

## El derecho a la imagen en el Nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Diego M. Proietti

### **I. Introducción** [arriba] -

El derecho personalísimo[1] que se tiene sobre la imagen no aparecía regulado expresamente en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield ni tampoco con la sanción de la Ley N° 17.711, pues el art. 1071 bis hace referencia a la violación de la intimidad de las personas.

Así, con la sanción de la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, la Argentina tuvo su primera regulación en materia de derecho sobre la propia imagen, aunque de manera indirecta, pues el artículo aplicable, esto es, el 31, alude al retrato fotográfico de una persona.

A pesar de ello, la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia han afirmado que esta última normativa no puede sino referirse al derecho a la propia imagen[2], pues en definitiva un retrato fotográfico no es otra cosa que una de las formas en donde aquella puede estar o no afectada.

El Nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación[3] (en adelante, el “Proyecto”) prevé este derecho personalísimo de forma expresa[4] en su art. 52 y 53, cuyos aspectos generales analizaremos en el presente trabajo, surgiendo, en definitiva, todavía más interrogantes de los que se presentan con la legislación vigente actual.

### **II. Si se afecta la imagen, se afecta la dignidad** [arriba] -

El art. 52 del Proyecto establece el deber general de reparar, como así también poder prevenir, el daño sufrido cuando se afecte o menoscabe de cualquier modo la dignidad de una persona. Al principio se enumera entre las posibles afectaciones de derechos, al de la imagen o identidad. En este trabajo nos interesa el primera de los conceptos.

Así las cosas, el Proyecto recoge lo que en doctrina y jurisprudencia ya se había consagrado en lo que hace al deber de reparar. De esta forma, con el Código Civil vigente y teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico in totum, es posible afirmar que si un sujeto ve afectado algunos de sus derechos personalísimos, pues bien, obrará en cabeza del sujeto activo de dicha acción el deber de reparar íntegramente. En fin, el Proyecto remite al modo de reparación según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, esto es, de la responsabilidad civil; que aunque no lo mencionase, operaría de todas formas por el principio general de no dañar.

Ahora bien, cabe detenernos en la afectación de la imagen como proyección de la dignidad. Tal y como está redactado el art. 52 del Proyecto, pareciera ser que el deber de reparar surge en cabeza de otro porque hubo una lesión o menoscabo a la dignidad de una persona que se proyecta en los derechos personalísimos, en nuestro caso, la imagen. Es decir, que lo que se está protegiendo, ¿es la imagen como expresión de la dignidad de la persona, o el derecho sobre esta última proyectado en la imagen?

Hurgando en las palabras del distinguido presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, tampoco puede avizorarse una explicación sobre este aspecto. Así, en ocasión de asistir, junto con los otros dos miembros de la Comisión[5] redactora del Proyecto, a la Comisión Bicameral creada a efectos de tratar la reforma al Código Civil y al Código Comercial[6], a efectos de presentar el Proyecto antes los legisladores nacionales, especificó sobre los derechos personalísimos y el derecho a la imagen:

“ [M]e parece importante señalar que hay todo un capítulo destinado a los derechos personalísimos -lo pueden ver-, que es novedoso en la tradición jurídica argentina porque al reconocer los derechos personalísimos como un capítulo ya eso le da entidad y comenzamos señalando que la persona es inviolable, se reconoce el derecho a la imagen y una cantidad importante de derechos que son de fácil lectura, pero que le dan un estatuto muy relevante a la persona como tal, dado que esos derechos luego permiten acciones preventivas, por ejemplo, en materia de protección de la imagen, de la privacidad o de muchas prácticas que allí están mencionadas”[7].

En fin, sostenemos que a la luz de lo expuesto, lo que se está protegiendo en el Proyecto es, en definitiva, el derecho a la imagen de una persona como expresión o reflejo de la dignidad de la persona, por lo que, si se afecta la imagen, se afecta la dignidad.

### **III. El derecho a la imagen en el Proyecto** [arriba] -

El art. 53 del Proyecto tuteló especialmente el derecho a la imagen en los siguientes términos[8]:

“Artículo 53.- Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

a) que la persona participe en actos públicos;

b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;

c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte (20) años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

El presente artículo da por sentado que toda persona humana tiene derecho sobre su propia imagen y sobre su propia voz[9], como expresiones de la personalidad humana[10], y como consecuencia genera en el resto de la sociedad una obligación de respetar dichos derechos, salvo que el titular preste su consentimiento.

Fallecida la persona cuyo consentimiento expreso se requiere, el Proyecto establece que serán los herederos o el designado por testamento quienes deban expresarlo. Si hubiera desacuerdo entre herederos del mismo grado, resolverá el juez, pero lo que no se estipula es sobre qué aspecto debe intervenir el magistrado. Es decir, ¿deberá resolver si el desacuerdo está en el precio por la utilización de la imagen del fallecido, o más bien sobre si se autoriza o no la publicación? Sin perjuicio de ello, pasados los veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre. Otra vez, quedará en la apreciación del juez, en definitiva, fallar acerca de la ofensividad o no de la publicación cuando exista una contienda alrededor de este tema[11].

Seguidamente, el Proyecto dispone que no todo consentimiento sobre los derechos personalísimos es válido, pues en rigor de verdad su disposición debe respetar la ley, la moral y las buenas costumbres. El consentimiento sobre estos derechos no se presume y es libremente revocable[12], no previendo el Proyecto la eventual reparación por los daños y perjuicios que genere dicha revocabilidad[13], tal y como sucede con la normativa vigente sobre propiedad intelectual. Sostenemos que, de configurarse los presupuestos de la responsabilidad civil, la persona que revoca su consentimiento sobre alguna disposición sobre sus derechos personalísimos, debe reparar íntegramente el daño ocasionado.

Ahora bien, ¿cuáles son las excepciones que el Proyecto prevé para requerir el consentimiento de la persona titular del derecho a la imagen o la voz? Pues bien, aquí se siguen filosóficamente los lineamientos del art. 31 de la Ley N° 11.723, pero la redacción resulta sustancialmente diferente.

Así, la primera excepción es que la persona participe en actos públicos. Nos parece que este inciso es un tanto vago, pues habrá que determinar caso por caso cuando se está y cuando no frente a un acto público. La redacción del artículo 31 de la ley de propiedad intelectual posee un requisito más, esto es, que exista un acontecimiento de interés público. Claramente un retrato a una o varias en un lugar público no constituirá un acto público[14], mas el festejo o conmemoración de tal o cual fecha donde se agrupan un sinnúmero de personas, si lo hará. La cantidad de grises en torno a esta excepción son infinitos y exceden la finalidad del presente trabajo.

La segunda excepción se refiere a la existencia de un interés científico, cultural o educativo, siempre que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario. No se requiere la necesidad de que los intereses sean públicos. Siguiendo con la misma línea, la última parte de la oración nos genera sensaciones encontradas toda vez que, a contrario sensu, por un lado, se requiere el consentimiento de las personas involucradas cuando no se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario. El incumplimiento de la referida obligación de hacer generará un derecho subjetivo en cabeza del afectado de reclamar por los daños y perjuicios sufridos. Mas, por el otro, también podría inferirse a contrario sensu que habría situaciones en las que no se requiere el consentimiento de la persona afectada puesto que el daño producido es necesario, y lo que la norma dispone en cuanto a las precauciones es sobre los daños innecesarios. ¿Se están legitimando y aceptando, en consecuencia, que existen daños que son necesarios que las personas deben soportar? No tenemos respuesta.

A su vez, de esta excepción también peca por vaguedad, ya que no especifica cuales serían las “precauciones suficientes” para evitar un daño innecesario. Desde luego que será tarea de los magistrados analizar cada situación en particular a efectos de determinar cuando son suficientes las precauciones y bajo qué circunstancias, teniendo en cuenta la posición que tiene el sujeto que toma o reproduce una imagen o voz a efectos de meritar su diligencia.

Siguiendo con la misma línea, la tercera excepción hace alusión al ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general. Se pretende consagrar aquí lo que en doctrina y jurisprudencia se ha venido discutiendo desde antaño, no solo a nivel nacional sino también en el derecho comparado; esto es, la libertad de información versus el derecho a la imagen[15].

Según alguna teoría doctrinaria que compartimos, como los derechos constitucionales no son absolutos y deben ser ejercidos razonablemente en armonía con el restante ordenamiento jurídico, no existe, lógicamente, coalición de derechos fundamentales donde uno “le gana” al otro o es “más pesado” que aquél: o bien hay un legítimo uso del derecho o bien no existe tal derecho en cuanto a su esencia, sino que meramente existiría un derecho en su ámbito material, susceptible de ceder frente al ámbito esencial de otro[16].

Excede el marco del presente informe el análisis pormenorizado del derecho a la información y sus posibles implicancias, como lo son los reiterados conflictos que se suscitan alrededor de la violación a la intimidad, privacidad y afección al derecho de la imagen. Solamente nos limitaremos a especificar que, a la luz del Proyecto y su inminente sanción, por desgracia para los magistrados, no fue resuelta esta contienda toda vez que, por más que aquél lo haya mencionado, lo cierto es que aunque no esté, si en el caso en particular se determina que hubo un ejercicio regular del derecho a la información, pues bien, no se requerirá el consentimiento del supuesto sujeto afectado. Mas el proyecto agrega un requisito, cual es la existencia de un acontecimiento de interés general. En consecuencia, si se está frente a un ejercicio regular del derecho a la información[17] pero el acontecimiento tomado o retratado no resulta de interés general, aquella no operará, y el consentimiento de las personas involucradas resulta obligatorio, debiendo ante la omisión de requerirlo hacer frente a los daños y perjuicios ocasionados.

#### IV. Conclusión [arriba] -

El nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación podrá ser legislación vigente en los próximos meses. En tal caso, con él numerosas instituciones verán la luz de la tipificación; otras, cambiarán sustancialmente y otras, como los derechos personalísimos, estarán jerarquizados y armonizados con el restante ordenamiento jurídico.

Al derecho a la imagen se le han dedicado especialmente dos artículos dentro de todo el cuerpo, estableciendo la forma en que puede ser válidamente disponible, el tiempo, en cabeza de quién pesa otorgar la autorización y, finalmente, las excepciones en las no se requiera de aquella para publicar o tomar la imagen de una persona.

Creemos que el texto es entendible e inteligible para la generalidad de los casos a plantearse, pero a poco de analizar el texto de manera puntillosa, puede observarse que se presentan más interrogantes de los que debería. Sin dudas y como lo marca la historia, será nuevamente el turno de la doctrina y jurisprudencia de moldear para cada caso en particular y determinar los límites y alcances de la figura que aquí nos convoca.

---

[1] Para un análisis sobre los orígenes y evolución de estos derechos, ver Santos Cifuentes, “Los derechos personalísimos. Orígenes, historiografía y derecho comparado. Primera parte”, Revista del Notariado 728, 593.

[2] Cfr. Eduardo L. Gregorini Clusellas, “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, La Ley 1996-D, 136.

[3] Expediente ingresado en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación bajo la denominación 57-PE-2012, mensaje 884/12.

[4] Se expresa en los fundamentos del Proyecto: “Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil. El Capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad (...)”. Este texto fue consultado desde la página web oficial del Senado de la Nación, [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar).

[5] Decreto 191/2011 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

[6] Resolución conjunta ambas Cámaras del Congreso de la Nación bajo expediente CD-52/12 (04/07/2012) mediante el cual se crea la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (45-S-12).

[7] Reunión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Salón Azul del Honorable Senado de la Nación,

09/08/2012.

[8] Se adopta así casi literalmente el artículo 107 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, salvo en el último apartado.

[9] Ya la doctrina se había pronunciado sobre el derecho personalísimo que toda persona tiene sobre la propia voz, afirmando que “(...) la voz humana como reflejo de la personalidad (...)”. Luis F.P., Leiva Fernandez, “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, La Ley 1990-A, 845.

[10] Cfr. Julio César Rivera, “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, en Derecho Civil, Parte general, t. I, pág. 107 en pág. 140, num. 10, Ed. Abeledo Perrot; también en La Ley, 1983-D, pág. 846.

[11] Creemos que, como aspecto general, se deberá evaluar especialmente si se ha afectado la dignidad, honra o buen nombre de la persona fallecida en la publicación cuando ya hayan pasado los veinte años desde su muerte.

[12] Artículo 55 del Proyecto.

[13] Cabe destacar que el Proyecto ha deliberadamente omitido la reparación del daño como consecuencia de la revocación del consentimiento, pues la referida norma es tomada literalmente del artículo 108 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, donde se estipulaba que el consentimiento “(...) Puede ser libremente revocado pero deben resarcirse los daños que la revocación provoca, salvo norma legal en contrario”.

[14] Ver Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata - 2011-09-27 - “Burak Mauricio Leandro c. Municipalidad de la Costa s/pretensión indemnizatoria”, RCyS 2011-XII, 205, publicación on-line AR/JUR/57341/2011.

[15] Véase Rodrigo Padilla, “Derecho de información versus derecho a la imagen. Una solución saludable frente a los intereses en conflicto”, DJ 2005-2 , 848.

[16] Cfr. Pedro Serna y Fernando Toller, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, Buenos Aires, 2001.

[17] Podría ser, por ejemplo, a través de un test de razonabilidad. Ver Juan CIANCIARDO, El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 23.