera causal de justificación de su intromisión.

²⁷ El consentimiento en derecho de imagen obra como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona.

Desde un punto práctico haremos una distinción de los límites al derecho de imagen:

1. El consentimiento,
2. Límites generales (art. 8.1 de la LOC 1/1982) y
3. Límites particulares (art. 8.2 de la LOC 1/1982).

2.4.1 El consentimiento

No es pacífica la idea de que el consentimiento constituya un límite al derecho de imagen, pues como establece Olga de Lamo Merlini, los límites son circunstancias que provienen de un tercero y de otro modo supone una restricción del señorío propio de su dueño²⁸.

En este trabajo queremos mantener el orden que nos presenta la LOC 1/1982 en lo relativo a los límites y el consentimiento aparece dentro la LOC 1/1982 en su art. 2.2:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley²⁹ o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

El consentimiento aparece como una manifestación de voluntad por parte del titular en la cual acepta la reproducción de su imagen, por lo que estaría eliminando la conducta ilegítima o como una causal de exoneración de una eventual conducta reprochable. La misma ley entiende que el consentimiento debe ser expreso, en el sentido de que no quepa la posibilidad de una conducta tácita de voluntad que lleve a concluir o creer que se estaría consintiendo. Al ser expreso se debe entender que debe ser inequívoco, por lo que no quepa duda de la intención del titular, por lo que no existe problema alguno que sea oral o escrito, solo se exige que sea legitimador de captación, reproducción y publicación de la imagen. Si bien no lo dice expresamente la ley, el consentimiento no debe ser general, sino que debe ser para un acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la LOC 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha LO y es propio de su carácter de derecho fundamental. Son reiteradas las sentencias de Tribunal Supremo, que

²⁸ LAMO (2010).

²⁹ Las limitaciones provenientes de la ley se abordarán dentro de los límites generales, ya que a nuestro parecer se encuentran consagradas textualmente en el art. 8.1 de la LOC 1/1982 cuando hace referencia “No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley”.

establecen que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada no legitima su publicación con otra finalidad distinta³⁰.

El consentimiento de un punto de vista permisivo constituye la puerta para permitir la vertiente positiva del derecho de imagen, ya que otorga al titular la facultad de decidir si consiente la captación, reproducción y divulgación de su aspecto físico o la impide. Ahora bien, desde un punto de vista negativo, el consentimiento en impedir la reproducción constituye un derecho fundamental, puesto que nadie puede ser expuesto de su imagen sin que medie su consentimiento, a menos que medie alguna limitación.

A modo de ejemplo, de la gran cantidad de jurisprudencia que versa sobre el consentimiento en el ámbito del derecho de imagen; una actriz de renombre se encontraba tomando sol en una playa de Ibiza en topless, la que fue capturada por una cámara de una revista denominada *Interviú* y posterior reproducción de las fotografías en la revista, fotos que fueron capturadas en un lugar público, en ámbito de la vida privada y sin el consentimiento de la actora. El hecho determinante para el Tribunal Constitucional para acoger el recurso de amparo por parte de la actora fue que no mediaba su consentimiento en las fotos³¹.

Por lo tanto, el consentimiento puede obrar de un punto de vista positivo, que al consentir el titular la reproducción de su imagen constituya un límite al derecho de imagen o, bien, de un punto de vista negativo, que impida la reproducción y que, no obstante que esta se haya realizado, el titular dispone de los medios constitucionales, legales y penales para su protección.

Otra característica del consentimiento en el derecho de imagen es su revocabilidad, que el art. 2.3³² establece que el consentimiento será revocable en cualquier momento y que traerá aparejado una eventual indemnización de daños.

Revocación es una causal de ineficacia de los actos jurídicos, significa dejar sin efecto un acto emanado de la voluntad de su titular, por lo que el consentimiento prestado para la reproducción de la imagen puede quedar sin efecto alguno. Este precepto podría colisionar con el art. 1256 del *Código Civil*, el cual establece: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, por lo que los contratos siguen el adagio de que “los actos se deshacen de la misma manera como se hacen”, por lo que lleva a concluir que si una persona consiente en

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003b); TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2004c); TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2008); TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2010a).

³¹ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2014a).

³² Art. 2.3 “El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

la reproducción de su imagen, ya sea por licencia, contrato, cesión, etc., debe mediar el consentimiento tanto del titular de la imagen como de la contraparte, que podría ser un agente comercial, publicitario, informativo, etcétera.

Pero ¿por qué en el derecho de imagen la sola voluntad del titular puede dejar sin efecto una relación contractual? La respuesta se encuentra en una STS de 1 de diciembre de 2010³³, a raíz de una fotografía tomada a un personaje público español en una fiesta privada de un restaurante con su novia y sin que haya mediado consentimiento, donde establece esta sentencia que el derecho de la personalidad (derecho de imagen) prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado.

La sentencia más ilustrativa de la jurisprudencia española con respecto a la revocación del consentimiento en materia de derecho de imagen es la STC de 25 de abril de 1994³⁴, ya que la revocación es solo mencionada en el art. 2.3 de la LO 1/1982 y no se establece el medio de hacerla valer, hasta qué punto se extiende y hasta dónde se producen sus efectos. El caso es el siguiente, la actora por documento privado suscrito en Roma en el año 1985 otorga a un fotógrafo “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos las fotografías”. El año siguiente el fotógrafo contractualmente cede a Editorial Origen S.A., editora de la revista *Playboy España* los derechos de reproducción del reportaje fotográfico para su publicación en la revista antes citada, percibiendo por ello la cantidad de un millón de pesetas. Cuando la actora se percata de dicha cesión interpone dos requerimientos: el primero a la Editorial y el segundo al fotógrafo, con la finalidad de revocar el consentimiento. El problema radica en que la propia ley establece que el consentimiento se puede revocar “en cualquier momento” por lo que genera problemas, ya que la actora cedió voluntariamente las imágenes a un fotógrafo que después las cedió nuevamente a un tercero a cambio de una retribución económica. En cuanto al alcance de la revocación esta sentencia establece que la expresión “en cualquier momento” viene a hacer referencia al tiempo que puede ejercitarse la facultad y no a sus efectos, negándole eficacia retroactiva, como es lo que sucede en el caso comentado, que los efectos ya se estaban vigentes. Junto con esto, esta sentencia establece los requisitos que debe reunir la revocación y establece:

1. Habrá que acreditar alguna circunstancia, como la de proceder del propio titular del derecho;
2. Expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige y

³³ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2010b).

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1994).

3. Tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo.

2.4.2 Límites generales (art. 8.1 de la LOC 1/1982)

Se encuentra consagrado expresamente en la LO 1/1982 en su art. 8.1 donde establece: “No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”, lo que nos lleva a concluir, en virtud de la redacción de este artículo, que serían dos los límites generales:

- 1 Existencia de una autorización previa por parte de la autoridad

Este límite requiere dos requisitos copulativos,

- i) actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente (que a nuestro parecer serán los órganos de la administración) y
- ii) de acuerdo con la ley; todo amparado dentro de la legalidad de las actuaciones.

La LO 1/1982 no solo reglamenta el derecho de imagen, sino que, también, reglamenta conjuntamente el derecho de intimidad y el derecho a la honra. Por lo que seguimos la postura de José Ramón de Verda y Beamonte, que el art. 8.1 parte primera estaría haciendo referencia al derecho de intimidad y que tampoco se pueda interpretar de modo literal la norma, ya que solo bastaría con cumplir los requisitos de que al acto emane de la autoridad y esté previsto por la ley para que la intromisión fuera legítima, por lo que conllevaría a que el derecho de imagen quedara menoscabado a límites ridículos.

Olga de Lamo Merlini establece, sobre la base de una STC del 28 de enero de 2003³⁵, que, a su vez, el Tribunal Constitucional toma de doctrina ya consolidada del Tribunal de Derechos Humanos que, para que los actos de la autoridad administrativa atenten contra el derecho de imagen, deben reunir, además, tres criterios: proporcionalidad, necesidad y adecuación³⁶.

En esta sentencia el gabinete de prensa de la jefatura superior de policía de Valladolid difunde una fotografía en dos periódicos de una persona detenida eventualmente vinculada a una riña con resultado de muerte, en la que posteriormente el detenido fue absuelto en el juicio penal seguido en su contra, en el que fueron condenados su hermano y un amigo de este. El afectado interpone recurso de amparo contra el Ministerio del Interior en el

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003a).

³⁶ LAMO (2010).

cual el Tribunal Constitucional establece, sobre la base de los tres criterios (proporcionalidad, necesidad y adecuación) que había constituido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del detenido.

Asimismo, el derecho de imagen está relacionado con aquellas problemáticas donde existe conflicto entre dos derechos fundamentales, como sería el caso de la libertad de información con el derecho de imagen, donde son usuales los casos de seguridad ciudadana y la prevención represión de la delincuencia, donde el derecho de información debe prevalecer sobre el derecho de imagen de cada persona, como a modo de ejemplo la STS de 26 de enero de 2018³⁷, donde el director general de la policía del Departament D' Interior de la Generalitat de Catalunya dicta resolución que autorizó en página web de los Mossos d' Escuadra las fotografías de personas no identificadas en acto que dieron lugar a disturbios. El objetivo de la publicación era obtener colaboración ciudadana; por lo que el actor de los disturbios aparecería identificado por lo que deduce acción de protección jurisdiccional civil del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen.

En el caso del derecho a la propia imagen, no está prevista la necesidad de autorización judicial previa para las actuaciones que supongan una afectación o limitación de tal derecho, sin perjuicio de que el afectado pueda solicitar la tutela judicial del mismo frente a las vulneraciones ilegítima, es más la STC de 6 de febrero³⁸, ha declarado que el reconocimiento fotográfico es un medio legítimo de investigación en manos de la policía para el correcto cometer de sus funciones, y esto, amparado por Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos.

2. Interés histórico, científico o cultural relevante:

Si bien la ley en ningún caso utiliza la expresión “interés general”, creemos que la referencia que alude el art. 8.1 “...ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, no es más que el interés general”. Además, traemos a colación las precisiones antes expuestas de que el art. 8 estaría referido fundamentalmente al derecho de intimidad más que el derecho de imagen propiamente, donde el art 8.2 sí hace referencia a limitaciones a la imagen.

En similar como se expuso, para que haya una intromisión ilegítima no solo bastara que predominen estos intereses (históricos, científicos o culturales) sino que conjuntamente deben concurrir los tres criterios antes

³⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018).

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1995a).

mencionados; necesaria, para alcanzar dichos intereses, proporcional, para lograrlos y adecuación, que se utilicen los medios para procurar una mínima afectación como expone el profesor José Ramón de Verda y Beamonte³⁹.

Una STS 28 de enero 2004 (RJ 2004,568), donde se considera legítima la publicación de un libro sobre la historia de un pueblo, donde se alude a la participación del padre de la actora en el asesinato de un sacerdote durante la guerra civil. Se establece la legalidad de la publicación no obstante del daño que pudiera ocasionar la referencia del padre de la actora en el crimen, ya que tal obra tenía interés histórico donde no podía haber silencio en tal suceso.

2.4.3 Límites particulares (art. 8.2 de la LOC 1/1982)

Estos límites particulares se encuentran consagrados legalmente en el art. 8.2 de la LOC 1/1982, donde dicho artículo establece:

“El derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Se desprende de este artículo que la ley permite la vulneración legítima de la imagen de personas que por las características que invisten y del lugar donde ocurren los sucesos se puede desprender del consentimiento de ellos. La razón de esta intromisión del derecho de imagen según José Ramón de Verda y Beamonte es porque predomina el interés general sobre el interés particular del sujeto⁴⁰.

Los casos son los siguientes:

1. Personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público:

Antes de analizar en detalle esta causal de justificación debemos realizar un par de precisiones sobre este precepto, ya que queremos comprender la idea

³⁹ VERDA Y BEAMONTE (2007), pp. 257-259.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 258.

del legislador sobre la distinción acerca de personas que ejerzan un cargo público de aquellas que ejerzan una profesión pública y, además, de que se entienda por actos públicos y lugares abiertos al público.

Tanto las personas públicas como las personas que carecen de notoriedad pública son titulares del derecho a la propia imagen. Esto encuentra fundamento, ya que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental, lo que se traduce en la característica de la “universalidad”, que abarca a todas las personas, sin discriminación alguna, donde la única diferencia entre personajes públicos de los que no, será el monto de la indemnización en caso de intromisión. Las personas que ejerzan un cargo público son aquellas que trabajan para la administración, donde muchas de ellas no tienen por qué ser conocidas por la mayoría de las personas, pero al estar trabajando para la administración pública su imagen pasa a ser importante para el interés público, ya que sobre ellos siempre pesará una responsabilidad extra por el hecho de trabajar para la comunidad, donde la libertad de información y expresión, art. 20.1 de la CE, de los ciudadanos estará en muchos casos justificado.

En cuanto a la noción de personaje público las STS de 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844) y 17 de diciembre 1997 (RJ 1997, 9100) realizan una precisión bastante aclaradora, puesto que la primera establece:

“La referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio”

y la segunda complementa:

“La proyección pública se reconoce por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante del suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.”⁴¹.

La mayoría de las defensas de los demandados, por no decir todas, cuando existe una intromisión en el derecho de imagen es que predomina la garantía constitucional del derecho de información y/o expresión y como es interés general deberá prevalecer por sobre el particular de cada persona, como lo que sucedió en la STS de 8 julio de 2004 (RJ, 2004/5112), en la que estima un recurso de casación interpuesto por un fotógrafo y el director del diario *El País*, donde se publica una fotografía de un conocido abogado, empresario y financiero catalán, mientras comía un bocadillo detrás de las rejas de una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona, establecimiento penitenciario en el que cumplía prisión preventiva acusado de sendos delitos de

⁴¹ VERDA Y BEAMONTE (2007), p. 260.

estafa, apropiación indebida y falsedad. El principal argumento de la parte demandada era que el actor era un personaje de relevancia pública y que sus actos eran de interés general, por lo que debía primar la libertad de información hacia la comunidad por sobre el derecho de imagen del actor.

En cuanto a la siguiente interrogante el art. 8.2 continua así: "...y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público". Por lo que nos da a entender que la expresión "y" es un requisito copulativo a las personas públicas, por lo que resultaría una intromisión ilegítima a la imagen de una persona pública durante un acto privado o dentro de un lugar cerrado al público⁴², ya que no por ser personas públicas no tienen intimidad y, además, que todo acto privado de estas personas carece del interés público, por ende, cualquier intromisión sin su consentimiento y dentro de un ámbito privado es ilegítima⁴³.

En este mismo sentido lo expone la STS 11 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5499), en la que se divulgan imágenes clandestinamente de una persona de notoriedad social en su vida privada en los programas de televisión: Salsa Rosa, TNT y Aquí hay Tomate, en lo que el Tribunal Supremo concluye:

"[...] en cuanto al derecho a la propia imagen, que el mismo había sido vulnerado pese a que el demandante fuese una persona de notoriedad social, ya que esta no justificaba la captación clandestina de imágenes de su persona para su posterior emisión en programas televisivos 'cuya única finalidad consistía en divulgar escenas referidas al ámbito personal y privado' además expone «son los terceros quienes vienen constitucionalmente obligados a respetar el derecho fundamental cuando se trata, como ocurre en el presente caso, de la captación de imágenes que se refieren al ámbito personal y privado'. Además, el contenido de la información revelada a través de dichas imágenes quedaba 'fuera de los asuntos de relevancia pública en los términos establecidos por la doctrina constitucional'. También apreció la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad personal razonando que la obtención y difusión de imágenes también es susceptible de afectar a la intimidad en casos como el presente en que la imagen difundida no solo permite identificar a una persona determinada por sus rasgos físicos sino que, además, revela aspectos de su vida privada y familiar que se quisieron reservar del público conocimiento,

⁴² Entiéndase ya sea cargos o personas de notoriedad pública, es decir, que sean conocidos por la gran mayoría.

⁴³ La jurisprudencia italiana, que es la que más sentencias presenta con personajes públicos, tiene unificado el criterio que es ilícito la utilización de la imagen de una persona pública para dar publicidad sin que medie su consentimiento.

sin que constituyeran óbices para alcanzar esta conclusión ni el hecho de que las imágenes se obtuvieran en lugares de acceso público ni el hecho de que la relación afectiva entre el Sr. xxx y Doña. xxx fuera conocida, como tampoco que el interesado hubiera podido favorecer la publicidad de ciertos aspectos de su vida privada, insistiéndose de nuevo en que la información ofrecida a través de dichas imágenes carecía de relevancia pública en los términos establecidos por la doctrina constitucional”.

La función pública que desarrolla una persona solamente legitima la utilización de la imagen con finalidades meramente informativas, pero jamás cuando se realice con propósitos comerciales. Para ello es necesario siempre el consentimiento, incluso si es una persona de notoriedad pública.

2. La caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social:

Creemos que la caricatura se incluye dentro de las limitaciones al derecho de imagen por ser lo más parecido a una imagen, aunque no necesariamente una caricatura sea un “dibujo”⁴⁴.

Las caricaturas deben ser de personas de notoriedad pública (*a contrario sensu* no alcanza a las personas que no son conocidas), ya que si la reproducción de sus imágenes está amparada por el legislador con mayor razón la caricatura de ellos, atendiendo el adagio: de quien puede lo más puede lo menos. La razón porque se permite la reproducción legítima de la imagen a través de la caricatura es por la libertad de expresión, siempre y cuando dicha caricaturización no atente contra la honra, ya que podría suceder casos que una caricatura ridiculice al sujeto por lo que estaríamos dentro del ámbito del derecho de honor y no el de imagen.

La STS 7 de marzo de 2006 (RJ, 2006,1579)⁴⁵, no considera al fotomontaje como caricatura, ya que no aparecen deformados los rasgos de las personas fotografiadas.

Llama profundamente la atención la expresión “de acuerdo con el uso social”, creemos que esta expresión hace referencia al interés general, por lo que una caricatura sobre una persona de proyección pública que no interese a la sociedad no queda amparada por esta limitación. En la misma sentencia antes mencionada, el Tribunal Supremo expone que “la proyección de la

⁴⁴ El *Diccionario de la lengua española* entiende por caricatura: “dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien” como también “obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto”.

⁴⁵ Se mostraba a la actora en un concurso en que se pretendía valorar el tamaño de los pechos donde la afectada aparecía con el cuerpo de una mujer diversa.

imagen de una persona conocida para ‘excitar’ la curiosidad malsana de los lectores de la revista” carece de cualquier tipo de interés general.

Finalmente, como se ha dicho, el fundamento de la utilización de la caricatura descansa sobre la libertad de expresión, por lo que creemos que cuando la utilización de la caricatura reposa sobre intereses económicos no puede quedar amparado por esta norma. Ahora, que pasa con los periódicos y revistas, que es del estilo que en sus ediciones caricaturizan a personajes públicos para sus publicaciones y netamente tienen una económica, en estas situaciones José Ramón Verda y Beamonde expone:

“A través de la caricatura, se ejercitan en ellos la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, por lo que, desde el punto de vista del interés general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial”⁴⁶.

3. La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público:

Un ejemplo delimitado es el que nos confiere la STS de 30 de marzo de 2017 (RJ, 2017,1324), en el que una madre en representación de su hija, de aquel entonces de dieciséis años, estudiante de bachillerato de una escuela de Cantabria, en la que se difunde, en un periódico sin el consentimiento de la menor, la imagen accesoria de la menor en un artículo de carácter puramente informativo sobre la publicación anual del informe del programa internacional para evaluación de estudiantes que publica la OCDE, sin identificación ni en la foto ni en el reportaje y ni siquiera referido a ella o a su centro escolar. La madre demanda de juicio ordinario, contra la entidad mercantil Editorial Cantabria, S.A. y contra don Lucas (representante del diario), que se declare que los demandados han cometido intromisión ilegítima en la imagen de la hija de la actora y se les condene a indemnizar conjunta y solidariamente a la perjudicada a través de la actora en su condición de progenitora, en la cantidad de 16000, proceder a la retirada de la fotografía litigiosa del medio eldiariomontañes.es y al pago de las costas del presente procedimiento. El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo, ya que

“No ha sido vulnerado puesto que existe causa de exclusión legal del artículo 8.2, que comprende la accesoriedad [...] existiendo accesoriedad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección [...] La imagen de varias alumnas enriquece sin duda el

⁴⁶ VERDA y BEAMONTE (2007).

contenido de la información que el periódico dirige a la opinión pública sobre la situación en la enseñanza en Cantabria y lo que no es posible es que se censure la imagen cuando es reproducida de manera neutral o inocua en el periódico, sin desmerecer o vulnerar el interés superior de la menor, como la sentencia deja constancia”.

Las características que debe reunir la imagen difundida para que no constituya una intromisión son: primero, que la imagen sea incluida en un reportaje con interés público y segundo, que la imagen sea accesoria. Lo que nos permite establecer que la representación debe ser realizada en un sentido que no convierta a una persona determinada en el objeto principal de la información y que la intromisión se justifique en el ejercicio de la libertad de información. José Ramón Verda y Beamonde concluye:

“La accesoriadad de la imagen significa que esta debe estar siempre en relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser “el objeto principal de la noticia o reportaje”⁴⁷.

Finalmente existen criterios en la doctrina que acompañan a la accesoriadad que debe presentar la imagen en el reportaje de interés público, los cuales son: el tamaño de la imagen, el plano de donde se capta y su carácter fugaz y repetitivo. Dichos criterios son objeto de un análisis separado de esta investigación.

III. CONCLUSIONES

1. La legislación española reconoce taxativamente el derecho de imagen en el art. 18.1 de la Constitución, junto con el derecho a la intimidad y a la honra. En la legislación chilena no tiene una consagración legal ni mucho menos constitucional. Pero esto no impide que sea reconocido en el ámbito jurisprudencial y doctrinal.
2. Para introducir el derecho de imagen en la legislación chilena se recurre a la garantía constitucional del derecho a la vida privada, si bien son garantías diferentes entre sí el legislador chileno optó como una solución rápida y necesaria por la gran cantidad de causas que existían y existen con respecto del derecho de imagen. Existe una acción destinada a proteger las garantías constitucionales en Chile, que se llama recurso de protección y, para proceder con este, es necesario que la garantía debatida se encuentre taxativamente

⁴⁷ VERDA y BEAMONTE (2007), p. 273.

- mencionada dentro de los numerales del art. 19 de la Constitución chilena, pero como el derecho de imagen no se encuentra el letrado chileno introduce de manera implícita el derecho de imagen dentro del derecho a la vida privada, por lo que este mecanismo de protección de la imagen indirecto en Chile es el que procede hasta hoy.
3. El legislador reglamenta el derecho de imagen en la LO 1/82 del 5 de mayo donde encontramos una vertiente negativa como positiva. La negativa consiste en erradicar toda conducta que suponga intromisiones ilegítimas en el sujeto, las cuales se encuentran especificadas en el art. 7 de la LO 1/82. Es el art 2.2 de la LO que nos permite comercializar la imagen, lo que se traduce en jerga mercantil *personality merchandising*, que es la vertiente positiva.
 4. Es el derecho estadounidense que nos permite elaborar una teoría acerca del *personality merchandising* a través del *right of publicity* y el *right of privacy*; la diferencia fundamental entre el *right of publicity* estadounidense y el español radica en la cantidad de jurisprudencia que existe en el país americano y el tratamiento legal (aceptado en casi todos los estados), por lo que en el caso que se origine un conflicto en esta materia siempre habrá jurisprudencia que nos permita saber cómo proceder. La industria comercial de los personajes de “renombre” en España cada día aumenta por lo que cada vez es más típico encontrar sentencias sobre la comercialización de la imagen de personas famosas.
 5. El poco conocimiento de este derecho y su constante vulneración nos obliga a instruir sobre su importancia y sus mecanismos de defensas. Una reglamentación detallada nos permitiría proteger este derecho. La libertad de expresión y/o información será –en la mayoría de los casos– la justificante de su vulneración en un país que no cuenta con una jurisprudencia acabada de lo que debiese ser.
 6. El recurso de protección fundamentado en los numerales 4 y 24 del art. 19 de la Constitución de la Política puede ser la forma más rápida de evitar una divulgación no consentida del derecho de imagen. Si la intención del actor es obtener un resarcimiento, la vía de la responsabilidad extracontractual es la recomendada.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA, PEDRO (2006). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho.

- ANTEQUERA PARILLI, R. (2012). *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- BARBIERI, P.C. (2012). *Derecho de imagen en el deporte*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- CUESTE RUTE, José María de la (1985). *Lecciones de derecho de la publicidad*. Madrid: Editorial Universidad Complutense.
- CUESTE RUTE, José María de la (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Navarra: Editorial Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN (1992). *Sistema de derecho civil*. Madrid, Tecnos, ,
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos (2001). *Tratado sobre derecho de marcas*. Madrid: Marcial Pons.
- FRANQUET SUGRAÑEZ, María Teresa (2005). *El contrato de personality Merchandising*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARRIGUES, Joaquín (1976). *Curso de derecho mercantil I*, 7ª ed. Madrid: Editorial.
- HIGUERAS INMACULADA (2001). *Valor comercial de la imagen, aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*. Navarra: Eunsa.
- IGLESIA PRADOS, E.de la (2016). *Derecho patrimonial privado y deporte*. Madrid: Editorial Reus.
- KOTLER, Philip (1998). *Fundamentos de mercadotecnia*. Ciudad de México: Prentice-Hall Hispanoamericana.
- LAMO, MERLINI Olga de (2010). “Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español”. Disponible en http://eprints.ucm.es/10972/1/Lamo_Merlini_derecho_a_la_propia_imagen.pdf [fecha de consulta: 13 de marzo de 2018].
- LARRAIN PAEZ, Cristian (2016). “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 26, julio.
- MIQUEL, Salvador, Alejandro MOLLÁ y J. Enrique BIGNÉ (1994). *Introducción al Marketing*. Madrid: McGraw-Hill.
- MCCARTHY, J.Thomas (1995). “Horace S.Manages Lecture-The Human Persona as Commercial Property: The right of publicity”. *VLA Journal of Law & the Arts*. Columbia.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2002). *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- NOGUEIRA MUÑOZ, Pablo (2010). *El derecho a la propia imagen*. Santiago: Librotecnia.
- PEREZ TRIVIÑO, J.L.y E. CANIZARES RIVAS (2017). *Deporte y derechos*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- POST (1991), Rereading Warren & Brandeis: Privacy, Property and Appropriation, 41 “Case Western Law Review”.

- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de (2007). "El derecho a la propia imagen" en José Ramón de VERDA Y BEAMONTE (coord.). *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2003). *Introducción al derecho mercantil*. 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sentencias

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1988a). STC de 2 febrero (RTC 1988, 232).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1988b). STC de 2 diciembre (RTC 1988/231).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1994). STC de 25 de abril (RTC 1994/117).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1995a). STC de 6 de febrero (RTC 1995/36).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1995b). STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1997). STS de 17 de diciembre (RJ 1997/9100).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2001a). STC de 26 de marzo de (RTC 2001/81).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2001b). STC de 2 de julio (RTC 2001/156).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003a). STC de 28 de enero de (RTC 2003/14).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003b). STS 1225/2003, de 24 de diciembre (RJ 2004/138).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2003). STS de 28 de enero de 2004 (RJ 2004/568).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2004a). STS de 1 julio (RJ 2004/4844).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2004b). STS de 8 julio (RJ 2004/5112).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2004c): STS 1024/2004, de 18 de octubre (RJ 2004/6571).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2006). STS de 7 de marzo 2006 (RJ2006/1579).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2008). STS 1184/2008 de 3 de diciembre (RJ 2008/6942).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2010a). STS 311/2010 de 2 de junio (RJ 2010/2666).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2010b). STS de 1 de diciembre (RJ 1172/2011).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2014a). STC de 10 de febrero de 2014 (RTC 2014/19).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2014b). STS de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014/5599).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2015). STS de 11 de noviembre (RJ 2015/5499).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2016). STS de 21 de diciembre de (RJ 2016/5997).
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2017a). STS 91/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/302).

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2017b). STS de 30 de marzo (RJ 2017/1324).

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2017c). STS de 11 de octubre de (RJ 2017/4283)

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2018). STS 41/2018, de 26 de febrero (RJ 2018/131).