

El derecho a la imagen y la prueba del consentimiento

Por Carmen De Cucco Alconada. Publicado en Erreijs online. Diciembre 2017. Cita digital: IUSDC285609A

Sumario: I. Introducción. II. La imagen personal. III. El derecho a la imagen. IV. Consentimiento. V. El fallo. VI. La prueba del consentimiento. VII. Los distintos tipos de contratos de utilización de imagen. VIII. Conclusión.

I. Introducción

Vivimos en una época en la que predomina el lenguaje visual (o audiovisual). La imagen de la figura humana se retoca digitalmente no solo en la publicidad estática difundida en vía pública, sino también en revistas, redes sociales y curriculums. Es habitual recurrir a los buscadores como Google para obtener información sobre alguien. Según un estudio de Infoempleo y Adecco sobre redes sociales y mercado de trabajo en España, un 86% de las empresas asegura que consulta los perfiles de los candidatos en estas plataformas antes de decidir si los contratan o no y que han rechazado a alguno por la imagen que proyectaba en las redes sociales¹.

El uso de la imagen personal con fines comerciales o publicitarios tiende a extenderse, profundizando una tendencia de varias décadas desde la aparición de Internet. Tal vez influenciada por la facilidad extraordinaria para la captación de imágenes sin que el interesado lo advierta, el fotógrafo profesional o el aficionado, e incluso cualquier persona con su teléfono móvil, se apropian de la imagen personal o de la voz de un artista, de un famoso o aun del simple ciudadano para la propaganda u otros motivos².

La difusión no autorizada de imágenes incluye el empleo de fotografías tomadas en la vía pública, en una playa, en eventos y en ámbitos laborales para distintos tipos de publicidad.

Como contrapartida, el notable incremento de los juicios en que las personas reclaman por la ofensa a sus derechos personalísimos, demuestra un mayor interés por hacerlos valer.

¹ MUNERA, Isabel, "Si buscas trabajo, no te la juegues en las redes y si ya lo tienes... tampoco", El mundo.es Diario online líder de información en español, 1/3/2017, disponible en goo.gl/5bDi16 consulta: 22 de noviembre de 2017.

² CIFUENTES (h.), Santos E., "Los derechos personalísimos. Teoría general", Revista del Notariado 730, 01/01/1973, 1299

Cita Online: AR/DOC/6433/2011

¿Qué es lo que determina la ilicitud de la utilización de una imagen ajena?
¿La difusión de fotografías de los dependientes siempre requiere del consentimiento de sus titulares? ¿Qué tipo de consentimiento?

II. La imagen personal

Todas las personas contamos con una imagen personal formada por diferentes aspectos que incluyen por un lado, las características físicas como la altura, la contextura, la voz, el color de la piel, el corte y el color del cabello; y, por el otro, gestos, la forma de hablar, de vestir o de caminar, el nivel de lenguaje que manejamos, las costumbres aprendidas en nuestro entorno social y profesional (si nos adaptamos o buscamos diferenciarnos) y la postura corporal³. Además, cada uno puede presentar, conservar o modificar su propia imagen con maquillaje, cirugías estéticas, tinte, tatuajes o piercing⁴.

La imagen tiene que ver con la forma en que nos presentamos a los demás y cómo las otras personas nos perciben⁵.

Además, como existe una clara vinculación entre la imagen y la identidad del sujeto, así como con su personalidad, la imagen predica sobre la forma cómo nos vemos a nosotros mismos, si nos sentimos cómodos o no con ella.

El tiempo transforma la imagen del cuerpo y esa transformación afecta de distinta manera por lo que es usual que se retoquen las fotos de los currículums o de los perfiles de las redes sociales. Hay quienes manifiestan su fastidio frente a publicaciones que los incluyen sin haber sido consultados o al ser etiquetados. Otros se resguardan en fotos de cuando tenían menos años o kilos o más pelo y músculos o prefieren el anonimato de un paisaje o una caricatura.

Los parámetros estéticos vigentes en una sociedad en un momento determinado influyen en la concepción que tenemos de nuestra imagen personal, en la medida que se ajuste o no a esos parámetros⁶. De hecho, en el marco de la publicidad o el marketing se construyen las imágenes o se cambian para adaptarse a los parámetros sociales vigentes.

Esos parámetros estéticos vigentes explican que en algunos momentos el individuo quiera alejar su imagen de la vista o el conocimiento de terceros y, en otros, la exhiba, transmita o publique sin limitación alguna.

³ CORNEJO, Sandra "Cuerpo, imagen e identidad. Una relación (im)perfecta", Cuaderno 58, Centro de Estudios en Diseño y Comunicación (2016), pp 157-177.

⁴ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad*, T II, Buenos Aires, Astea, 2011, pág. 5.

⁵ CORNEJO, Sandra, op. cit.

⁶ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 2.

III. El derecho a la imagen

La imagen constituye un derecho de todos los seres humanos, un derecho que importa respeto a la privacidad y a que cada uno pueda decidir si desea exponerse o no a la mirada de los demás, si autoriza la captación y difusión de la misma⁷.

El concepto de imagen tutelada es aquella que identifica la apariencia física con una persona determinada. Cada uno tendrá más de una imagen de sí mismo pues cambiará como su físico con el transcurso del tiempo, pero en cada circunstancia será una expresión inescindible de su titular y como tal le pertenecerá invariablemente durante toda su vida⁸.

Emery considera que habrá cuestión en torno al derecho a la imagen cuando se esté ante la reproducción, total o parcial, de una figura humana en tanto sea posible identificar a la persona⁹.

Por su parte, Rivera define el derecho a la imagen como aquel que le permite al titular oponerse a que otros individuos y por cualquier medio capten, reproduzcan, difundan o publiquen su imagen sin su consentimiento o el de la ley¹⁰.

El derecho a la imagen es un derecho personalísimo, de carácter relativo, un derecho que es innato, vitalicio y extrapatrimonial. Tiene autonomía y no se confunde con otros derechos personalísimos, porque la mera puesta en el comercio de la fotografía sin conformidad produce daño moral que debe ser indemnizado independientemente de que no se haya vulnerado el honor o la intimidad de la persona.

Como señala Cifuentes, el consentimiento de la víctima destruye la punibilidad, no se renuncia al derecho sino al bien y en corta medida, temporariamente porque el derecho en esencia es indisponible, solo pueden cederse algunas facultades¹¹.

Se le atribuye un doble contenido: en su aspecto negativo o de exclusión, comporta la facultad de prohibir a terceros la captación o divulgación de la

⁷ PIZARRO, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación", p. 339; Cifuentes, "Derechos personalísimos", p. 502, n° 102; Ferreira Rubio, "El derecho a la intimidad", p. 115 citado en Cám. Nac. Civ., Sala K, 05/06/2015, "Baeza, Mauricio Fernando c/ Cuarterolo Pablo Daniel y otro s/ daños y perjuicios".

⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "La violación del derecho a la propia imagen y su reparación", LA LEY1996-D, 136, Cita Online: AR/DOC/1506/2001.

⁹ EMERY, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 170.

¹⁰ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 104. WERLEN, C. - LASSAGA, María A. El derecho a la imagen. Reseña comparativa con el sistema español. LL 20069-C-1375.

¹¹ CIFUENTES (h.), Santos E., op. cit.

propia imagen y en su aspecto positivo, significa la facultad de reproducir, publicitar o comercializar la imagen, según el criterio de cada uno¹².

En el fallo que comentamos, tanto el juez de primera instancia como la Cámara aplicaron el art. 31 de la ley 11.723 y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de dicha norma para resolver la cuestión. No obstante, existen distintas normas que regulan el derecho a la imagen.

1. La Constitución Nacional

El derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y comprende no solo esa intimidad como propia y exclusiva de cada persona o la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino también del domicilio donde conviven varias personas, el secreto entre el profesional y el cliente o paciente, de las fuentes plurales de la información periodística¹³ y otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen¹⁴.

El art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica regula en la protección de la honra y de la dignidad y establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Agrega que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por otra parte, el derecho a la imagen, aun cuando no resulta expresamente mencionado en el texto constitucional, encuentra tutela genérica en el art. 33¹⁵.

2. Ley 11.723

El art. 31 establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin su consentimiento expreso, salvo cuando la publicación se relacione con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Los especialistas coinciden en que –a los fines de la norma- existe equivalencia entre los conceptos de retrato e imagen¹⁶.

¹² TOBÍAS, J.W. y VILLALBA, F. A. "El derecho personalísimo a la imagen", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY, 2003, 01/01/2003, 134, Cita Online: AR/DOC/965/2007.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 109.

¹⁴ CSJN, 11/12/84, "Ponzetti de Balbín, Indalia y otro c. Editorial Atlántida S.A." publicado en el SAJJ, Id SAJJ: FA84000564 disponible en goo.gl/SCCeWA.

¹⁵ EMERY, Miguel Ángel, op. cit., pág. 170 y BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit. págs. 104 y 111.

¹⁶ EMERY, Miguel Ángel, op.cit. pág. 169, TOBÍAS, J.W. y VILLALBA, F. A., op. cit., ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit.

La mayoría de los autores se ha preguntado por qué el artículo fue incluido en una ley de propiedad intelectual. A partir de allí, lo interpretan de distintas maneras.

Algunos entienden que el art. 31 de la ley 11.723 se refiere solo a la puesta del retrato de una persona en el comercio¹⁷. Sugieren que la inclusión de dicho artículo en una ley de propiedad intelectual (que, además, utilizó como fuente una norma similar del decreto ley italiano de 1925) regula el derecho a publicar imágenes¹⁸ y que restringe la actividad de los fotógrafos o autores de obras plásticas al exigir el consentimiento expreso para la puesta en el comercio¹⁹.

Otros, en cambio, sostienen que representa el fundamento inmediato para quienes no realizan un uso profesional de su imagen. Expresan que la sola captación de la imagen de una persona sin su consentimiento configura un ilícito y que *poner en el comercio* debe ser interpretado de manera amplia, incluyendo la exhibición, difusión o publicación con independencia del objetivo perseguido²⁰. Tal vez para compensar, admiten que la persona retratada pueda dar su consentimiento de cualquier manera, con lo cual *expreso*, en realidad, significa *inequívoco*.

3. El art. 1071 bis del Código Civil

En art. 1071 bis²¹ del Código Civil (en adelante CC) disponía que el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos o perturbando de cualquier modo su intimidad, aunque no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades y a pagar una indemnización que fijaría equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias.

En un sentido similar, el art. 52 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCCN) dispone que la persona lesionada en su imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

4. Código Civil y Comercial de la Nación

En el capítulo 3 el CCCN regula los derechos y actos personalísimos.

¹⁷ ORGAZ, Alfredo, *Personas Individuales*. Assandri, Córdoba. 1961. Pág. 153, citado por COBAS en op. cit.

¹⁸ COBAS, Manuel O., "El derecho a la imagen en el Proyecto de reforma del Código Civil", DFyP 2014 (mayo), 07/05/2014, 179, Cita Online: AR/DOC/815/2014.

¹⁹ EMERY, Miguel Ángel, op. cit., pág. 172, GOROSITO PÉREZ, Alejandro G., "Exégesis del derecho a la propia imagen", Ponencia ganadora del Primer Premio en el Concurso de Ponencias de Alumnos de las "XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, realizadas en Buenos Aires del 22 al 24 de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la UBA.

²⁰ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit.

²¹ Incorporado por la ley 21173 de Derecho a la Intimidad del 22 de octubre de 1975.

En el art. 53 incluye el derecho a la imagen y exige el consentimiento no solo para la reproducción, sino también para la captación de la imagen o de la voz, sin importar el medio que se utilice para ello. Ya no se refiere a la *puesta en comercio* de la imagen como el art. 31 de la ley 11.723. Como no califica el consentimiento para la captación y reproducción de la imagen, puede ser expreso o tácito, es decir, se puede inferir de las acciones de la persona. En cambio, no requiere el consentimiento cuando la persona participa de actos públicos o cuando se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

La primera parte busca remediar algunos inconvenientes que plantea el art. 31 de la ley 11.723, la segunda reconoce el derecho de informar si las imágenes se refieren a acontecimientos de interés general. Los tribunales deberán resolver en cada caso cuándo se trata de un ejercicio *regular* del derecho a informar, ya que no cualquier hecho desarrollado en público convierte en lícita la reproducción de una imagen²² ni autoriza su difusión de manera irrestricta. Debe tenerse en cuenta la finalidad y el marco de captación para establecer los límites²³.

La primacía del interés general se decide desde una perspectiva objetiva, por los valores que implica para la comunidad y no porque, por ejemplo, sea fruto de la curiosidad del público²⁴.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que prima el interés primordial de la sociedad a ser informada sobre el tráfico de niños sobre el derecho a la privacidad y a la imagen del ex funcionario público de la Nación al que se le realizó una cámara oculta²⁵. En cambio, se responsabilizó a un canal de televisión y a una productora por haber mostrado a la víctima de un secuestro extorsivo cuando estaba en cautiverio, pues el derecho a informar no los autorizaba a exhibirla esas condiciones²⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre los límites jurídicos del derecho a la información en relación con el derecho a la privacidad o intimidad (art. 19 de la CN) al confirmar la sentencia que encontró responsable a la editorial que había publicado la foto de un político en la sala de terapia intensiva cuando agonizaba²⁷.

²² CNCiv., Sala K, 5/6/2013, "Baeza, Mauricio Fernando c/ Cuarterolo Pablo Daniel y otro s/ daños y perjuicios".

²³ CNCiv., sala A, F., L. É. c. Asociación Mutual de Conductores de automotores s/ daños y perjuicios, 10/04/2013, RCyS 2013-X, 104, AR/JUR/15410/2013.

²⁴ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 29.

²⁵ CSJN, 27/08/2013, "B., H. G. c. América TV S.A. y otros".

²⁶ CNCiv., sala G, 17/06/2013 "F., M. B. c. Ideas del Sur Producciones S.A. y otro s/ daños y perjuicios".

²⁷ CSJN, "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306:1892.

Con el mismo criterio, tampoco existe interés general en las fotografías de accidentes en las que no se adoptan los resguardos necesarios para salvaguardar el pudor o dignidad de las personas accidentadas²⁸.

En cambio, sí existe interés general en temas relacionados con la seguridad pública o de administración de justicia como la publicación de fotografías o *identikits* de supuestos delincuentes o de personas desaparecidas o perdidas²⁹. O en las exigencias de ser fotografiados a través de una *web cam* para ingresar a algunos edificios³⁰ o barrios cerrados.

También se excepciona la regla del consentimiento si existe un interés científico, cultural o educacional de carácter prioritario en la reproducción, debiendo tomarse los recaudos necesarios para evitar un daño innecesario.

Ahora bien, el interés científico impone muchas veces resguardar el anonimato de las personas fotografiadas para publicitar tratamientos médicos³¹.

No obstante, las personas cuya imagen o voz se reproduce no debieran poder ser identificadas, salvo que fueren de aplicación los restantes incisos del art. 53 o se contara con su consentimiento expreso.

El art. 55 admite la disponibilidad de estos derechos que será siempre relativa.

IV. Consentimiento

Como señalamos, mientras el art. 31 de la ley 11723 exige el consentimiento *expreso* de la persona retratada para poner en el comercio su retrato fotográfico, el art. 53 del CCCN a la sola reproducción agrega el acto de *captar* y no solo la imagen sino también la voz y no especifica el tipo de consentimiento.

El CCCN no deroga este art. 31 porque la ley 11.723 está vigente. El CCCN, a través del art. 53, procura evitar los inconvenientes que generaba la expresión *puesta en el comercio*. No obstante, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, coincidimos con quienes señalan que tratándose de derechos personalísimos prima la norma más protectoria de los derechos en juego³².

²⁸ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 40.

²⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 30.

³⁰ CNCiv., sala I, 3/5/05.

³¹ CNCiv., sala D, 10/10/96, ED 171-94.

³² HERRERA, M., CARAMELO, G. y PICASO, S. (directores), Código Civil y Comercial comentado, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo I, pág. 149.

El art. 262 del CCCN establece que los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material. No innova pero simplifica las normas al establecer en una sola disposición las directivas de los arts. 914 y 917 CC³³.

Si bien las normas parecen indicar que basta con que el consentimiento sea inequívoco, la existencia de consentimiento debe interpretarse de modo estricto y su ausencia importa una transgresión a la norma, careciendo de importancia la intención de no dañar³⁴.

Si se trata de una figura pública, ese carácter de figura pública del sujeto solo legitima la reproducción inofensiva de la imagen. Así, el consentimiento no es necesario si la reproducción se efectúa dentro del contexto en el que se desempeña y por el cual ha trascendido³⁵. Por ejemplo, si se trata de un político, mientras da un discurso. En cambio, que se trate de un personaje conocido no autoriza a invadir su intimidad ni a autorizar su imagen tomada en público para fines comerciales sin su consentimiento. Como, por ejemplo, el caso en que una revista publicó fotografías tomadas con un teleobjetivo a dos personajes del espectáculo cuando se encontraban en el interior de su vivienda³⁶.

La libertad para obtener y difundir la imagen obtenida en un evento o lugar público, presupone que la persona aparezca como accesoria dentro del contexto general en que se obtuvo, sin énfasis en su individualidad³⁷.

Además, la imagen obtenida en público no puede ser sacada del contexto donde se obtuvo sin el consentimiento del interesado, sobre todo si se trata de una explotación comercial³⁸. Como, por ejemplo si una compañía de turismo toma imágenes de un jugador profesional de rugby en un partido y las utiliza en material impreso de propaganda para ventas de paquetes turísticos al Campeonato Mundial de Rugby de Nueva Zelanda 2011³⁹. O también si la Municipalidad de la Costa utiliza en una guía de turismo las fotografías tomadas a una pareja en la playa sin autorización⁴⁰.

Hace un tiempo algunos fallos consideraban que si no se probaba que la publicación tenía un propósito ofensivo, injurioso, no correspondía admitir la reparación del daño moral. Esta línea jurisprudencial restrictiva no ha predominado, pues los tribunales en general reconocen ahora autonomía al

³³ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASO, S. (directores), op. cit. pág. 432.

³⁴ FERNÁNDEZ, Cristian, op. cit.

³⁵ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 37.

³⁶ CNCiv, sala K, 22/03/2007, "D., N. y V. y otro c. Editorial Atlántida S.A."

³⁷ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 46.

³⁸ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 47.

³⁹ CNCiv., sala B, 23/06/2014. – "A., P. E. c. Elementa S.R.L. s/ daños y perjuicios", LA LEY2014-E, 426.

⁴⁰ Capel en lo ConteAdm de Mar del Plata, 27/9/2011, "Burak Mauricio Leandro c. Municipalidad de la Costa s/preensión indemnizatoria"

derecho a la imagen respecto del honor, la reputación o la intimidad, admitiendo la indemnización por la sola difusión no autorizada.

En cambio, a partir del fallo "Tilda Thamar", considerado un *leading case*, en el que el Dr. Abelleyra expresó: "Al menos desde que se abolió la esclavitud nadie está obligado a colaborar, sin su consentimiento, en la actividad de un tercero"⁴¹, el criterio de ilicitud por la sola captación de la imagen sin el consentimiento del retratado se ha afianzado en los tribunales del país⁴². Como principio, la publicación de una fotografía sin la debida autorización con fines comerciales genera un daño moral indemnizable porque no hay razón para que la imagen de personas sin notoriedad se utilice para avalar una nota, aunque trate de asuntos comunitarios⁴³. Como, por ejemplo, se ha decidido que la sola presencia de una persona en un lugar bailable de moda, aun con conocimiento de la existencia de medios periodísticos y televisivos no implica consentimiento para que su imagen sea utilizada para dar contenido a una parte del programa televisivo⁴⁴.

V. El fallo

En el fallo que comentamos, una técnica radióloga que se desempeñaba como encargada de mamografías demandó al sanatorio en el que trabajaba por la difusión de las fotos que le tomaron en ocasión de su trabajo sin su consentimiento. Expresó que las imágenes fueron tomadas por orden de la directora administrativa, a lo que accedió por miedo a perder su trabajo. Agregó que un año después tomó conocimiento de su publicación en la página web y en la folletería gráfica del sanatorio.

La demandada admitió que las fotos habían sido tomadas y utilizadas para brindar información al público sobre la importancia de la prevención en el cáncer de mama, que la actora no tenía un rol protagónico, que habían sido publicadas en folletos de baja circulación y no habían sido tomadas en un ámbito íntimo.

Adujo que la participación era voluntaria y que en muchos casos resultaba un momento divertido, "donde muchos quieren participar orgullosos de ser retratados en el ejercicio de su vocación". Sostuvo que el sitio solo pretendía brindar información y que la imagen no aparecía en la página principal, sino en la subsección de mamografía.

⁴¹ C. Na c. Civ., sala A, 24/2/ 1966, ED 26-785, citado por GOROSITO PÉREZ, Alejandro G. en op. Cit., págf. 261.

⁴² CIFUENTES, Santos, Derechos personalísimos, Buenos Aires, Astrea, pág. 540 citado por GOROSITO PÉREZ, Alejandro G. en op. cit., pág. 261.

⁴³ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 34.

⁴⁴ CNCiv, Sala A, 10/12/1998, "B., A.L v. TELEARTE SA".

El juez de primera instancia desechó la prueba testimonial e hizo lugar a la demanda porque el sanatorio no había acreditado que contara con el consentimiento de la actora para divulgación de las fotografías que se habían utilizado con fines comerciales.

Al confirmar la sentencia, la sala E de la Cámara Civil consideró que aun cuando la accionante se hubiera prestado a fotografiarse ello no implicaba autorización a difundir su imagen como se había hecho. Coincidió con el juez en lo relativo a la apreciación de la prueba testimonial, porque no podían tenerse en cuenta los testimonios de quienes no habían estado en el lugar de los hechos o no habían hablado con la actora. Entendió que independientemente de si causaba o no gravamen a la privacidad, honor o reputación del afectado, la simple exhibición no consentida de la imagen afectaba el derecho contemplado en el art. 31 de la ley 11.723 y generaba, por sí sola, un daño moral susceptible de reparación.

VI. Prueba del consentimiento

Como sostiene Couture⁴⁵, en materia de obligaciones el actor prueba los hechos que suponen la existencia de la obligación y el demandado los que suponen su extinción.

Los hechos que no necesitaban probarse porque se encontraban admitidos tácita o expresamente eran:

a) La actora es una técnica radióloga que se desempeñaba en el departamento de imágenes del sanatorio, específicamente encargada de mamografías.

b) Se tomaron las fotografías que se publicaron en folletos y en la página web.

En cambio, mientras la actora adujo que no tuvo más remedio que acceder a tomarse las fotografías por temor a perder su trabajo y que fueron utilizadas para promocionar el mamógrafo sin su autorización; la demandada sostuvo que la actora participó voluntaria y libremente y que se le había informado a la actora que la fotografía sería publicada en el sitio web o en un folleto de circulación interna.

Entonces, admitida la toma y publicación de las fotos, el primer hecho controvertido que debía probarse es si medió o no consentimiento de la actora para la toma y posterior difusión de las imágenes. Por tratarse de una defensa y un hecho de exención de responsabilidad, conforme al art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la carga de la prueba del

⁴⁵ COUTURE, Eduardo J, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición (póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 243.

consentimiento recae sobre quien la alega y su interpretación ha de ser estricta.

En efecto, no puede exigírsele a la actora acreditar que no prestó su consentimiento y, dado que las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa que no puede quedar librada a la incertidumbre, la carga pesaba sobre el sanatorio demandado.

Los testigos:

Una médica expresó que si bien no había estado presente al tomarse la fotografía, le constaba que la actora “no estaba muy contenta”, pero que no había muchas opciones “porque ella trabajaba en un lugar y la empresa lo pedía, había que hacerlo aunque a uno no le guste”. Esto último fue corroborado por otro de los compañeros de la actora que sostuvo “no le quedó alternativa”. Un tercer testigo expresó que el malestar de la actora se debía al “miedo a que otros trabajos tomaran represalias contra ella, ya que también trabajaba en Diagnósticos Rossi”.

Por otro lado, una empleada, la directiva y el fotógrafo relataron cómo había sido el procedimiento de la toma de fotografías y la reacción de otras personas, pero nada dijeron sobre si la actora había prestado consentimiento para ser retratada o no. La directora expresó que en ese momento no se encontraba en el país.

Estos últimos testimonios estuvieron más bien dirigidos a probar hechos que no estaban controvertidos: que las fotografías se habían tomado, cómo era el procedimiento habitual en estos casos y el consentimiento prestado por otras personas fotografiadas.

Fue una decisión acertada desechar los testimonios de quienes o no estaban en el lugar donde se obtuvieron las instantáneas y no percibieron los hechos sino que los conocieron por el relato de terceros, o de quienes no conocían o no hablaron en ningún momento con la actora.

Por el contrario, existen tres testimonios coincidentes que permiten tener por acreditado no solo que la actora no había prestado su consentimiento para ser fotografiada, sino también que su incomodidad se originaba en su desempeño simultáneo como técnica de otra institución.

VII. Los distintos tipos de contratos de utilización de imágenes

Como adelantamos, la *disponibilidad* a la que refiere el art. 55 alude con claridad a la utilización de la imagen personal. El titular puede lícitamente exponer, reproducir o colocar en el comercio su imagen; puede acordar las

modalidades, el ámbito de la oportunidad, las condiciones y límites de la publicidad de su imagen⁴⁶.

En los contratos relacionados con el uso la imagen personal es preciso diferenciar, como lo hicimos al tratar el tema del consentimiento, entre quienes lucran con su imagen y quienes no lo hacen. En el primer caso podrá tratarse de contratos de imagen asociados a una marca con o sin compromiso de exclusividad o de una cesión de uso de imagen. En el segundo, de los supuestos de una autorización de uso de imagen para distintos fines.

a) Contratos de asociación de imagen a una marca determinada

Muchas personalidades del deporte generan importantes ganancias a partir de su propia imagen de marca como atletas de élite y de acuerdos de patrocinio firmados con las empresas propietarias de primeras marcas. Por ejemplo, en atletismo Usain Bolt, en tenis Roger Federer y en el ámbito del golf, Tiger Woods. Estas personalidades también tienen la posibilidad de registrarse como marcas, no solo utilizando su propio nombre sino también sus apodos, poses, lemas, firmas y otras insignias por las que sean conocidos. Así, la pose del salto de Michael Jordan y sus zapatillas de baloncesto son marcas registradas. Y, aunque no tengan marcas registradas, gozan de “derechos de imagen (o de personalidad)” para impedir la utilización no autorizada de su nombre, su semejanza o copia y otros atributos personales⁴⁷. Algo similar sucede con modelos y actores.

El contrato en el que se pretende asociar una imagen a una marca con (o sin) compromiso de exclusividad tiende a que el público identifique los valores que un determinado deportista o modelo representa con los que intenta transmitir la marca. Por ello se incluyen cláusulas de rescisión en caso de conducta inapropiada desde infracciones de tránsito o positivos por dopaje hasta infidelidades o asesinatos⁴⁸.

Los recursos tendientes a lograr esa asociación en el imaginario colectivo al que dirigen la publicidad de sus productos podrán variar desde el uso de indumentaria en campeonatos o apariciones en público, sesiones de fotografías o filmación de publicidades.

b) Contratos de cesión de uso de imagen

Como ya dijimos, cada quien tiene derecho a utilizar su propia imagen con propósitos diversos en tanto sean lícitos, como también posee la facultad de oponerse a su utilización por terceros que no cuenten con su autorización,

⁴⁶ TOBÍAS, J. y VILLALBA, F., op. cit.

⁴⁷ OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “El deporte y la proyección de imagen”, disponible en goo.gl/9SNizF consulta 22/11/2017.

⁴⁸ Calle, Daniel, “Otros deportistas que perdieron contratos por sus escándalos”, El español, deportes, 8/3/2016, disponible en goo.gl/y4BCBE

salvo en los supuestos de excepción reconocidos por el ordenamiento jurídico⁴⁹.

Es importante denominar cesión de uso de imagen y no cesión de imagen porque la titularidad de la imagen personal no es susceptible de ser cedida o transmitida, porque se trata de un derecho personalísimo. Si bien los títulos de los contratos muchas veces se desvirtúan por su contenido, la confusión descripta puede llevar a interpretaciones erróneas, sobre todo en lo relativo a las facultades del cesionario⁵⁰.

El cesionario no podrá darles a las fotografías un uso diferente al convenido ni extender el plazo del uso vencido el término acordado. En caso contrario, deberá la indemnización correspondiente al lucro cesante o a la pérdida de chances económicas.

En estos casos en los que el daño material parece incuestionable, en cambio, en general, no es posible encontrar la fuente del daño moral en el uso indebido de la imagen luego de vencido el término contractual si la actora se desempeñaba como profesional en el uso de su imagen y la difusión se había utilizado en el mismo sentido que el convenido⁵¹. No obstante, en otros casos se hizo lugar a este rubro teniendo en consideración que el modelo publicitario había autorizado la difusión de su imagen por seis meses y que un año después se continuaba exhibiéndola en un cartel⁵².

c) Contratos de autorización de uso de imagen

Finalmente, el punto que más nos interesa a los fines de este artículo, es la autorización de uso de la imagen de personas no públicas en distintos ámbitos pero, en especial, en los laborales como sucedió en el fallo que comentamos.

Siempre que se pretenda utilizar la imagen de una persona para fines publicitarios debe requerirse el consentimiento de esa persona. Si bien la norma aplicable no lo exige, es habitual que las empresas u organizaciones gubernamentales y no gubernamentales requieran la expresión escrita de ese consentimiento para el uso total o parcial de la imagen o voz con fines publicitarios o institucionales.

El empleador que autoriza la toma de fotografías en su establecimiento para la campaña publicitaria de un partido político es responsable de la utilización de la fotografía tomada a uno de sus dependientes en su lugar de trabajo⁵³.

⁴⁹ CNCiv., Sala D, 24/6/2014, "Maradona, Diego Armando c/ Telecom Personal S.A. y otros s/ daños y perjuicios".

⁵⁰ BARBIERI, Pablo Carlos, "El contrato de cesión de uso de la imagen personal. La influencia del Código Civil y Comercial", 16 de Octubre de 2015, www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150781

⁵¹ CNCiv., Sala I, 3/3/2015, "Mazza, Valeria Raquel, c/Aguas Danone de Argentina S.A s/ daños y perjuicios".

⁵² CNCiv., Sala H, 11/07/2014, "Hansen, Brian Alex c/ Telecom Argentina S.A. s/ daños y perjuicios".

⁵³ CNCiv., sala K, 29/05/2006, "Gavilán Ferreira Cándido c. Artesano Húngaros SRL y otro".

También lo son los empleadores que publican en sus revistas o folletos fotografías de sus dependientes sin su autorización: la empleada de una mutual⁵⁴, la azafata de una empresa de aeronavegación⁵⁵, el empleado de una empresa telefónica⁵⁶ o la técnica radióloga como en el caso que comentamos en este artículo.

Como adelantamos, desde hace un tiempo, los tribunales coinciden en que la sola publicación del retrato o imagen en el comercio sin el consentimiento expreso del propietario de la imagen genera daño⁵⁷. No interesa que la publicación no afecte la reputación del retratado ni vulnere otros derechos personalísimos como el honor o la intimidad.

No es relevante que esas fotografías se publiquen en las revistas que las empresas reparten, ni en folletos de circulación interna o que se entregan en mano en una exposición. No interesa si las publicaciones tienen poca o mucha difusión, si se venden o no, ni la cantidad de visitas que tenga el sitio web de la empleadora. Porque la ilegítima exhibición de la imagen no depende de su exposición más o menos prolongada, aunque el lapso de exhibición sea uno de los elementos para establecer la cuantía del resarcimiento⁵⁸.

No es menester que exista en la persona representada un protagonismo, individualidad en la escena y ni siquiera preeminencia sobre otras imágenes; basta con que la imagen aparezca nítidamente⁵⁹ y que la persona pueda ser identificada.

Es evidente que en el contrato de trabajo los deberes mutuos de lealtad no pueden considerarse como un título legitimador para recortar el ejercicio de los derechos fundamentales⁶⁰.

En consecuencia, salvo que el contrato laboral contemple tareas a cargo del trabajador que conlleven necesariamente el uso de su imagen, el principio de disponibilidad exclusiva del derecho de imagen por su titular no cede⁶¹. Porque la dependencia laboral del agente al tiempo de la obtención y publicación del retrato no constituye obstáculo a la pretensión indemnizatoria,

⁵⁴ CNCiv., sala A, "F., L. É. c. Asociación Mutual de Conductores de automotores s/ daños y perjuicios".

⁵⁵ CNCiv., Sala J, 1/8/2000, "Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A." LA LEY 2000-F, 117 • DJ 2000-3, 954, Cita online: AR/JUR/4213/2000.

⁵⁶ CNCiv., Sala G, 13/6/2000, "Sosa, Pablo F. c/ Telecom Argentina S.A." LA LEY 2000-F, 114 • DJ 2000-3, 840 • RCyS 2000, 820 • RU 2000-6, 12, Cita online: AR/JUR/1391/2000.

⁵⁷ MASINO, Esteban G. y WERLEN, Cristian, "Derecho a la imagen", LA LEY 18/11/2011, 18/11/2011, 3 - LA LEY2011-F, 438, Cita Online: AR/DOC/5738/2011, en el mismo sentido GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., op. cit.

⁵⁸ CNCiv., sala G, 9/9/1998, LA LEY, 1999-A, 98, con nota de Silvia Tanzi, "Alcances de la ilegítima utilización de la imagen".

⁵⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit.

⁶⁰ CARRILLO, Marc, "El derecho a la propia imagen", El País, 15 de marzo de 2003, disponible en https://elpais.com/diario/2003/03/15/catalunya/1047694043_850215.html

⁶¹ CCivCom Paraná, Sala I, 23/5/07.

porque ese vínculo no tenía como fin principal ni complementario difundir imágenes de los subordinados⁶².

Es que, como contrapartida, algunas empresas exigen a sus empleados lealtad, no divulgación de información y respeto a sus valores y a determinadas normas si se fotografían con el uniforme o en el lugar de trabajo y pueden ser sancionados en caso contrario⁶³.

VIII. Conclusión

Aun cuando la actora hubiese prestado su conformidad para ser fotografiada –que no fue el caso-, ello de ninguna forma supone consentimiento a la difusión de su imagen. Debe tenerse especial cuidado en ámbitos laborales pues es previsible que los dependientes se consideren compelidos a participar en una sesión fotográfica para la empresa en donde trabajan.

Los empleadores deben tener en cuenta que, salvo factores excepcionales, está prohibida la exposición o difusión no consentida, aunque no cause ningún gravamen al decoro, reputación o identidad personal de los afectados.

Para evitar conflictos es conveniente actuar con suma prudencia en todo lo relativo a la utilización de las imágenes de los empleados: informar primero que se tomarán fotografías, cómo será el procedimiento, para qué se utilizarán, y preguntarles si están de acuerdo o no. A los que estén de acuerdo, se les podrá solicitar que manifiesten por escrito su consentimiento firmando un acuerdo simple. Cada empresa evaluará si reconoce de alguna manera esta prestación de servicios adicionales que le evita contratar a profesionales.

Abogada y editora de la UBA. Docente en Derechos Editoriales y del Autor en la Carrera de Edición de Facultad de Filosofía y Letras, de la UBA. Profesora de temas de escritura para abogados. Más de quince años de experiencia en la selección, sistematización, corrección y edición de contenidos jurídicos. Especialista en lenguaje jurídico claro.

⁶² ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, op. cit., pág. 16.

⁶³ “Sancionarán a la empleada que se burló de Guillermo Barros Schelotto en una clínica”, Infobae deportes, 18/5/2017, disponible en goo.gl/KEFe4n.

