

## **La dimensión comercial de la imagen personal y el impacto de las nuevas tecnologías**

Por Susy Bello Knoll<sup>1</sup>. Publicado en el libro “Las nuevas tecnologías ante el Derecho Comercial”, pág. 27. Libro en homenaje a los 80 años del Instituto Argentino de Derecho Comercial.

### **Resumen**

La imagen ha adquirido una importancia relevante gracias a las nuevas tecnologías de comunicación y a las redes sociales. La imagen personal ha sido protegida como derecho personalísimo pero también se ha dispuesto su amparo desde el punto de vista patrimonial. Tanto las innovaciones existentes para la manipulación de la imagen como la posibilidad tecnológica de la puesta a disposición de la misma a miles de usuarios alrededor del mundo han exigido soluciones inéditas por parte de la legislación y los Tribunales que analizaremos en este trabajo.

---

<sup>1</sup> Contadora y Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Premio Extraordinario de Doctorado 2011-2012. [susybelloknoll@gmail.com](mailto:susybelloknoll@gmail.com)

**Palabras clave:** imagen-right of publicity-contratos comerciales

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La dimensión inmaterial de la imagen. 3. La dimensión económica de la imagen. 4. El right of publicity. 5. Avatares, videojuegos y otras reproducciones. 6. Los retoques a la imagen. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## **1. Introducción**

En 1939 cuando se fundaba el Instituto Argentino de Derecho Comercial hacía exactamente 100 años que se había inventado el daguerrotipo, el primer procedimiento fotográfico que se conoció en el mundo.

Unos pocos años antes de la efeméride institucional, en 1935, había aparecido la Kodachrome, primera película fotográfica en color moderna.

Es decir, en ese momento histórico, la captación de la imagen de las personas ya era común y no era necesario colorear las fotografías a mano como se hacía en el siglo XIX. La fotografía daba la sensación de la captación de la realidad y la percepción popular indicaba que las imágenes reproducidas eran la verdad porque las imágenes

empezaron a contar y pesar más que las palabras como dice Sartori<sup>2</sup>. Para muchos ésta sigue siendo la primera impresión al ver un retrato aunque no siempre sea el reflejo fidedigno de la materialidad captada.

Por ello, en homenaje al querido Instituto Argentino de Derecho Comercial, trataré de captar de un modo cuasi fotográfico la actualidad del impacto de las nuevas tecnologías en la dimensión comercial de la imagen.

## **2. La dimensión inmaterial de la imagen**

La imagen definida como los rasgos esenciales que identifican a un ser humano y lo hacen diferente de otros ha merecido la protección de la legislación alrededor del mundo. Por ejemplo, la Constitución española en el Título I referido a los Derechos y Deberes fundamentales, en su artículo 18 inciso 1 garantiza “el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. Protege así tres derechos interrelacionados entre si pero, como indicara el propio Supremo Tribunal Constitucional español<sup>3</sup>, son derechos autónomos y sustantivos.

---

<sup>2</sup> Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Ed. Taurus, Buenos Aires, 1998, p. 26.

<sup>3</sup> STC 14/2003

El derecho a la propia imagen resulta, entonces, un derecho de la personalidad o derecho existencial<sup>4</sup>. Es decir, es inherente a la persona humana y le es reconocido por el sólo hecho de su existencia<sup>5</sup>.

Se trata de un derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

El derecho a la propia imagen permite a la persona salvaguardar su identidad evitando la utilización indebida o alteración de la misma por parte de terceros.

Sin embargo, el derecho de libertad de expresión suele entrar en conflicto con el derecho a la propia imagen aunque podemos recordar aquí que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 en el artículo 19 hace referencia a que el límite de la libertad de expresión está en el respeto de los derechos y la reputación de los demás.

En este sentido en el caso *S.B. c. Arte Televisivo Argentino- Canal 13*<sup>6</sup> se obtuvo la imagen de una señora en una entrevista callejera a los fines de conocer su opinión sobre un tema en particular. Durante la entrevista a la señora se le salió la prótesis dental mientras hablaba

---

<sup>4</sup> Navarro Floria, Juan Gregorio. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires, Argentina: El Derecho, 2016, pág. 12.

<sup>5</sup> Villalba Díaz, F. *Nuevas fronteras del derecho a la imagen*. Trabajo presentado en el VII Seminario nacional de Propiedad Intelectual, Panamá, 2003.

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 4 de junio de 2014.

e intentó acomodársela en cámara. El canal, más tarde, utilizó la imagen de la entrevistada en tono de burla y bloopers en otro contexto. La Cámara de Apelaciones interpretó que la armonización del derecho a la propia imagen con el derecho a la información obligaba a preservar el derecho personalísimo de la mujer recordando que este derecho sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho como lo indicara el fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional en *Lambrechi, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro* del 28 de junio de 1989<sup>7</sup> que cita la misma Alzada.

La violación de esta dimensión inmaterial de la imagen vinculada con el honor y la dignidad protegida por la legislación puede llevar a exigir una indemnización de daños y perjuicios y el cese de su publicación como sucedió en el caso *G., B.D. c. Producciones P. S.A.* donde se condenó a una productora por utilizar con fines comerciales la imagen de un pequeño obtenida en la vía pública<sup>8</sup>.

### **3. La dimensión económica de la imagen**

---

<sup>7</sup> La Ley 1989-C- página 478.

<sup>8</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 5 de febrero de 2018.

Tal como indica el último fallo citado, se puede realizar un uso comercial de la imagen.

Desde 1933, unos años antes de la fundación del Instituto, la Ley de Propiedad Intelectual 11.723, aún vigente, en su artículo 31 indica que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la misma.

Luego el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido en el artículo 53 que *“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”*.

De modo tal que la imagen es para su titular un bien del que puede obtener una rentabilidad y tiene la posibilidad de explotarla por sí, asociado a otros o cediendo los derechos a terceros a cambio o no de una compensación económica<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Schötz, Gustavo. Merchandising en la industria de la Moda. En Bello Knoll, S. & Echeverría, P. (Eds.), *Derecho y Moda* (pp. 153-164). Buenos Aires: Marcial Pons. 2015, pág. 157.

Distintos tipos de contratos comerciales se suelen suscribir entre los titulares de derecho de imagen y terceros siendo los más frecuentes los de publicidad y merchandising. En dichos acuerdos se debe tener en cuenta, conforme lo apuntado hasta aquí: a) obtener el consentimiento previo y expreso por parte del titular de la imagen; b) especificar el objeto para el cual se usará la imagen cedida, y; c) establecer el plazo de utilización. Se deberá irremediabilmente suscribir un acuerdo si no se verifican ninguna de las excepciones al pedido de consentimiento que antes se han apuntado.

En el caso *Maradona, Diego Armando c. Telecom Personal SA*<sup>10</sup> y otros el Tribunal condena a la empresa demandada por el uso comercial de la imagen sin el consentimiento del titular de la imagen y se funda en el artículo 31 de la ley 11.723 dado que no se encontraba vigente el Código Civil y Comercial.

#### **4. El *right of publicity***<sup>11</sup>

Enraizado en el derecho privado pero sin ser el derecho a la privacidad (*right of privacy*) nace en los Estados Unidos de América

---

<sup>10</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 24 de junio de 2014.

<sup>11</sup> La autora quiere agradecer a Luis Denuble y Natalia Tenaglia, abogados argentinos residentes en Nueva York por su ayuda en la búsqueda de material sobre *right of publicity*.

el *right of publicity* para habilitar el reclamo de una persona cuando su imagen o su nombre fueron usados sin su consentimiento.

Poco a poco los Tribunales norteamericanos fueron reconociendo la existencia no sólo de daños morales o no económicos sino también daños económicos que suponían la pérdida de la oportunidad por parte del titular de la imagen de explotarla personalmente. Este derecho aparece con más fuerza con el auge de la fotografía y de la publicidad.

En principio, este derecho fue usado para proteger a las celebridades como en el caso *White v. Samsung Electronics* en 1992 donde se realizó por parte de la empresa el uso comercial en una publicidad de la figura de un robot vestido de modo similar a Vanna White. En el caso el Tribunal de California indicó que bajo la ley de ese Estado la identidad de la celebridad debe ser protegida porque es ella quien debe decidir su explotación<sup>12</sup>.

El *right of publicity* ha sido reconocido por normas estatales y en algunos casos se aplica este derecho en el marco del common law pero hoy no existe una legislación federal sobre el particular. Por ello varían los principios de Estado en Estado. Por ejemplo, el Estado de Nueva York tiene una de las normas más limitadas ya que la

---

<sup>12</sup> Slater, Caitlyn. The sad Michigan fan what accidentally becoming an internet celebrity means in terms of right of publicity and copyright. *Michigan State Law Review* 2017, p. 865.



protección se da sólo en el caso de la publicidad pero sin embargo se admite la misma sea la persona una celebridad o no. No existe en este Estado protección post mortem de la imagen. El Estado de Indiana posee uno de los amparos más amplio extendiendo el resguardo a 100 años luego de la muerte y no sólo de la imagen sino de la voz y de las maneras.

Toda aplicación del *right of publicity* debe ser en armonía de la Primera Enmienda en virtud de la ya planteada controversia entre la prevalencia del derecho a la propia imagen y la libertad de expresión.

## **5. Avatares, videojuegos y otras reproducciones**

Quizás uno de los sectores comercialmente más rentables en la actualidad sea el del entretenimiento donde la imagen suele tener un lugar destacando particularmente cuando se utilizan figuras notorias, destacadas o reconocidas para el armado del producto a ofrecer en el mercado.

Si bien para el hinduismo un *avatar* es la encarnación de un dios, para la tecnología un avatar es una representación gráfica que se asocia a un usuario en un videojuego o en un foro de internet y puede ser una fotografía, un dibujo o una imagen.

Un videojuego para la Real Academia Española es un juego electrónico que se visualiza en una pantalla. La diferencia de este entretenimiento con las series o las películas es la posibilidad de interacción que tiene el usuario y la asunción de un rol activo que puede ser hasta la actuación tomando la personalidad de su personaje admirado o preferido.

La actriz *Lindsay Lohan* demandó a *Take-Two Interactive Software Inc.* por el supuesto uso de su imagen en un video juego<sup>13</sup>. La Corte de Apelaciones de Nueva York indicó que un avatar o imagen digital es una imagen en los términos de retrato que ampara la legislación civil. El Tribunal aclara que si bien en el año 1903 la norma no podía contemplar las representaciones digitales, hoy hay que interpretar que todo parecido a la imagen personal que sea reconocible debe ser tomado como retrato. De cualquier modo, en la sentencia del año 2018 que resuelve el caso no se le reconoce el derecho a la actriz pues se muestra que ella no es suficientemente reconocible en el avatar.

---

<sup>13</sup> Lohan v. Two-Take Interactive Software Inc, NY Court of Appeals, USA (2018). Obtenida en [http://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2018/2018\\_02208.htm](http://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2018/2018_02208.htm)

La Corte de California en *Keller v. Electronic Arts*<sup>14</sup> hizo lugar al reclamo de la actora por considerar que el avatar si era una representación literal de la persona.

## 6. Los retoques a la imagen

Coincidimos con María del Mar Martínez Oña<sup>15</sup> cuando plantea en su tesis doctoral que si bien las imágenes de las mujeres en la publicidad se encuentran retocadas, muchas veces pasan inadvertidas y tienen el efecto de establecer socialmente determinados cánones de belleza.

Para la doctrina jurídica italiana las consecuencias de ello son la discriminación social y el daño a la salud física y mental de los consumidores predominantemente adolescentes<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Samuel Keller v. Electronic Arts Inc., 135 S. Ct. 42, 189 L. Ed. 2d 894, USA (2014). <https://www.courtlistener.com/opinion/1035945/samuel-keller-v-electronic-arts-inc/>

<sup>15</sup> Martínez Oña, María del Mar, *Iconografía y estereotipos femeninos a través de programas de retoque fotográfico* (Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España). Obtenida en <http://digibug.ugr.es/handle/10481/41723>

<sup>16</sup> Pozzo, Barbara. La pubblicità del prodotto de moda e la tutela della dignità della donna: le nuove iniziative in un'analisi di diritto comparato. En Pozzo, B & Jacometti, V. *Fashion Law. Le problematiche giuridiche della filiera dell moda*. Milano, Italia. Giuffrè Editore. 2016.

En los casos de retoque de imágenes generalmente se recurre a programas de computación como Adobe® Photoshop®. Este programa, que no es el único existente en el mercado sino el más conocido, permite la edición de imágenes digitales. La firma Adobe suele enviar correos electrónicos a autores de páginas web que usan el término “*Photoshopped*” comunicándoles que sólo esa firma es quien tiene la licencia para usar los términos “*modified by Photoshop software*”. En los últimos tiempos esta empresa junto con la Universidad de Berkeley ha desarrollado una herramienta de inteligencia artificial que detecta los retoques faciales realizados con el software y permite volverlos a su estado original en un intento de permitir al público desandar los caminos de las modificaciones no autorizadas.

En el año 2012 la supermodelo Coco Rocha fue fotografiada por la revista Elle Brazil con un vestido con recortes y una capa color piel. Rocha tiene una política de no aparecer desnuda total o parcialmente por lo que llevaba puesto otro vestido debajo pero Elle Brazil alteró la imagen para retirarlo con el fin de mostrar más piel. La modelo expresó su frustración por la manipulación irrespetuosa de su imagen y su reclamo fue inmediatamente oído por la revista<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Williams-Vickery, J. L. A (thigh) gap in the law: addressing egregious digital manipulation of celebrity images. *Georgia State University Law Review*, 34, Spring 2018, p. 795.

En 2012 Israel aprobó una ley que fue bautizada por la prensa como “La Ley Photoshop” que prohíbe a los anunciantes utilizar modelos excesivamente delgadas y obliga a poner un anuncio específico en las fotos que han sido retocadas mediante softwares de edición de imágenes. En el mismo año, en la República Argentina, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la ley 3960 que establece en su artículo primero que *“Toda publicidad estática difundida en vía pública, en la cual intervenga una figura humana utilizada como soporte o formando parte del contexto o paisaje que haya sido retocada y/o modificada digitalmente mediante programas informáticos, debe exhibir con tipografía y en lugar suficientemente destacado la siguiente leyenda: “la imagen de la figura humana ha sido retocada y/o modificada digitalmente”*. Francia ha dictado un decreto de similares características en el año 2017. El Reino Unido en junio de 2019 ha endurecido las normas exigiendo a los agentes publicitarios desterrar los estereotipos.

Dentro del contexto de los reclamos por la manipulación digital de la figura de las modelos los tribunales americanos analizan cada vez más los extremos del consentimiento que fue brindado en el contrato entre las partes donde se suele autorizar algún retoque tanto de la

---

imagen personal como del entorno de la fotografía. La Corte Suprema de Nueva York, en particular, enfatiza el estudio de la manipulación de manera de ver si existe una nueva imagen que no es posible consentir.

El retoque de la imagen no es naturalmente reprochable, sino que puede serlo cuando la intención o efecto que se persigue puede mover al engaño de los consumidores o provocar conductas perjudiciales psíquica y físicamente para los destinatarios de las imágenes.

En el caso *Braunstein, Tamara Ileana c. Palermo Films SA y otros*<sup>18</sup>, la modelo reclamaba el pago por el uso de su imagen luego del vencimiento del contrato. Ella no aceptó la nueva oferta económica de la empresa entonces ésta utilizó el video donde la modelo formaba parte de un grupo de baile que representaba el movimiento de las cerdas de un cepillo de dientes y reemplazó su rostro. El Tribunal condena a las demandadas por haber seccionado, de común acuerdo, el cuerpo de la modelo agregando que poco importa que el cuerpo de la persona esté cubierto o no, sino que se trate del cuerpo de una determinada persona que fue alterado.

---

<sup>18</sup> Cámara Nacional del Trabajo, Sala IV, 21 de febrero de 2017.

## **7. Conclusiones**

Podemos afirmar que el impacto de la tecnología en la imagen personal es importante.

En primer lugar, por la posibilidad de manipulación de la imagen. La tecnología hoy pone al alcance de todo el público aplicaciones en los teléfonos celulares, las cámaras fotográficas o los programas de software con y sin licencia, por citar sólo algunas herramientas, que permiten a cualquiera retocar las fotografías.

En este sentido se suele producir un daño indemnizable que se incrementa cuando esta manipulación involucra individuos que explotan comercialmente su imagen en virtud de su notoriedad o su trabajo.

En segundo lugar, por la posibilidad que brinda la tecnología de utilizar la imagen de cualquier persona para compartirla en las redes sociales, en la prensa, en la publicidad, en videojuegos, en series, en merchandising. La viralización de imágenes de personas reconocidas o de individuos desconocidos en circunstancias particulares resulta más común de lo que podemos imaginar. En este caso, el uso de la imagen suele generar ingresos económicos que no necesariamente recibe el titular de la imagen. En estas circunstancias

el derecho trata de poner un límite al aprovechamiento económico ilícito de la imagen personal.

La jurisprudencia ha ido brindando soluciones innovadoras en los conflictos que se han generado.

Si bien la tecnología se desarrolla con más velocidad que las normas podemos afirmar que las vigentes permiten interpretaciones que llevan a resultados equitativos en la mayoría de los casos.

El Instituto Argentino de Derecho Comercial, renovando su compromiso con la Justicia, puede ser el avatar-la encarnación- de una generación de juristas en trabajo colaborativo con los tecnólogos en los próximos 80 años.

## **8. Bibliografía**

- Navarro Floria, Juan Gregorio. *Los derechos personalísimos*. El Derecho, Buenos Aires, 2016.
- Martínez Oña, María del Mar, *Iconografía y estereotipos femeninos a través de programas de retoque fotográfico* (Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España). Obtenida en <http://digibug.ugr.es/handle/10481/41723>
- Pozo, Barbara. La pubblicità del prodotto de moda e la tutela della dignità della donna: le nuove iniziative in un'analisi di



diritto comparato. En Pozzo, B & Jacometti, V. *Fashion Law. Le problematiche giuridiche della filiera dell moda*. Giuffr  Editore, Milano, Italia, 2016.

- Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Ed. Taurus, Buenos Aires, 1998,
- Sch tz, Gustavo. Merchandising en la industria de la Moda. En Bello Knoll, S. & Echeverria, P. (Eds.), *Derecho y Moda* (pp. 153-164). Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.
- Slater, Caitlyn. The sad Michigan fan what accidentally becoming an internet celebrity means in terms of right of publicity and copyright. *Michigan State Law Review* 2017.
- Villalba Díaz, F. *Nuevas fronteras del derecho a la imagen*. Trabajo presentado en el VII Seminario Nacional de Propiedad Intelectual, Panamá, 2003.
- Williams-Vickery, J. L. A (thigh) gap in the law: addressing egregious digital manipulation of celebrity images. *Georgia State University Law Review*, 34, Spring 2018.

