

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Marco Antonio Zavala Arredondo

Sumario: I. Actualidad y propósito del estudio; II. Concepto de imagen; III. Concepción y desarrollo del derecho en estudio; IV. Autonomía del derecho a la propia imagen; V. Naturaleza, alcance y contenido del derecho a la propia imagen; VI. El derecho a la imagen no es un derecho de autor; VII. Antecedentes legislativos; VIII. Inconstitucionalidad de los artículos 86 y 87 de la LFDA; IX. Un comentario final.

I. ACTUALIDAD Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO

El 15 de noviembre de 1995 ¹, Porfirio Díaz Pizarro, bisnieto del general Porfirio Díaz, demandó, entre otros, a la empresa *Televisa* y a los historiadores Enrique Krauze y Fausto Zerón por una supuesta deformación y mutilación, sin su autorización, de la imagen del ex presidente mexicano en la realización, transmisión y comercialización de la telenovela «El Vuelo del Águila».

En mayo de 1996, el actor dominicano Andrés García interpuso querrela ante el poder judicial peruano en contra de los laboratorios *Gerssil*, fabricante del medicamento natural «Uña de Gato», así como la empresa comercializadora *Oscar Schuler*, alegando la utilización no consentida de su imagen para promocionar el producto natural en comerciales y afiches que se difundieron en México, Estados Unidos y otros países latinoamericanos ². En noviembre del mismo año, el

¹ Según dio cuenta el semanario *Proceso*, no. 1000, 1 de enero de 1996, p. 63.

² *Reforma*, domingo 2 de junio de 1996, Sección Gente, p. 3E.

actor ganó la demanda, según una primera instancia del país andino, por virtud de la cual se condenó a las demandadas al pago de la suma de 50 mil dólares, sentencia que, por cierto, fue apelada por García al considerar que la cantidad con la que debía resarcirse la violación a su derecho ascendía a 3 millones de dólares ³.

Más recientemente, Germán Dehesa ⁴, al enterarse de la intención de los productores del programa televisivo «Hechos de Peluche» (en donde se satiriza con títeres manufacturados con felpa, tejido o peluche, y que representan a «connotados» actores de la vida pública nacional) de realizar un «peluche» de su persona, manifestó su oposición al respecto, alegando la titularidad de un derecho intelectual consistente en ser el «autor de mí mismo».

Los anteriores casos reflejan que cada día son más quienes alegan el uso ilegal de su imagen, así como diversos perjuicios que con el uso de la misma se causan en las diversas esferas tutelables de la persona, tales como el honor, la intimidad, o la identidad personal, pretensiones judiciales que hace no mucho, cuando menos en nuestro país y descontando la aplicación de la legislación penal por la comisión de los delitos de difamación, amenazas, calumnias o similares, eran prácticamente inexistentes.

Reflejo de lo anterior, es que en México son sumamente escasos los estudios monográficos, serios y bien documentados, que reflexionen sobre estos temas.

No pretendemos llenar tal vacío, sino únicamente llamar la atención respecto de uno de estos derechos: el consistente en la facultad con que cuenta—o debería contar—todo individuo para autorizar o negar la fijación y/o reproducción de los rasgos fisonómicos que le identifican. Y, en esta ocasión, del llamado derecho a la propia imagen sólo habremos de delimitar su contenido, a fin de dar paso a algunas consideraciones

³ *Reforma*, miércoles 2 de julio de 1997, Sección Gente, p. 1E.

⁴ En su «Gaceta del Ángel», *Reforma*, viernes 25 de julio de 1997, Sección Ciudad, p. 1B.

respecto de su regulación en la nueva Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), tendentes a demostrar su inconstitucionalidad.

II. CONCEPTO DE IMAGEN

La palabra *imagen* proviene del latín *imago-inis*, que significa figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa ⁵. Según el *Diccionario de la Real Academia*, las acepciones de la palabra en cuestión son:

«Figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa... Estatua, efigie o pintura de una divinidad o personaje sagrado... Reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz» ⁶.

Apoyándose en la definición dada por el *Diccionario de la Real Academia*, Ochoa Restrepo ⁷ concluye que la imagen se encuentra constituida por toda expresión que haga sensible un objeto que en sí mismo carece de facultad para manifestarse. De las consideraciones anteriores, podemos acoger la acepción física de la imagen como reproducción de la figura de un objeto, y para nuestro caso específico, de una persona humana. Por tanto, no interesan los aspectos retóricos, estéticos o psicológicos que derivan del vocablo y de su nexo semántico con la palabra *imaginación* ⁸.

⁵ Chang Santos, Ricardo, *El Derecho a la Imagen*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, México, 1961, p. 30.

⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Real Academia Española, Madrid, 1993, p. 806.

⁷ Ochoa Restrepo, Guillermo, «Derecho a la imagen» en *Estudios de Derecho*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Año XXV, Segunda Época, marzo 1964, vol. XXIII, no. 65, p. 73. Este ensayo también se puede consultar en la voz «Imagen» en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Driskill, S.A., s/e, Tomo XIV (Hijo-Impe), pp. 967 y ss.

⁸ «... la imagen es la *representación gráfica de la figura humana*; no tiene este sentido jurídico — a ella no se refiere el derecho a la imagen— la que se acepta también en sentido vulgar consistente en la opinión que se tiene de una persona («tiene una buena imagen», «ha lanzado patrañas contra su imagen», son frases comúnmente aceptadas).

«En este error caen numerosísimas demandas que piden protección jurisdiccional para el derecho al honor y la imagen, entendiéndola ésta no en el sentido gráfico, sino en el de «Buena imagen» frente a los demás, que no es sino el aspecto externo o social del derecho al honor...», O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 115 y ss. Similar advertencia previene Ferreiro Calguera, Juan, *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado de la U.C. de Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, p. 171.

Entendida la imagen, para efectos que nos interesan, como la reproducción o representación de la figura humana, como bien lo indica Gitrama González⁹, sería un error restringir la reproducción de la misma a la fotografía o en general a la duplicación de los rasgos faciales, ya que si bien es cierto que la máxima representación externa del ser humano viene dada por su rostro, según se ha visto, en un sentido amplio puede entenderse por imagen personal la total representación exterior o sensible de la persona individualizada o de sus caracteres fundamentales, de ahí que debemos atenernos, por imagen de la persona, a la fijación, representación o reproducción de la figura de un individuo cuando se hace de un modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trate, incluso aunque la semejanza no sea perfecta o idéntica¹⁰. En este sentido, no debemos entender a la imagen como el mismo objeto en sí, esto es, como un derecho autónomo a

⁹ Gitrama González, Manuel. Voz «Imagen (Derecho a la propia)» en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Publicada bajo la dirección de Carlos E Mascareñas y Buenaventura Pellisé Prats), Francisco Seix-Editor, Barcelona, 1979, Tomo XI, p. 304.

¹⁰ Los supuestos normales que contemplan las legislaciones que regulan la materia son mediante cámara fotográfica, de video o cinematográfica. También se ha establecido como regla general que la reproducción de la imagen de una persona, cuando no es reconocible, no incurre quien la realiza en responsabilidad. Se señala asimismo que tradicionalmente suele considerarse por imagen no reconocible aquella en la que la cara u otros rasgos claramente distintivos del sujeto no aparecen visibles. Algunas resoluciones judiciales norteamericanas han sido en este sentido, esto es, no hay responsabilidad por publicar la fotografía de la mano, pierna o pie de alguna persona. En cambio, el Tribunal Federal Alemán ha sostenido que existe vulneración del *derecho general de la personalidad* aunque no quepa identificación. Sin embargo, la generalidad de las resoluciones presentadas en el campo del Derecho Comparado parece tender a afirmar que lo que se protege es la identidad personal, la cual puede ser manifestada de diferentes maneras, siendo la representación facial tan sólo una de ellas, ya que deben tomarse en cuenta otros detalles y características de la apariencia exterior de una persona como el corte de cabello, estatura, poses y posturas determinadas del cuerpo, prendas de vestir especiales, etcétera. Se exige, empero, la identificación de la imagen por parte de un tercero. Sobre quiénes y cuántos deben reconocer la imagen no existe una regla general, ya que dependerá de las circunstancias del individuo mismo, así como de la utilización que se haga de la imagen, pues la reconocibilidad del sujeto no es tan importante frente a un uso comercial de la imagen como cuando se está ante un supuesto de intromisión simple. Los tribunales alemanes, en una interpretación exagerada del derecho a la propia imagen —según lo anota Igartúa Arregui—, no exigen la identificabilidad por otra persona, pues entienden que existe infracción del derecho de autodeterminación del sujeto en decidir cuándo y cómo debe usar su imagen, no importando que sólo la propia persona pueda reconocerse. Cfr. Igartúa Arregui, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1991, pp. 22 y ss., así como Gitrama González, Manuel, *op. cit.*, pp. 344 y ss.

la propia figura, sino como prerrogativa a las reproducciones de la misma, a las fijaciones más duraderas y no a las meras sensaciones ópticas momentáneas propias de la visión directa.

III. CONCEPCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO EN ESTUDIO

A pesar de que se ha negado la existencia de un derecho a la imagen anterior al desarrollo de los mecanismos adecuados para fijar ésta en materiales duraderos ¹¹, hay quienes sostienen la existencia de antecedentes de la figura desde el Derecho Romano ¹². Así, se habla que en Roma existió la prohibición de reproducir la imagen de Jesucristo. Ya en la Roma Republicana se tiene noticia de la existencia de un *jus imaginis* como privilegio concedido a determinados nobles, consistentes en la facultad de conservar en el *atrium* y exponer en ceremonias solemnes los retratos de los antepasados que desempeñaron magistraturas curules.

Durante la Edad Media, así como en las épocas que le siguieron, indudablemente se hicieron progresos en la pintura y escultura, pero la índole de estas obras no permitía otros retratos que los verificados por comisión y, consecuentemente, la idea de que se presentaran reproducciones subrepticias era poco menos que probable. Adicionalmente, y de ello podemos ver una clara semejanza con la

¹¹ En este sentido se pronuncia Margadant, quien afirma: «El derecho romano no se ha ocupado de “derecho a la propia imagen” y niega la existencia de un derecho sobre el propio cuerpo» (D. 14.2.2 2; D. 9.2. 13 pr.), tema tan discutido en la actualidad». Margadant S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 14ª. ed., Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1986, pp. 135 y 136.

¹² Al respecto seguimos las ideas e información proporcionadas por Chang Santos. Ricardo, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; Ochoa Restrepo, Guillermo, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; y De la Oliva de Castro, Andrés. Voz «Derecho a la propia imagen» en *Diccionario de Derecho Privado. Derecho Civil, Común y Foral, Derecho Mercantil, Derecho Notarial y Registral, Derecho Canónico* (Dirigido por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfero), 2a. reimpresión a la 1a. ed., Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1961, Tomo I (A-F), p. 1483.

situación que guardaron el reconocimiento y protección de los derechos de autor ¹³, no existían los procesos mecánicos de hoy para multiplicar las copias de un cuadro o busto, sino que la obtención de éstas exigía que se recurriera a una nueva pintura o modelado, lo cual, a su vez, implicaba el consentimiento del propietario de los trabajos artísticos, que casi siempre era el retratado o sus causahabientes, por lo que es de suponerse que únicamente podía presentarse el caso de reproducciones ilegales cuando las obras se encontraran en poder de un extraño o cuando habían sido sustraídas en forma fraudulenta. A pesar de lo anterior la ofensa perdía gravedad y significado como peligro social, dado el escaso alcance difusivo del retrato en virtud de las pocas reproducciones ilegítimas que podían hacerse. Aun prescindiendo del aspecto cuantitativo, la indiscreción de que fuera objeto la obra carecía también prácticamente de importancia, porque las reproducciones solían presentar al titular de la imagen con la seriedad propia de una obra que debía reservarle el afecto y veneración de sus descendientes o de la corporación a la que perteneciera, no siendo factible sorprenderle en escenas comprometedoras.

Dado lo anterior, es de pensarse que hasta en tanto no surgieron la fotografía, la cinematografía y demás medios rápidos y mecánicos de reproducción y difusión de las imágenes, no se suscitaron estas cuestiones y problemas. En contrasentido, la difusión de la revista periódica, la tendencia en ella de enfocar las luces a la de publicidad sobre los actos individuales y colectivos, así como la propaganda industrial

¹³ Pues propiamente no se habla de la existencia de los derechos de autor, tal y como los conocemos hoy en día, sino hasta el momento en que es factible reproducir mecánicamente los manuscritos, esto es, cuando es inventada la imprenta y se otorgan ciertos privilegios a los editores para editar obras en exclusividad. Cfr. Ortega Serralde, Eulalio M., *Proyecto de Legislación sobre Propiedad Artística Musical y su fundamentación*, tesis profesional, México, 1933, pp. 13 y ss.; Obón León, J. Ramón, *Los derechos de autor en México* (Prólogo del Dr. Carlos Mouchet), Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, Buenos Aires, 1974, pp. 16 y ss.; Loredó Hill, Adolfo, *Derecho Autoral Mexicano*, 2a. ed., Editorial Jus, S.A., de C.V., México, 1990, pp. 16 y ss.; y, respecto de sus antecedentes en nuestro país, Rangel Medina, David, *Los derechos de autor. Su naturaleza jurídica y comentarios acerca de su protección legal en México*, Universidad Nacional de México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Escuela de Jurisprudencia, tesis profesional, México, 1944, pp. 28 y ss.

y comercial desmedidas que parecen caracterizar nuestros tiempos, hicieron necesario establecer los límites que deben imponerse por el derecho a la reproducción de la imagen de los seres humanos, a fin de que por ella no sean conculcados los llamados derechos de la personalidad.

IV. AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en la aceptación del derecho a la propia imagen, sobre todo durante la etapa de concepción y desarrollo de dicho derecho, empero, podemos afirmar que hoy en día la tendencia es prácticamente generalizada en consentir su incorporación dentro del orden normativo.

Aquellos que niegan la existencia de un derecho sobre la propia imagen, van desde los que lo hacen invocando que no hay derechos sin título, sin fundamentos jurídicos; los que consideran que como no es posible prohibir la impresión en la mente de la imagen de una persona, tampoco es posible negarse a la exteriorización de la misma ¹⁴; los que ven en su regulación un atentado mortal en contra del arte; y hasta los que estiman que va en contra del principio de sociabilidad, en virtud del cual no puede negarse al consorcio humano que vea y conozca las facciones de una persona, al igual que tiene derecho a conocer y juzgar su conducta ¹⁵.

Por el contrario, Campogrande indica que aunque no sea declarado por las leyes, el derecho a la propia imagen está implícitamente reconocido y tutelado en sus diversas manifestaciones, por lo que concluye que la falta de un expreso reconocimiento sobre la imagen no suministra razón idónea para excluir su admisibilidad ¹⁶. Así, dentro de las posturas que admiten su existencia, es frecuente encontrar

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21a. ed., Editorial Heliastra, S.R.L., Buenos Aires, 1989, Tomo III, p. 103.

¹⁵ De la Oliva de Castro, Andrés, *op. cit.*, p. 1483.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1484.

los que lo niegan como un derecho independiente, considerándolo más bien como uno de los aspectos del derecho al honor ¹⁷. Otros lo consideran como una extensión del derecho a la intimidad personal ¹⁸, como claro reflejo de lo impreciso que ha sido fijar límites exactos al concepto de éste ¹⁹. Más aún, se le llega a ver como manifestaciones concretas de normas que protegen tanto al honor como a la intimidad

¹⁷ *Ídem*. En el mismo sentido se pronuncia Castán Tobeñas, quien entiende que solamente se puede prohibir la publicación y difusión de la imagen cuando de una u otra forma deriva una injuria, una ofensa a la estima o a la reputación de la persona retratada. Castán Tobeñas, José, «Los derechos de la personalidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio-Agosto 1952 (separata), Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1952, pp. 57 y ss. Ochoa Restrepo lo entiende de la misma forma. Cfr. Ochoa Restrepo, Guillermo *op. cit.*, p. 75. En términos similares se expresa Pacheco Escobedo, para quien «no puede hablarse de un estricto derecho sobre la propia imagen, sino solamente en aquellos casos en que ésta, por cualquier motivo, ha llegado a tener valor comercial, o pretende ser utilizada con fines mercantiles». Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el Derecho Civil mexicano*, 2a. ed., Panorama Editorial, S.A., México, 1991, pp.132 y ss.

¹⁸ Cfr. en este sentido: Oliveros Lapuerta, María Vicenta, *Estudio sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, p. 25; O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, Tomo I (Parte General), p. 191; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, 10a. ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, Tomo I (Parte General), p. 320; Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, 3a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, pp. 825 y 828; Flores Flores, Armando, *Implicaciones jurídicas de la imagen como proyección de las personas físicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, tesis profesional, 1989, p. 112; Carmona Salgado, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., Madrid, 1991, pp. 225 y ss.; Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1973, vol. I, p. 125; Malquer de Motes, Carlos, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, p. 38; y Lete del Río, José M., *Derecho de la persona*, 2a. ed., Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1991, pp. 205 y ss.

¹⁹ Moreno Hernández señala que el problema de la intimidad debe verse de cultura en cultura y de época en época, ya que su contenido es cambiante, habiendo necesidad de agregar que cada autor, sea en el ámbito del Derecho Civil o del Derecho Penal, le asigna a la intimidad diversos contenidos y valoraciones, lo que, a su vez, será diferente según el tipo de Estado de que se trate (liberal, individualista, socialista, etcétera). Moreno Hernández, Moisés. «El deber del profesional frente a la intimidad de su cliente. Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y culpa» en *Revista de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XLII, nos. 187 y 188, Enero-Abril 1993, p. 99.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

de las personas ²⁰. Por tales motivos, es importante distinguir cuál es el derecho afectado, pues la imagen puede tener un mero carácter instrumental, ya que en determinadas ocasiones la difusión ilícita de una fotografía puede en realidad lesionar el derecho a la identidad personal, o puede usarse para dañar el honor o para entrometerse en la vida privada sin derecho ²¹.

Estimamos que es necesario considerar como independiente o autónomo el derecho a la propia imagen, con vistas a obtener una mayor eficacia en la protección de la persona respecto de esta faceta, cada vez más necesitada de protección ante los continuos avances de la técnica, que con gran facilidad permiten reproducir el aspecto físico de la persona contra o sin su voluntad. Desde luego que no desconocemos la íntima relación del derecho que nos ocupa con los derechos al honor y a la intimidad. En efecto, bien vulnerando el derecho a la propia imagen puede atacarse también el derecho al honor, aunque resulta claro que puede violarse aquél sin conculcarse éste, como puede afectarse al honor sin que en momento alguno se involucren los aspectos fisonómicos que individualizan o identifican a un ser humano. Por cuanto al derecho a la intimidad, se podría hablar de una lesión al mismo ya que para la identificación del individuo, la primera característica apreciable es la de sus rasgos físicos y al ser fijados y expuestos al público, se logra en cierto modo una presencia continuada ante los demás, durante el tiempo de la exhibición. Sin embargo, es de advertir que se produce un ataque al derecho a la propia imagen cuando se fijan y reproducen los rasgos físicos del sujeto en contra o sin su voluntad, aun cuando después el retrato, escultura o pintura no se expongan al público, en cuyo caso sí podría hablarse de un ataque

²⁰ Vidal Martínez entiende que la raíz última del derecho a la propia imagen enlaza básicamente con la protección de la intimidad, aunque admite que en ocasiones el bien jurídico protegido específico presenta connotaciones que distanciándole del derecho a la intimidad le acercan al derecho al honor. Vidal Martínez, Jaime. *El derecho a la intimidad en la ley orgánica de 5-5-1982*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984, p. 24.

²¹ Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, pp. 79 y ss.; y Ghersi, Carlos Alberto, *Derecho Civil. Parte General* (Colaboradores: Mariana Di Prospero y Leandro Vergara), Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1993, p. 294.

a la intimidad privada. Es decir, conforme a la doctrina más reciente, por el mero hecho de la fijación y reproducción de la imagen se viola el derecho. Al igual que el honor, existen otros aspectos que implicarían una violación al derecho a la intimidad, sin que en ningún momento se reproduzca o difunda la imagen del agraviado. Como podemos observar, ninguno de los tres derechos (a la propia imagen, al honor y a la intimidad) se subsumen entre ellos o alguno con respecto de otro, sino que en ocasiones llegan a ser concomitantes ²².

Aun y cuando la mayor parte de los casos que se presentan en la práctica se refieren a hipótesis de reproducción de la imagen en circunstancias que implican ofensa al honor o a la intimidad, esto no es obstáculo para reconocer la existencia de un derecho a la imagen por sí mismo, con independencia de cualquier injuria ²³. Probablemente, como señala Oliveros Lapuerta ²⁴, el *quid* de asunto se centre en la autorización para la obtención o reproducción de la imagen, porque cuando se ha discutido ante los tribunales alguna cuestión sobre el derecho a la propia imagen, lo único que se ha pretendido hacer valer es el haber obtenido expresa o tácitamente su autorización para aquellos actos, por lo que la esencia del litigio se centra, primordialmente, en la existencia o inexistencia de la autorización para la obtención, difusión y/o reproducción de la imagen; o bien, en la actualización o no, de alguno de los límites de este derecho.

²² Cfr. Puig Brutau, José y Luis Puig Ferriol. *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1979, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 107, en nota de pie de página; Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, 1992, p. 140; Zavala de González, Matilde, *Derecho a la intimidad. Análisis del Artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia*, Ableledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 97; Ferreira Rubio, Delia Matilde, *El derecho a la intimidad. Análisis del Artículo 1071 bis del Código Civil a la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 115; y Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, pp. 92 y 99.

²³ Cfr. López Olivera Sánchez, César Netzahualcoyotl, *La valoración pecuniaria en la reparación del agravio del derecho a la imagen*, Universidad Nacional Autónoma de México, Escuela de Estudios Profesionales Acatlán, tesis profesional, Acatlán, México, 1985, p. 13.

V. NATURALEZA, ALCANCE Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Contra lo que piensan algunos autores que observan que este derecho tutela la difusión de la imagen²⁵, estamos con la idea de que protege no sólo la exhibición, sino también la fijación, reproducción u obtención de la imagen, exista o no, diseño o malevolencia²⁶. Se dice incluso que la protección de la imagen de la persona reviste una considerable amplitud, abarcando incluso la imagen fotográfica, la literaria y la fonética (consistente en la voz)²⁷, criterio que no compartimos, en vista de que extender el concepto de «imagen» a los supuestos indicados, desvirtuaría el concepto y límites que se han tomado como base. Coincidimos en que no hay razones para no aplicar por analogía, hasta donde la naturaleza de los signos somáticos en cuestión lo permitan, las reglas de la imagen a la voz²⁸, aunque se trataría de prerrogativas distintas²⁹. Por otro lado, hablar de una *imagen literaria* conlleva a confundir términos y derechos distintos. En efecto, una violación de la *imagen literaria* realmente nos llevaría a tratar una trasgresión del derecho a la intimidad (cuando se hagan descripciones de la vida privada de un individuo, sin que haya mediado autorización) o del derecho al honor (cuando el *retrato* que se haga ataque la reputación de una persona)³⁰.

²⁵ De la Oliva de Castro, Andrés, *op. cit.*, Tomo I, p. 1485.

²⁶ Así se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, según lo sostiene Carbonnier, Jean, *Derecho Civil* (Traducción de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz y prólogo de Antonio Hernández Gil). Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960, Tomo I, vol. I (Disciplina General y Derecho de las personas), p. 313; así como Carmona Salgado, Concepción, *op. cit.*, p. 226.

²⁷ Santaella, Manuel, *Introducción al Derecho de la Publicidad*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982, p. 314.

²⁸ En este sentido, Díez Picazo Luis y Antonio Gullón, *op. cit.*, vol. I, p. 125. Tal parece que éste ha sido el criterio que se ha seguido en los códigos civiles de Jalisco (artículo 31) y de la República del Perú (artículo 15), país este último en que incluso se encuentran contemplados los derechos a la imagen y a la voz a nivel constitucional. Cfr. Art. 2.7 de dicho ordenamiento.

²⁹ En *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F2d 460 463 (9th. Cir. 1988) se sostuvo que «una voz es tan distintiva y personal como el rostro», sin embargo, bajo lo que la doctrina estadounidense ha dado en llamar *right of publicity*, no siempre se ha extendido la misma protección en los casos de imitación de las voces de las celebridades. Cfr. Wohl, Leonard A., «The right of publicity and vocal larceny», *sounding off on sound-alikes* en *Fordham Law Review*, vol. LVII, no. 3, New York, december, 1988, pp. 445 y ss.

³⁰ En dicho sentido, Gitrama González, Manuel, *op. cit.*, p. 305.

Dentro de la definición o concepto a considerar del derecho a la propia imagen, no debemos tener en cuenta únicamente el aspecto negativo al que normalmente suelen hacer referencia quienes sobre el tema escriben ³¹, sino que debemos abarcar las dos facetas que subsume; la positiva consistente en el derecho de reproducir, exponer, publicar y comerciar la propia imagen; y una negativa, consistente en la facultad de prohibir a tercero no autorizado obtener, reproducir, publicar, divulgar y comerciar la propia imagen ³². Tales principios parecen estar contemplados por el derecho francés que, en materia de publicidad, establece:

1. La imagen de la persona no puede ser difundida por ningún medio sin su consentimiento; y
2. Siempre se requiere la autorización de la persona fotografiada ³³.

Retomando los dos aspectos aludidos, tendríamos la siguiente definición, propuesta por O'Callaghan ³⁴: derecho de reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtener, reproducir y publicar la misma. De tal suerte, el aspecto positivo lo ejerce la persona que posa para un fotógrafo, como también lo ejercen —aunque sea profesionalmente— los modelos o artistas de los que se obtienen imágenes para publicidad, películas, videos, entre otros. En tanto, el aspecto negativo se constituye en la prohibición

³¹ Así, Igartúa Arregui, Fernando, *op. cit.*, pp. 13 y 14, lo conceptúa como «aquel que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción y distribución de la imagen de la persona».

³² Cfr. O'Callaghan Muñoz, Xavier. *Compendio...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 191; y López Olivera Sánchez, César Netzahualcoyotl, *op. cit.*, p. 5.

En contrasentido, Novoa Monreal estima que las exigencias sociales han transformado el derecho a la imagen «únicamente en un derecho negativo, consistente en la posibilidad de su titular de manifestar su rechazo expreso a que su imagen sea conservada por otro. A falta de ese rechazo, ha de entenderse que cualquiera puede captar imágenes ajenas en lugares públicos, sin otra restricción que las necesarias para el respeto de otros derechos del hombre». Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 4ª. ed., Siglo XXI Editores, S.A. de C.V., México, 1989, p. 71.

³³ Cit. por Santaella, Manuel, *op. cit.*, p. 295.

³⁴ O'Callaghan Muñoz, Xavier, *La libertad de expresión... op. cit.*, p. 117.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

erga omnes de obtener, reproducir o publicar la propia imagen sin la autorización del titular para ello. El concepto, pues, no distingue finalidades o implicaciones personales o patrimoniales³⁵, es por tanto de carácter eminentemente objetivo, y de ahí probablemente la gran diferencia entre este derecho y los de la intimidad y al honor, con los cuales constantemente se le ha confundido o subsumido. Repetimos, junto con Cifuentes³⁶, que hoy en día no es concebible únicamente la protección por la difusión de la imagen por medio de la fotografía, sino también de cualquiera exteriorización de los rasgos físicos caracterizadores de la persona, incluyéndose obviamente el retrato, la cinematografía, televisión, así como la representación escénica (según algunas resoluciones estadounidenses).

Para Ruiz y Tomás³⁷ en una primera época el derecho a la propia imagen era reputado como algo accesorio al cuerpo humano y, precisamente por eso, de la misma manera que se admitía un derecho del individuo sobre el propio cuerpo, fue también aceptado un derecho sobre la propia imagen³⁸. Con posterioridad se afina el concepto, hablándose del derecho a la propia imagen como de algo inherente a la personalidad, con base en lo cual su titular puede impedir la utilización de su imagen en cuanto sea expuesta y difundida entre el público injustamente. Se habla que este derecho tiene hoy en día, por razón de sus consecuencias, un contenido patrimonial, y éste es el motivo de que muchos de sus antiguos y sistemáticos impugnadores

³⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil: Parte General. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, 2a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 274, parece restringir la tutela exclusivamente a los usos comerciales.

³⁶ Cifuentes, Santos, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 79.

³⁷ Cit. por De la Oliva de Castro, Andrés, *op. cit.*, Tomo I, pp. 1484 y ss.

³⁸ El derecho a la imagen comenzó, en efecto, siendo objeto de una concepción sensible y corpórea; posteriormente sucesivas evoluciones lo han espiritualizado en su construcción jurídica, pues, como acontece siempre en las elaboraciones doctrinales, el hombre, también aquí ha pasado de lo concreto a lo abstracto. Cfr. Ochoa Restrepo, Guillermo, *op. cit.*, p. 74; Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; y Borrell Maciá, Antonio, *La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pp. 101 y ss.

hayan sido constreñidos a reconocer su jurídica posibilidad ³⁹. La ciencia y el derecho actuales reconocen en el derecho a la propia imagen, como en la mayoría de los derechos de la persona, la coexistencia del elemento ideal con el factor económico. A pesar que actualmente predomina en esta materia el agente patrimonial, debe destacarse en todo momento su origen personalísimo, que se advierte con la mera contemplación de su naturaleza ⁴⁰. Es el derecho a la propia imagen un derecho subjetivo que corresponde a la persona para impedir que la imagen obtenida sin su consentimiento se fije, muestre o difunda públicamente en desacuerdo con el querer del reproducido, surgiendo en caso de violación del derecho, la facultad de hacerla cesar y de concretar los daños materiales y morales sufridos en forma de adecuada indemnización. Comprende asimismo la atribución de su titular de disponer de su imagen, ya gratuitamente o mediando remuneración, dentro de los límites establecidos por la ley y por la naturaleza del derecho.

VI. EL DERECHO A LA IMAGEN NO ES UN DERECHO DE AUTOR

Curiosamente, no es el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (CCDF) el ordenamiento que regula el derecho a la propia imagen, sino que en forma indebida son los artículos 86 y 87 de la LFDA, los que se encargan de preverlo. El CCDF se limita a tutelar los derechos de la personalidad por vía de consecuencia, esto es, cuando la infracción sobre uno de éstos se ha actualizado como resultado de la comisión

³⁹ «La riqueza de la problemática planteada por la utilización publicitaria de la imagen es realmente inagotable. La jurisprudencia francesa ha establecido una doctrina precisa en torno a supuestos tales como la protección de la imagen de los menores, mansiones, personas que pertenecen al mundo del espectáculo, etc., Santaella, Manuel, *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ De ahí que, en forma prácticamente unánime, al derecho a la propia imagen se le encuadre como uno de los derechos de la personalidad, si bien es cierto varía de un autor a otro la ubicación específica que suele otorgársele dentro de los mismos. Para una pequeña radiografía al respecto, cfr. Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo, *Algunos aspectos jurídicos de los transplantes de órganos*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1993, pp. 41 y ss.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

de un hecho ilícito, produciéndose un daño moral⁴¹. En consecuencia, procede analizar si se encuentra justificada o no la inclusión del derecho del efigiado en la legislación autoral.

Pese a la advertencia que formula Cifuentes⁴², consistente en que el derecho a la propia imagen no debe confundirse con el derecho de autor de la persona que retrata la imagen (pues el asunto autoral es distinto de la necesidad de proteger esa representación personal, completamente identificada con la persona misma, con carácter innato, especial y vitalicio), se suele identificar ambos derechos, al considerarse que el derecho que una persona goza respecto de su figura tiene su apoyo en la ficción de que tenemos sobre nosotros un derecho igual al que un escultor ejerce sobre su estatua⁴³. Empero, resulta claro advertir que el derecho de autor tutela la paternidad intelectual y las facultades que de ella derivan, en tanto que el derecho que tenemos respecto de nuestra propia imagen no se puede considerar como una tutela de paternidad intelectual, ni siquiera de una paternidad respecto de nuestro aspecto físico, supuesto que de concebirse, en dado caso el derecho correspondería a nuestros padres y no a nosotros mismos⁴⁴. Además, el derecho moral del autor, es decir, el aspecto considerado como derecho de la personalidad por extensión⁴⁵, no es connatural del hombre en vista de que se requiere

⁴¹ Se advierte al lector que en el presente estudio no hacemos referencia a las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Industrial ni en los códigos civiles de los Estados de Quintana Roo, Puebla, Tlaxcala, Querétaro y Jalisco, que se refieren al derecho a la propia imagen.

⁴² Cifuentes, Santos, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 78.

⁴³ Cfr. Ochoa Restrepo, Guillermo, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

⁴⁴ Cfr. López Olivera Sánchez, César Netzahualcoyotl, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁵ Una de las características de los derechos de la personalidad es la calidad de ser prerrogativas innatas del ser humano, es decir, en cuanto se es persona se goza de una esfera de protección determinada. Al respecto, Espín Cánovas señala que el derecho moral del autor se constituye como un derecho de la personalidad *no innato*, pues no toda esta clase de derechos guardan tal característica. Espín Cánovas, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991, pp. 30 y ss.; y De Cupis, Adriano, «I diritti della personalità», Tomo I, en *Trattato di diritto civile e commerciale* de Antonio Cicu y Francesco Messineo (Dirs.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, vol. IV, Tomo 1, p. 15. Tal parece ser la postura de la mayoría de los civilistas, tesis que, no obstante, ha sido objeto de impugnación por ciertos autores, entre los que se suele afirmar la no disociabilidad de los derechos económicos y morales del autor, puesto que se configuran como un derecho único e inescindible, de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian recíprocamente. Cfr. éste y otros argumentos en Puig Brutau, José y Luis Puig Ferriol, *op. cit.*, Tomo I, vol. 1 (Sujeto y Objeto del Derecho), p. 110.

un proceso mental y que el mismo se plasme en un objeto material para que la tutela aparezca. Dicho proceso mental, obviamente, será siempre posterior al nacimiento del titular del derecho. Tampoco debe identificarse únicamente el derecho a la propia imagen como límite del derecho de autor del retrato como obra de ingenio, pues el efígrado puede oponerse a la difusión, reproducción o fijación de su imagen, cualquiera que sea quien la divulgue, autor o no del retrato ⁴⁶, incluso si la obra de arte o la fotografía pasaron ya al dominio público y no son tutelables por el derecho de autor ⁴⁷.

Probablemente, la figura que más provoca confundir el derecho a la imagen con los derechos de autor es el llamado *derecho de arena*, el cual consiste en la:

«... prerrogativa que corresponde al deportista de impedir que terceros, sin su autorización, divulguen su imagen mediante transmisiones televisivas o por cinematógrafo, al participar en competencias en sitios en los que el acceso al público no es gratuito» ⁴⁸.

Dicha facultad es considerada como un derecho conexo o como modalidad de los derechos de autor y que la misma ha ido ampliándose más allá de las actividades deportivas, llegando a incluir a los artistas de variedades, los artistas de circo, los pilotos de carreras de automóviles, los jinetes de las carreras de caballos, entre otros. Empero, con sobrada razón, Rangel Medina advierte que:

«Es preciso hacer notar que no hay un consenso general acerca del derecho de arena como una institución del derecho autoral. En efecto, si el derecho de arena consiste en la facultad de los atletas de percibir una cuota por la transmisión de su imagen en un espectáculo deportivo público con entrada pagada, puede afirmarse que nada tiene que ver el derecho de arena con los

⁴⁶ Gitrama González, Manuel, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁷ Omitimos las polémicas que respecto a quién debe ser considerado el titular del derecho de autor derivado de una obra pictórica o fotográfica, si el autor o el modelo. Con relación a este tema pueden consultarse Borrell Maciá, Antonio. *op. cit.*, pp. 102 y ss. y Rogel Vide, Carlos, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1984, pp. 64 y ss.

⁴⁸ Rangel Medina, David, *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, p. 112.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

derechos de autor, ya que la ley de la materia presupone una creación intelectual, llegando a calificarse de absurdo situar al derecho de arena como un derecho conexo a los de autor»⁴⁹.

A pesar de tales objeciones, agrega este autor que:

«... al amparo del derecho conexo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley Federal de Derechos de Autor (hoy artículo 87 de la nueva LFDA), que reconoce el derecho a la propia imagen al establecer que “el retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con fines lucrativos, con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes”, en México se hace efectivo el derecho de arena en su más amplia acepción»⁵⁰.

La *efectividad* de los artículos 86 y 87 de la LFDA nos parece sumamente endeble por las razones que a continuación exponemos:

El derecho que tenemos sobre la fijación, reproducción y difusión de nuestra propia imagen, no se constituye en un derecho conexo de los derechos de autor, atento a que éstos tienden a proteger los intereses referentes a la utilización pública de obras de los autores, a toda clase de representaciones artísticas o a la transmisión, al público, de acontecimientos, información, sonidos o imágenes.

«Quedan pues, dentro del concepto de derechos vecinos todos los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radio y televisión»⁵¹.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 113. En el mismo sentido Flores Flores, Armando, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁰ *Ibíd.* Ya Flores Flores, Armando, *op. cit.*, p. 155, nos relata un caso en el que un juez brasileño, Doreste Baptista, en Río de Janeiro, respecto del derecho a la imagen sentenció que «éste era asimilable al derecho autoral, de manera que el uso del nombre y la imagen de un atleta profesional, sin su autorización, en propagandas comerciales, independientemente que la imagen incluya o no los trofeos obtenidos, la portación de la indumentaria propia del deporte de que se trate o las efigies de otros atletas, da lugar a una indemnización aun cuando el ordenamiento jurídico no dijera nada al respecto, ya que el nombre y la imagen son derechos de la personalidad inmanentes por excelencia de la condición humana, de ahí que no desaparezcan totalmente, ni siquiera en tratándose de personajes célebres o notables». Desde luego que estamos de acuerdo con la conclusión a la que arriba el razonamiento expresado, pero, francamente, no vemos el motivo o la circunstancia que permita «asimilar» el derecho a la imagen con un derecho autoral, lo cual pasa inadvertido en las líneas transcritas.

⁵¹ Herrera Meza, Humberto Javier, *Iniciación al Derecho de Autor*, Editorial Limusa, S.A. de C.V., México, 1992, p. 79, quien además se fundamenta para la cuestión que nos ocupa en el *Glosario de derecho de autor y derechos conexos* publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En una clasificación casuística, se suelen incluir como derechos conexos: traducciones, adaptaciones, compendios, transportaciones, arreglos, instrumentaciones, dramatizaciones, transformaciones, compilaciones, interpretaciones, ejecuciones, personajes ficticios, personajes simbólicos en obras literarias, historietas gráficas o en cualquier publicación periódica, título de alguna publicación o difusión periódica ya sea revista, periódico, noticiero cinematográfico, así como características gráficas que sean distintivas de los editores de periódicos o revistas o de productores de películas ⁵². Por tanto, no vemos cómo pudiera considerarse el derecho a la propia imagen como un derecho de los llamados conexos al autor, dado que éstos se denominan de esta manera en virtud de los lazos que guardan con la creación original a la cual están traduciendo, interpretando o modificando de alguna manera ⁵³. A mayor abundamiento, cuando se profundiza sobre la naturaleza de los derechos conexos, se suele excluir al derecho a la imagen como parte de ellos ⁵⁴ e, incluso, se critica la inapropiada inclusión de los mismos en la legislación autoral ⁵⁵. Tan no se considera un derecho conexo el derecho a la imagen, que el artículo que prevé éste no se encuentra regulado dentro del apartado destinado a aquéllos.

Sin embargo, es posible hablar de un caso en que un derecho conexo se encuentra íntimamente ligado con, podríamos llamarle así, una tutela específica de la imagen de los artistas intérpretes o ejecutantes.

⁵² Rangel Medina, David, *Derecho de la ...*, op. cit., p. 95.

⁵³ Obón León, J. Ramón, *Derecho de los artistas intérpretes, autores cantantes y músicos ejecutantes*, 3a. ed., Editorial Trillas, S.A. de C.V. México, 1996, pp. 64 y ss.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 64, quien para la determinación de la naturaleza de los derechos conexos a los del autor «abstrae» al derecho a la imagen, entre otros aspectos.

⁵⁵ El propio Rangel Medina, David, *Derecho de la...*, op. cit., p. 93; en el mismo sentido, Antequera Parilli, Ricardo, *Consideraciones sobre el Derecho de Autor. Con especial referencia a la legislación venezolana*, Buenos Aires, 1977, p. 60.

Ya Satanowsky, Isidro, *Derecho Intelectual*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo II, p. 3, expresaba que los derechos de los realizadores e intérpretes determinaban institutos jurídicos distintos, aunque íntimamente vinculados, al derecho de autor. Asimismo, sobre el tema, Cfr. Mouchet, Carlos, *Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 85 y ss.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

Tal es el caso de la prerrogativa que tienen el actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín o en general, cualquier otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística, de alguna expresión del folclor, o que realice una actividad similar a las anteriores, haya o no, texto previo que norme su desarrollo, sin que en ningún caso se encuentren incluidos dentro de este grupo a los extras o participantes eventuales (como reza la definición de artista intérprete o ejecutante del artículo 116 de la LFDA), de oponerse a «la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones sobre una base material» así como «a la reproducción de la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones» (Fracciones II y III del artículo 118 de la LFDA). Obviamente, nos referimos a la fijación y reproducción de la imagen y no a la de cualquier otra clase, supuesto permitido por la disposición en comento. Tal precepto no permite confundir el derecho a la imagen con un derecho conexo de los individuos mencionados, ya que adicional a las prerrogativas mencionadas también se encuentran facultados para, entre otros, exigir el reconocimiento de su nombre respecto de su interpretación o ejecución, así como la de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación⁵⁶. Más bien, en las fracciones II y III del artículo 118 invocado, se contemplan derechos subjetivos otorgados en favor del artista intérprete o ejecutante cuya relación con la materia autoral se constriñe única y exclusivamente a

⁵⁶ En el caso específico de los derechos conexos o vecinos correspondientes al intérprete o ejecutante, se han tratado de fundar tales prerrogativas en los derechos de la personalidad (opinión de Bruno Marwithz), ya que, como la prestación del artista está integrada por una serie de elementos de su persona física, como su nombre, su voz, su imagen, este derecho (el de la personalidad) constituye la razón fundamental por la que no se puede lucrar con esos elementos sin autorización de su titular, pues se estarían usando elementos de su persona, protegidos por un derecho más amplio y general, al que tienen derecho los intérpretes y ejecutantes como personas y no sólo como artistas. Tal postura ha sido objetada por su insuficiencia, pues se habla de categorías jurídicas que regulan derechos que corresponden a todas las personas y no las que específicamente atañen a los artistas, intérpretes o ejecutantes, en especial los derechos de carácter patrimonial, que es un aspecto que se presenta normalmente, y no sólo en forma excepcional como sucede con los de la personalidad. Cfr. Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, Víctor de P. de Zavallía, Buenos Aires, 1993, pp. 367 y ss.

la interpretación o ejecución de una obra artística reconocida y protegida por la LFDA, siendo en realidad auténticas manifestaciones «específicas» del derecho a la imagen, cuyo contenido se haya restringido a los rasgos físicos que identifican a un individuo *durante* la interpretación o ejecución de una obra artística, a lo cual habrá que, una vez más, señalar lo expresado por Rangel Medina ⁵⁷:

«En realidad no existe un derecho conexo al derecho de autor como una disciplina jurídica de características propias, sino que con tal denominación se han pretendido reunir diferentes objetos que deben estar protegidos por cuerpos normativos diferentes, sobre derechos del artista, los derechos de la personalidad, etcétera, pero no en un texto legislativo protector de los derechos del autor» ⁵⁸.

Respecto de la posibilidad de considerar el derecho a la imagen como una *modalidad* del derecho de autor ⁵⁹, consideramos que tampoco es factible tal posición, en virtud de que se entiende por modalidad:

⁵⁷ Rangel Medina, David, *Derecho de la...*, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁸ Las cursivas son nuestras. Adicionalmente a lo expresado, deberán tenerse en cuenta las siguientes disposiciones que plantea la LFDA: Las facultades del artículo 188, según dispone el mismo precepto en su último párrafo, se consideran «agotadas» una vez que el artista, intérprete o ejecutante haya autorizado la incorporación de su actuación o interpretación en una fijación visual, sonora o audiovisual. Por su parte, el artículo 119 contempla la necesidad de nombrar, de entre ellos, un representante para el ejercicio del derecho de oposición contemplado en el artículo 118, cuando se trata de artistas que participan colectivamente en una misma actuación, tales como grupos musicales, coros, orquestas, de ballet o compañías de teatro. Cuando se celebre un contrato entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de obras audiovisuales, para la producción de una obra audiovisual, salvo pacto en contrario se entiende otorgado el derecho de fijar, reproducir y comunicar al público las actuaciones del artista, sin que este supuesto incluya la posibilidad de utilizar en forma separada el sonido y las imágenes en la obra audiovisual, a menos que se haya acordado expresamente (artículo 121). Finalmente, el artículo 122 establece que la duración de la protección concedida a estos artistas es de 50 años, contados a partir de: a) la primera fijación de la interpretación o ejecución de un fonograma; b) la primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas; o c) la transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier otro medio.

⁵⁹ Sobre el término «modalidades del derecho de autor» no existe un consenso para denominarles de tal manera, ya que algunas legislaciones le denominan «otros derechos» o «facultades pecuniarias con fundamentos morales», habida cuenta de su carácter mixto, de su índole especial. Cfr. Vega Vega, José Antonio, *Derecho de Autor*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990, pp. 130 y ss., así como la Sección III, Capítulo III, Título II del Libro Primero de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual española.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

«... cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la sustancia sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico»⁶⁰.

En tal sentido cuando se hable de alguna modalidad del derecho de autor, se estará refiriendo a características que hagan especialísima una facultad moral o económica, o mezcla de ambas, que la ley otorga a un autor por el hecho de serlo, y que no encuadren dentro de lo que comúnmente se conoce como las prerrogativas morales y económicas autorales. Desde este punto de vista, el llamado «derecho de arena», y mucho menos el derecho a la propia imagen, pueden ser considerados una modalidad del derecho de autor, toda vez que carecen de los elementos fundamentales para que se consideren objeto de tutela del mismo, a saber:

1. Que se trate de una obra creativa y original;
2. Que sea *creada* por una persona física;
3. Que corresponda el ámbito del arte, la ciencia o la literatura; y
4. Que se manifieste por cualquier medio que la haga perceptible a los sentidos.

En resumidas cuentas, ni el derecho a la arena, ni el derecho a la imagen son derechos conexos o modalidades de los derechos de autor, por lo que no deben encontrarse regulados en la ley de la materia.

⁶⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 8a. ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, p. 753. Este mismo autor cita (en la página 752) la investigación que sobre el concepto realizó Fernández del Castillo, quien concluye que «... Modalidad es una palabra reciente en la lengua castellana la cual se introdujo por la palabra francesa *modélité*, empleada en el lenguaje científico para designar ciertos aspectos que revisten las cosas, o sea una cualidad de ellas que sirve para considerarlas desde un punto de vista especial... Modalidad, palabra castellanizada, es el modo de ser una cosa; o sea la forma variable y determinada que pueden tener una persona o una cosa, sin que por recibirlas se cambie o destruya su esencia. No puede confundirse con la palabra modificación, pues ésta implica un cambio sustancial y no accidental».

VII. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El texto de los artículos 86 y 87 de la LFDA no tienen correspondiente alguno en los códigos civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, así como tampoco en el texto primigenio del CCDF, cuyo articulado del Título Octavo (*De los Derechos de Autor*) del Libro Segundo fue derogado por la Ley Federal sobre el Derecho de Autor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de enero de 1948, en donde su artículo 25 se leía ⁶¹:

«Artículo 25. El retrato de una persona no puede ser publicado, exhibido o puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de ella y después de su muerte, del de su cónyuge y de los hijos, y en su defecto de sus ascendientes y otros descendientes hasta el segundo grado.

»La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo antes de la publicación o de subsecuentes publicaciones pero está obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que con ello se ocasionen.

»Es libre la publicación del retrato cuando tenga un fin científico, didáctico, y, en general, cultural, o si se refiere a un acontecimiento de actualidad, de interés público u ocurrido en público».

Para el año de 1956, un nuevo proyecto de ley autoral fue remitido por el Presidente de la República a la Cámara de Senadores como cámara de origen. Ahora sí, en la Cámara de Diputados fue formulado el dictamen correspondiente al proyecto aprobado y enviado por su colegisladora, dentro del cual, la Comisión Dictaminadora refirió

⁶¹ El texto lo tomamos del Proyecto de Ley Federal sobre el Derecho de Autor, contenido en el disco compacto *Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, H. Cámara de Diputados, Instituto Nacional de Geografía y Estadística; estando contemplado el dato en cuestión en el disco 1, Segundo Año Legislativo de la XL Legislatura, Período ordinario, 22 de diciembre de 1947, Diario no. 39. Valga la pena aclarar que el proyecto referido no fue motivo del más mínimo comentario por parte de los diputados presentes en la sesión, aspecto muy común en la época que se vivía, pues ni siquiera se formuló dictamen al proyecto enviado por el Ejecutivo. Suponemos que tampoco fue objeto de comentario alguno en la Cámara de Senadores, puesto que nunca le fue regresado a la Cámara de origen por la colegisladora, motivo por el cual el expediente respectivo de la Cámara de Diputados fue remitido al archivo a principios de 1948, visto que con fecha 30 de diciembre de 1947 fue firmado el decreto correspondiente.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

que el artículo 13 del proyecto concuerda con el artículo 25 de la entonces ley vigente, aunque precisa que se mejoró su redacción y se le agregó un párrafo cuarto, que permitía a los fotógrafos profesionales exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo, si no existía oposición. A pesar de que en esta ocasión se presentó un debate, el mismo no se centró sobre el precepto que nos interesa ⁶². El texto aprobado del artículo 13 de la Ley Federal de Derechos de Autor de 29 de diciembre de 1956, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 31 de diciembre de 1956, es el siguiente:

«Artículo 13. El retrato de una persona no puede ser publicado sin su consentimiento expreso y después de su muerte, del de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus hijos y otros descendientes hasta el segundo grado.

»La persona que haya dado su consentimiento en alguno de los casos a que se refiere el párrafo anterior puede revocarlo antes de cada publicación, pero queda obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que ello ocasione.

»Puede publicarse el retrato de una persona cuando la publicación tenga un fin educativo, científico o cultural o de interés general, o si se refiere a un acontecimiento de actualidad u ocurrido en público, siempre que ello no sea infamante.

»Los fotógrafos profesionales pueden exhibir las fotografías de sus clientes, como muestra de trabajo, si no se opone alguno de los interesados a que se refiere el primer párrafo de este artículo».

La ley de 1956 fue objeto de una profunda modificación por Decreto de reformas y adiciones de 4 de noviembre de 1963, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 29 de diciembre del mismo año, que en realidad consistía en una nueva ley, por lo que reiteradamente se le denominaba, en el ambiente, como la *Ley de 1963*. Durante el prolongado proceso legislativo, de más de un año en esta ocasión, el contenido del artículo 13 fue vertido ahora en el numeral

⁶² *Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, disco 2, Segundo Año Legislativo de la XLIII Legislatura, Período Ordinario, 18 de diciembre de 1956. Diario no. 25.

16, que únicamente sufrió «observaciones de estructura y en cierto modo de estilo», con el objeto de ajustarse «a una aceptable técnica legislativa»⁶³. El texto final, pues, es el siguiente:

«Artículo 16. La publicación de la obra fotográfica puede realizarse libremente con fines educativos, científicos, culturales o de interés general pero en su reproducción deberán mencionarse la fuente o el nombre del autor.

»El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado con fines lucrativos, con su consentimiento expreso, el de sus representantes o causahabientes, o en caso de muerte, el de sus herederos en el orden de sucesión que establezcan las leyes civiles. La autorización podrá revocarse por quien la otorgó, quien responderá de los daños y perjuicios que ocasionare con la revocación.

»Los fotógrafos y profesionales pueden exhibir los retratos de sus clientes como muestra de su trabajo si no hay oposición de su parte o de sus representantes».

El miércoles 13 de noviembre de 1996 el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Diputados la iniciativa de la Ley Federal del Derecho de Autor, de fecha 12 del mismo mes y año, que a la postre, tras ser modificada por las Cámaras en varios puntos, fue aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 24 de diciembre de 1996. Dicha iniciativa plantea que el Título IV (*De la Protección al Derecho de Autor*), dedique su segundo Capítulo a las obras fotográficas, plásticas y gráficas, el cual fija las:

«... normas especiales para la protección de obras artísticas que impactan visualmente el sentido estético de quien las contempla»,

⁶³ *Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, disco 2, Tercer Año Legislativo de la XLV Legislatura, Período Ordinario, 3 de octubre de 1963, Diario no. 11.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

a efecto de lo cual,

«... la originalidad tiene en esta materia connotaciones particulares, pues la concepción y materialización personal tienen importancia decisiva»⁶⁴,

y en cuyo texto original de los artículos 83 y 84 se contempló la referencia al derecho a la imagen. Dichos numerales son del tenor literal siguiente:

»Artículo 83.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.

»Artículo 84.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación».

«Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los efectos pactados.

»No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos».

La Comisión de Cultura, en el Dictamen, reconoció que los artículos transcritos correspondían al artículo 16 de la ley entonces vigente, y que las mismas especificaban:

«... las normas aplicables al derecho a la imagen, las que actualmente están contempladas dentro del rubro general de la publicación».

⁶⁴ Las referencias a textos de la Iniciativa de ley, Dictamen de la Cámara de Diputados y Dictamen de la Cámara de Senadores, son extraídas de la reproducción que de dichos documentos realizó la revista *Cuadernos de Derecho, compilación y actualización legislativa*, Año 3, vol. XXXIV, no. 25, 1° de marzo de 1997, pp. 1 a 27 así como de los textos mismos de la iniciativa y del Dictamen de la Comisión de Cultura.

Con motivo de las modificaciones de que fue objeto el proyecto del Ejecutivo, se adicionaron diversos preceptos, por lo que los numerales 83 y 84 pasaron a ser los artículos 86 y 87, siendo igualmente en su texto primigenio, con el objeto de:

«... mejor proveer la regulación en materia de obra gráfica, fijando un límite de 50 años para la protección de la imagen en la persona retratada».

Aunque el Dictamen es omiso al respecto, dentro de los supuestos de excepción para la solicitud de la autorización del titular del derecho se agregó el término «periodísticos» junto al de «informativos». Como consecuencia de dichos cambios, el texto quedó de la forma siguiente:

»Artículo 86.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo, como muestra de su trabajo, previa autorización.

»Artículo 87.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

»Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

»No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o *periodísticos*.

»*Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte*».

Durante su paso por la Cámara de Senadores, el Dictamen correspondiente se limitó a repetir que «se especifican normas aplicables al derecho a la imagen se fija un plazo para su protección». De tal suerte, el último texto transcrito fue el definitivo y que entró en vigor el 30 de marzo 1997.

VIII. INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 86 Y 87 DE LA LFDA

Independientemente de que la evolución de que ha sido objeto el derecho en cuestión, a través de los diferentes cuerpos legales que lo han contenido, es, en esencia, significativamente pobre, pues en poco o nada se ha mejorado, nos interesa por ahora resaltar que tanto la Iniciativa como los legisladores vieron claramente en los artículos transcritos una normatividad para tutelar el derecho a la propia imagen. En tal virtud, y habida cuenta que, como hemos comprobado, tal derecho subjetivo no puede constituirse ni asimilarse como un derecho de autor, el cuestionamiento obligado consiste en preguntarnos si el Congreso de la Unión se encuentra facultado para legislar en materia del derecho a la propia imagen, esto es, si los artículos 86 y 87 de la LFDA son constitucionalmente válidos o no⁶⁵. Nuestra conclusión es en el sentido de que los preceptos invocados son inconstitucionales, en virtud de que la figura que venimos estudiando no configura un derecho de autor. Adicionalmente, en ninguna de las fracciones del artículo 73 de nuestra Constitución, o de algún otro precepto de la misma, encontramos fundamento en virtud de cual se le entiendan conferidas —expresa o implícitamente— facultades a los Poderes de la Unión en tratándose de derechos de la personalidad o, mucho menos, del derecho a la propia imagen. En consecuencia, ya que no se trata de materia alguna otorgada a la federación con fundamento en el artículo 124 de la Ley Fundamental, se entiende reservada para el ámbito y competencia de las autoridades estatales. Consideramos que ni siquiera el artículo 118, y las disposiciones con esté relacionadas, a las cuales hicimos referencia párrafos arriba, pudieran salvarse de

⁶⁵ No entraremos a la añeja discusión que en torno a la constitucionalidad de la Ley federal autoral se ha suscitado. Para tales efectos, cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio...*, op. cit., pp. 725 a 736; Farell Cubillas, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor*, Ignacio Vado Editor, México, 1966, pp. 43 a 54; y Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, Tomo IV (Derechos reales), pp. 612 a 638. Más recientemente: Arriaga Becerra, Hugo Alberto, «Inconstitucionalidad de la Ley Federal del Derecho de Autor» en *Lex. Difusión y análisis*, 3a. época, Año III, no. 28, octubre de 1997, pp. 9 a 13.

esta interpretación, pues si bien es cierto que se trata de un derecho que se otorga a un individuo en su carácter de artista intérprete o ejecutante, en tanto se encuentra interpretando o ejecutando una creación autoral de él mismo o de persona distinta, tales manifestaciones no son consideradas como obras protegibles bajo las características de un derecho autoral, por lo que se ha instrumentado la figura de los famosos derechos conexos, materia en concreto que no se encuentra prevista dentro del supuesto planteado por el párrafo noveno del artículo 28 de la Carta Magna ⁶⁶, que se refiere a la tutela que tendrán los autores o artistas sobre la producción de sus obras cuyo contenido reglamenta la LFDA.

La inconstitucionalidad de los artículos 86 y 87 parecería salvarse si no los consideramos como la regulación del derecho a la propia imagen, sino como una limitación al derecho que tienen los autores de creaciones originales para la exhibición de sus obras, lo que nos llevaría al absurdo de considerar que este «derecho a la imagen» se tiene única y exclusivamente en contra del autor de una obra. Sin embargo, tal interpretación no cabría en virtud de que la intención del legislador fue la de regular el derecho a la imagen, como consta en los dictámenes a los que hemos hecho referencia, así como también quedó manifestado en el último párrafo del artículo 87, que a la letra dice: «Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte».

IX. UN COMENTARIO FINAL

Antes de finalizar, valga hacer mención que actualmente existe una fuerte corriente que pugna por identificar el derecho a la propia imagen con los derechos de autor, en virtud de existir características

⁶⁶ Cuyo texto es el siguiente: «Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora».

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

que hacen semejantes ambos derechos, características mismas que consisten en la dicotomía en la que se encuentran doctrinalmente estructurados. En efecto, como sabemos, las prerrogativas de que están conformados estos últimos se dividen en dos clases, las «morales» y las «económicas» o «pecuniarias». Parece suceder lo mismo con el derecho a la propia imagen, por lo que se ha llegado a hablar de un derecho patrimonial a la imagen, ajeno o cuando menos paralelo al derecho de la personalidad con el que comúnmente suele identificársele. Lo anterior se desprende de que la colectividad no ve con igualdad el caso de una persona cuya imagen es utilizada y reproducida por un tercero, al de un modelo profesional que cobra por su imagen y que, en una ocasión, es utilizada y reproducida sin su autorización. Esto es, no es igual el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad que, si es violado, da lugar a una indemnización, que el derecho a participar económicamente en la comercialización de la propia imagen⁶⁷.

Nos referiremos en concreto a la postura sostenida por Amat Llari⁶⁸, para quien hablar del derecho a la propia imagen implica referirse a tres

⁶⁷ «Planteó este tema el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 que anuló la sentencia del T.S. de 28 de octubre de 1986, la cual había desestimado la demanda de la viuda del torero «Paquirri», por la comercialización del video relativo a su vida, cogida y muerte; en dicho voto particular (fundamento 1º) se parte de la distinción entre el derecho fundamental de libertad de expresión que tiene su límite en los derechos al honor, intimidad e imagen y *el derecho patrimonial a participar de la comercialización que, posteriormente, se haya hecho de aquella información* (fundamento 1º, primer párrafo) y mantiene que *no corresponde al ámbito constitucional el problema relativo a los posibles derechos patrimoniales que, para los herederos de la víctima, puedan derivar de la comercialización de aquella noticia* (fundamento 1º, tercer párrafo)». O'Callaghan Muñoz, Xavier, *La libertad de expresión...*, op. cit., pp. 118 y ss.

⁶⁸ Amat Llari, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, pp. 3 y ss. Ya hace tiempo, William Prosser, con relación al derecho a la privacidad o intimidad, había desglosado 4 tipos de invasión o violación similares, que si bien se encontraban ligadas con el nombre común del derecho (*right to privacy*), no contaban con casi ninguna otra característica coincidente: a) La simple intromisión en el espacio privado de la persona; b) La violación del honor o de la reputación con motivo de la intromisión a la intimidad; c) El llamado *false light*; y d) la apropiación de la imagen, de la voz o de algún otro rasgo distintivo del individuo, normalmente con fines comerciales o, como dice Prosser, «el interés protegido es más material que mental, en el exclusivo uso del nombre y semblante como un aspecto de su identidad». Cit. por Gross, Larry; John Stuart Katz y Jay Ruby. «Introduction: A moral pause» en *Image Ethics. The moral rights of subjects in photographs, film and television* (Editado por Larry Gross, John Stuart y Jay Ruby), Oxford University Press, New York, 1988, pp. 8 y ss.

aspectos de un derecho esencial a la persona humana que hay que diferenciar claramente, a saber:

1. El derecho a preservar la imagen como una vertiente del derecho a la intimidad de la persona, lo que supone la posibilidad de impedir que se divulgue nuestra imagen, salvaguardando un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído del conocimiento por parte de terceros;
2. El derecho a evitar que nuestra imagen se asocie ante los demás a unas ideas, productos o situaciones que consideramos rebajan el concepto que de nosotros tiene la sociedad o que distorsiona nuestra manera de pensar, tratándose en este caso de una vertiente del derecho a la imagen que, en ocasiones, resulta semejante a la difamación, pues supone un atentado al honor más que a la intimidad (*false light*);
3. El derecho a controlar el uso comercial de la propiedad intelectual y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado y obtenido sobre nuestra imagen, lo que en el ámbito anglosajón se denomina *right of publicity* y que en nuestro idioma pudiera denominarse como el derecho al valor publicitario de la imagen, o, más propiamente, de los signos característicos de la personalidad, entre los que se encuentre aquella ⁶⁹.

Para esta estudiosa, es posible que la publicación de la imagen de una persona suponga una violación de cualquiera de estos tres derechos, o incluso, de los tres al mismo tiempo, pues puede ser que la imagen haya sido tomada en una situación que suponga intromisión a

⁶⁹ Según las leyes, las resoluciones judiciales y la doctrina basada en estas últimas, en el *right of publicity* se encontrarían, junto con la imagen y semejanza (*likeness*), la firma, el nombre y la voz. Cfr. las secciones 12-1448 y 12-1449 de los *Oklahoma State Statutes*; el Título 32, Artículo 13, Capítulo 1, secciones 1 a 20 del *Indiana Code*; y las secciones 990 y 3344 del *California Civil Code*.

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y SU REGULACIÓN
EN LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR

la intimidad de una persona, que además su utilización haga pensar al público en general que ésta recomienda el uso de un producto determinado, como puede ser el caso de bebidas alcohólicas, que ella no aprueba y, por último, que se realice una utilización comercial de su imagen que suponga a su titular un perjuicio económico por el hecho de no haber compartido los beneficios generados por la divulgación de la misma. Ante esta situación —continúa—, el perjudicado puede escoger cualquiera de las tres acciones, según considere perjudicados sus sentimientos o sus intereses económicos, teniendo en cuenta que aquel que reclama por violación de su intimidad no desea que su imagen se divulgue de ninguna manera, mientras que el que reclama *false light* podría aceptar la divulgación en otro contexto y el que reclama porque desea participar en los beneficios generados no puede al mismo tiempo reclamar por violación de la intimidad, porque lo que pretende no es evitar la divulgación, sino aprovecharse de ella.

«... Hay que tener en cuenta que el derecho al valor publicitario de la imagen es un derecho que comprende una vertiente patrimonial (el derecho a participar del beneficio que se ha generado) y una de carácter moral (el sólo hecho de divulgar la imagen sin consentimiento ya es ultrajante), y además es muy frecuente que comporte la creación de una falsa apariencia. Por ello, este derecho no puede regularse a base de reunir algunas normas personales y otras patrimoniales procedentes de leyes diferentes, sino que debe tener un tratamiento coherente y uniforme, como sucede con el derecho de autor, teniendo en cuenta la vertiente moral y patrimonial del derecho y haciendo ambas compatibles, por lo cual debería regularse de forma autónoma, o como mínimo, como un apartado dentro de una ley que contemplara otros derechos regidos por iguales principios»⁷⁰.

Teniendo como fuente de inspiración la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses, la autora en cuestión está de acuerdo que el derecho publicitario de la imagen presenta junto a las características propias de un derecho de la personalidad, otras propias de un derecho de propiedad, fuertemente limitado por el derecho a la información y a la libre expresión. Es decir, el derecho:

⁷⁰ Amat Llari, Eulalia, *op. cit.*, p. 6.

«... al uso comercial de la imagen tiene características que permiten de forma clara clasificarlo como un derecho de propiedad intelectual semejante a patentes, marcas y sobre todo al derecho de autor... El hecho de clasificar el derecho a la imagen como un derecho de propiedad, no supone negar su conexión con los derechos de la personalidad, ya que ello es común a todos los derechos de propiedad; tanto el derecho al uso comercial, como el derecho de autor, tienen elementos en común con la intimidad; el derecho a publicar o no la obra puede basarse en ella... En conjunto... la aplicación de las normas de propiedad intelectual al derecho al valor comercial de la imagen resulta mucho más coherente con la naturaleza del derecho que aplicar las normas de intimidad y supone proteger de manera más eficiente los intereses en juego»⁷¹.

Pese a lo expuesto, por las razones que ya hemos sostenido, y a pesar que las normas referentes a la materia autoral puedan servir de orientación en el entendimiento pleno del derecho a la imagen en las condiciones socioeconómicas actuales, nos resistimos a identificar a éste con un derecho de autor. Probablemente, lo más sugerente en la postura de Amat Llari sea el hecho de que, desde su perspectiva, el derecho a la propia imagen únicamente cuenta con existencia autónoma o independiente cuando se refiere a su aspecto comercial es decir, cuando hablamos del derecho al valor publicitario de la imagen (según su terminología), toda vez que los otros supuestos que menciona se reducen a violaciones al honor, a la intimidad o al derecho a la identidad personal.

Empero, estimamos que es posible (aunque difícil), encontrar un supuesto en el que se haga valer una violación al derecho del efígrado sin que se presente al mismo tiempo perjuicio en algún otro derecho personalísimo o la afectación de un interés pecuniario: Supongamos que x es una connotada celebridad. Que x es fotografiada, en público, realizando actividades distintas a las que han ocasionado su fama o reconocimiento, y sin que dichas actividades puedan ser consideradas, por sí mismas, dignas de ser publicadas o difundidas por los medios de comunicación masiva. Que la

⁷¹ *Ibid.*, pp. 31 y ss.

fotografía o imagen obtenida de x es utilizada para realizar propaganda de alguna institución de beneficencia a la cual, con anterioridad, x ha patrocinado; incluso podríamos pensar que x se encuentra sumamente ligada a la fundación o asociación, pudiendo eventualmente ser parte de ella. En estas condiciones x bien podría exigir el cese en el uso de su imagen en la campaña publicitaria. Un ejemplo similar podría consistir en que z ha autorizado el uso de su imagen en la campaña de difusión para la obtención de fondos de la misma institución de beneficencia; sin embargo dicha institución ha empleado en la campaña una fotografía o imágenes distintas de las que originalmente ha consentido z . En este caso, igualmente z se encontraría legitimado para impedir que se continúe difundiendo una fotografía en específico y no la otra. En ambas situaciones no es posible alegar la violación de algún otro derecho de la personalidad, así como tampoco es necesario que la demanda del cese de difusión de la imagen vaya aparejada de la exigencia del pago de daños y/o perjuicios, pues, como hemos dejado oportunamente anotado, la autorización para la fijación o publicación de los rasgos de una persona puede otorgarse mediando o no remuneración pecuniaria alguna, por lo que consecuentemente podemos arribar a la afirmación de la autonomía del derecho que nos ocupa. De hecho, con base en esta independencia es posible que una persona se pueda oponer al uso comercial de su imagen sin que necesariamente se encuentre en la necesidad de exigir la reparación del daño causado, derivado de un enriquecimiento ilegítimo, posibilidad que no podría presentarse siguiendo los lineamientos de la jurista española. Finalmente, como se dijo en un principio, la cuestión se reduce al otorgamiento o no de la autorización para la fijación o reproducción de la imagen.