

La imagen personal en la Moda

Susy Inés Bello Knoll¹. Junio 2020 para el Volumen II de Direito da Moda.

Resumen

En este trabajo se realiza una aproximación al concepto de imagen personal a nivel social y su recepción en el Derecho. Se analiza la fotografía introductoriamente como mecanismo de captación de la imagen y los derechos del fotógrafo y de la persona fotografiada.

Se estudian normas de protección de la imagen a nivel constitucional y civil en la legislación de distintas jurisdicciones con cita de algunos casos jurisprudenciales.

Se indican disposiciones referidas a la manipulación de la imagen y por último, se brindan recomendaciones para el uso de imágenes personales en la industria de la Moda.

Palabras claves: imagen- derecho de la imagen- imagen personal- fotografia- modelos

Abstract

In this work, an approach is made to the concept of personal image at social level and its reception in Law. Introductory photography is analyzed as a mechanism for capturing the image and the rights of the photographer and the person photographed.

Image protection standards are studied at constitutional and civil levels in the regulations of different jurisdictions, citing some jurisprudential cases.

The rules regarding image manipulation are detailed. Finally, recommendation are provided for the use of personal images in the Fashion Industry.

Key words: image- image right- personal image- photography-models

Introducción

¹ Abogada y Contador Pública por la Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho Empresario por la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Premio Extraordinario de Doctorado 2011-2012. Cursando estudios Post doctorales en dicha Universidad susybelloknoll@gmail.com

La moda es uno de los sectores donde más se utiliza la imagen, entre otras cosas, para exhibir las bondades de los productos y la belleza de los diseños.

En particular, se destaca el uso de la imagen de personas. Muchos de estos individuos desarrollan su trabajo exclusivamente en el mundo de la moda poniendo su figura al servicio de las empresas de publicidad, tiendas, fabricantes, casas de alta costura, anunciantes y organizadores de eventos, entre otros. Las y los modelos son quienes más comprometen su imagen personal en este ámbito pero también lo hacen los diseñadores, los comunicadores, periodistas y demás profesionales vinculados con la moda, si bien estos lo hacen en menor medida.

La fotografía es el instrumento básico al que se recurre como medio técnico para captar y registrar la imagen. Por un lado aparecen los derechos del sujeto que procede a obtener la imagen y por otra parte los derechos de la persona fotografiada. Por ello, primer lugar, se desarrollarán las cuestiones referidas a la fotografía, el fotografiado y el fotógrafo.

En la segunda parte, analizaremos el concepto de imagen del mercado para luego ver la definición que toman o sugieren las leyes y la jurisprudencia en algunos países.

Los modos de protección de la imagen personal han evolucionado en variados sentidos pero, sin embargo, siguen habiendo controversias con respecto a la aplicación práctica de las normas protectivas. Estas situaciones se producen generalmente entre el reconocimiento de la importancia de la identidad de la persona humana expresada a través de la imagen y los posibles negocios que se pueden desarrollar alrededor de la misma. Repasaremos algunos de estos conflictos y las soluciones, a veces opuestas, a las que se ha llegado.

Concluiremos, finalmente, con recomendaciones para ayudar a una equilibrada protección de la imagen personal en la Moda.

I. La fotografía como medio de captación de la imagen personal

La fotografía es una técnica aparecida hace dos siglos que se ha ido perfeccionando con la tecnología pero que fundamentalmente permite obtener imágenes fijas mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor.

La primera fotografía de personas fue registrada en el año 1838 por Louis Daguerre desde una ventana hacia la calle en Paris, Francia.

La fotografía, para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), es definida como una “imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación,

cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen” (Lipszyc, 1993, p. 84; López, 2009, p. 381).

Existen dos tipos de fotografías, en general, para las distintas legislaciones: a) unas consideradas obras fotográficas y, b) otras denominadas meras fotografías. Ambas formas son protegidas por el Derecho pero de modo distinto cada una.

La Directiva de la Unión Europea 2006/116/CE en su artículo 10 establece que “...una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional”. Así, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo español 1/1996, en su artículo 10 inciso h) se refiere a “las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía” y en su artículo 128 menciona a las “meras fotografías” indicando que “quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho...”. Cabe establecer a esta altura del análisis que la fotografía a la que se refieren las normas indicadas es aquella producida por un ser humano (Villalba & Lipszyc, 2012) y no las producidas por máquinas o animales. En el primer caso porque considero que los artefactos son diseñados, producidos y, eventualmente, programados por personas. En el segundo porque ya los Tribunales norteamericanos han establecido que no es aplicable la normativa de copyright a un simio que, luego de hacerse de la cámara de un fotógrafo obtuviera diversas fotografías que incluyeran una de sí mismo (<https://petapixel.com/2018/04/24/photographer-wins-monkey-selfie-copyright-case-court-slams-peta/>).

El titular, el dueño, de la fotografía es el fotógrafo. Es decir, aquel que captó la imagen resulta el autor de la fotografía como hemos advertido en la norma de la Unión Europea y por ello está protegido por la legislación de Derecho de Autor en la mayoría de los países. Así, por ejemplo, en la República Argentina el artículo 1 de la ley 11.723 no define la fotografía, como la mayoría de las legislaciones, sino que la menciona como obra protegida y no le impone requisito alguno para obtener dicha protección y así lo sostiene la jurisprudencia, por ejemplo, en el caso *Di Gregorio c. Tango 1921*. Asimismo, establece que no se protege la idea (Villalba, 1994) sino “el soporte físico donde la imagen es reproducida” (Emery, 1991)², es decir, la fotografía en sí

²Es propio agregar que el autor Rengifo García, Ernesto, “Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor”, Universidad de Externado de Colombia, Departamento de Publicaciones, 2004, en p. 94, indica que este es el gran límite en cuanto al alcance de la protección del derecho de autor, es decir, que la idea sea plasmada en un soporte.

misma sea cual fuere el soporte como lo ha establecido la Cámara de Apelaciones de París en el caso *Halliday c. Lacambre*.

La legislación de Derecho de Autor protege tanto los derechos morales como los patrimoniales o económicos del fotógrafo autor de la fotografía.

Respecto a los primeros, el fotógrafo tiene derecho a decidir si da a conocer o no su obra (derecho de divulgación), a que se le reconozca la paternidad de la misma (derecho de atribución) y a que no sea alterada (derecho de integridad).

En cuanto a los derechos patrimoniales suponen la “facultad de controlar la explotación de la obra” (Lipszyc, 2019, p. 80) por lo que el fotógrafo goza de una amplia gama de derechos como el derecho de reproducción, comunicación pública y transformación (Lipszyc, 1993, p. 11). El fotógrafo goza, en principio, de tantos derechos económicos “como formas de utilización” (Lipszyc, 2019, p. 76), por si o por terceros o asociado a ellos, sean posibles.

Los derechos económicos están sujetos a un plazo de protección determinado contado a partir de cierta circunstancia establecida por las normas de modo que los países han ido adoptando plazos diferentes. El Convenio de Berna (Acta de 1971) en su artículo 7.4. establece que el plazo de protección de las obras fotográficas no puede ser inferior a 25 años. Sin embargo, el artículo 9 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor establece que “las Partes Contratantes no aplicarán las disposiciones del artículo 7.4. del Convenio de Berna” por lo que se aplica, en el marco de ese Tratado, el plazo general que impone la protección de las obras por toda la vida del autor y setenta años luego de su muerte a partir del 1 de enero del año siguiente a producida la misma³ o la declaración de ella en favor de sus herederos o derechohabientes.

Los derechos morales del fotógrafo no tienen limitación alguna (Lipszyc, 2004), sin embargo, sus derechos económicos se ven limitados en su ejercicio en tanto y en cuanto se trate de la fotografía de una persona que a su vez posee el derecho a su propia imagen pudiendo prohibir la reproducción de la misma. El reconocimiento de este derecho resulta una limitación al derecho del autor de la obra fotográfica a disponer de ella y así lo veremos a continuación.

Existe un derecho superior de la persona humana que se antepone al derecho del autor de la fotografía. Es decir, la persona fotografiada deberá decidir si acepta o no la explotación de su propia imagen. Cuando no se solicita la autorización del fotografiado entonces el Derecho viene en auxilio del individuo para proteger su imagen personal. Así, por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual argentina, dictada en el año 1933 y aún vigente, protege la publicación comercial del retrato fotográfico. Por ello, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y

Comercial el 1 de agosto de 2015, los Tribunales fundaron sus resoluciones en el artículo 31 de esa ley para otorgar indemnizaciones por la publicidad, comercial o no, de la imagen no consentida de una persona.

El consentimiento para la publicación de la imagen de un individuo resulta relevante en el sector de la Moda donde ya hemos indicado la importancia que le cabe a la imagen personal. Todo consentimiento, a nuestro criterio, deberá ser prestado con algunas características que indicaremos en el apartado siguiente.

II. La imagen personal

La Asociación Internacional de Consultores de Imagen (AICI por sus siglas en inglés), a la que pertenezco como certificada⁴, indica que la imagen es una combinación de varios factores (<https://www.aici.org/general/custom.asp?page=GlobalIndustry>) como la voz, la personalidad, el modo de desenvolverse pero fundamentalmente es la representación visual proyectada por una persona que forma una idea mental de esa persona en otros individuos que de ese modo la reconocen.

Como plantea la profesora Ligia Carvalho (2019) la imagen es “la representación, física, moral e ideal de alguien”⁵. La imagen resulta, entonces, ser la representación de nuestra identidad (Bello Knoll, 2019) y en ese sentido el Derecho se ocupa específicamente de su protección.

Las normas internacionales se refieren indirectamente al derecho de la propia imagen. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 no se individualiza el derecho a la propia imagen. El artículo 12 determina que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni podrá sufrir ataques a su honra o a su reputación. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 el artículo 19 se hace referencia a la libertad de expresión con el debido respeto de los derechos y la reputación de los demás. Por su parte, en el año 1989 el Parlamento Europeo aprobó la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales que hace referencia a la protección de la identidad en su artículo 6 (Sáez Tapia, 2017) pero sin reconocer tampoco la independencia del derecho a la propia imagen.

Estas normas internacionales se refieren a la dignidad, la honra y la identidad. Por ello ante la inexistencia de una legislación interna específica que proteja la propia imagen suele vincularse

⁴ CIC 2019, CIP 2021

la imagen con estos derechos. Toda violación al derecho de la propia imagen suele estar asociado a alguno de estos derechos (Amat Llari, 1992: 9). Sin embargo, el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo con independencia de otros derechos pero que se equilibra socialmente con ellos (Zingaretti, 2018).

En España existe el reconocimiento del derecho a la propia imagen con rango constitucional. Encontramos también en ese país una legislación específica referida al derecho de la propia imagen. No es así en todos los países. En la mayoría de ellos sólo existen previsiones en los Códigos Civiles como en Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Francia, Italia, Perú y Portugal. En otros casos se suelen encontrar referencias al derecho de la propia imagen en leyes referidas a otras cuestiones como, por ejemplo, al derecho de autor en Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, México, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay (Antequera Parilli, 2012)⁶. En los Estados Unidos de América convive el “right of privacy” (derecho a la privacidad) y el “right of publicity”. Este último derecho que refiere a los derechos económicos. Confluyen en este territorio normas estatales que se articulan malamente, como veremos, con legislación federal.

En la mencionada Constitución Española el Título “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo de los derechos y libertades, en el artículo 18.1. estipula que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. El derecho a la propia imagen resulta, luego, un derecho fundamental enmarcado en lo que se denominan derechos personalísimos, derechos de la personalidad o derechos existenciales (Navarro, 2016, p.12) carentes de contenido patrimonial (Martín Muñoz, 2001, p. 1715).

Además, en España, como se ha anticipado, una ley orgánica, la LO 1/1982, se ha ocupado de la regulación civil del derecho a la propia imagen y establece en su artículo primero que: “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”. Se requiere, según la ley, el consentimiento expreso del titular de la imagen para su utilización por parte de terceros. Sin embargo, en el artículo octavo se establecen excepciones indicando que: “En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público

⁶ Mi homenaje a este autor fallecido el 13 de junio de 2020 mientras trabajaba en este artículo.

o en lugares abiertos al público; b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Uno de los mayores problemas que se plantean respecto al consentimiento es la disposición 2.3. que indica que “el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”. Se produce una gran incertidumbre en los contratos de cesión de derechos de imagen porque la revocación del consentimiento puede ocasionar grave perjuicio a pesar de que se contempla el pago de una indemnización que suele resultar difícil de calcular en la mayoría de los casos (Castilla Barea, 2011).

Se constituye como ilícito civil tanto la publicación de la imagen como su mera captación o reproducción realizada sin autorización de la persona fotografiada y lleva a la reparación del daño si se prueba dicha ilicitud (De Verda y Beamonte, 2011, p. 53).

Cuando la ley española LO 1/1982 se refiere a la apropiación ilegítima amplía la protección al nombre y a la voz además de la imagen lo que ha supuesto una interpretación más amplia de la identificación de una persona en la jurisprudencia e incluye la concepción que tiene el mercado de lo que supone la imagen de una persona como ya hemos apuntado al inicio de esta sección. En la República Argentina, como se ha dicho ut supra, el derecho de la imagen se encuentra contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación. En sus artículos 52⁷ y 53⁸ del Capítulo referido a Derechos y actos personalísimos contempla la afectación a la dignidad realizada a través de una lesión a la imagen y prohíbe captar o reproducir la imagen sin consentimiento de la persona, salvo algunas excepciones (Villalba Díaz, 2015) como lo ya expuesto en referencia a la legislación española. A los efectos de la utilización de la imagen de

⁷ Artículo 52: La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, 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.

⁸ 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 años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

un tercero se debe, en este caso: 1) requerir el consentimiento previo, y 2) verificar que no existan excepciones al pedido de consentimiento previo. En el caso *Maradona, Diego Armando c. Telecom Personal SA y otros* el Tribunal expresó que la “sola prueba de la publicación sin autorización correspondiente, determina la arbitrariedad de esa publicación porque expresamente una norma legal la impide y sanciona”. Agregando que “el consentimiento no se presume y es de interpretación restrictiva”. En este caso el jugador no había otorgado autorización alguna para que la empresa de telefonía comercializara su imagen como fonde de pantalla de los teléfonos móviles. Aún no estaba vigente el referido Código Civil y Comercial por lo que el Tribunal aplicó la antigua normativa de Derecho de Autor que se ha citado.

Hasta aquí podemos ver que: a) por un lado existe el derecho de cada persona a que se registre, reproduzca y publique su imagen, y, b) por otro, el derecho a prohibir su captación y publicación sin autorización (Sáez Tapia, 2017). Asimismo, el derecho de la personalidad aparece amalgamado con un derecho patrimonial por lo que Amat Llari (1992: 24) habla de un derecho *sui generis* que estaría incluso protegido por la normativa de competencia desleal. Por ello, es el Derecho Civil, el que establece las pautas en las relaciones contractuales que exceden el amparo constitucional que no refiere al orden económico y que trata a la imagen como derecho humano esencial.

Cuando se otorgan cesiones de derecho de imagen, parece apropiado, a nuestro criterio: a) especificar el objeto para el cual se usará la imagen, y, 2) establecer el plazo y el ámbito en el cual se usará la imagen. Además de acordar la debida compensación si la cesión es con fines de lucro.

Si la autorización no fue otorgada se busca siempre que la imagen personal sea evaluada en el contexto de cada caso en particular y si efectivamente la publicación afecta el derecho a la propia imagen. En el caso *Massola, Facundo Albino c. Ford Motor Company* se rechazó el pedido de indemnización del varedor de caballos en virtud de que la imagen de este señor fue utilizada sin fines comerciales por la empresa Ford en su propia revista en el marco de una información que daba cuenta de que la empresa era sponsor de un evento, donde no se destacaba la imagen de la persona sino del evento realizado.

En los Estados Unidos de América, como se ha indicado, el *right of publicity* está reconocido en leyes estatales (<http://rightofpublicity.com/statutes>) con gran diferencia de regulación entre uno y otro Estado y sin que exista una ley federal sobre el particular. Parte de la doctrina afirma que este *right of publicity* busca proteger la imagen de las celebridades. Sin embargo, la postura mayoritaria precisa que el derecho al valor comercial de la propia imagen se aplica a cualquier individuo, sea celebridad o no (Higueras, 2001, p. 89). A nivel estatal este derecho

es considerado un derecho económico (Burbidge, 2019) que permite a la persona controlar el uso comercial de su identidad como ya se ha expresado (Seeger et al., 2019). La norma en New York, por ejemplo, jurisdicción donde se resuelven casi el 25% de los casos estadounidenses (Igartua Arregui, 1991, p. 96) permite la protección de la imagen cuando existen propósitos comerciales tanto de una persona, celebridad o no, y no habilita derechos post mortem. Uno de los casos clásicos es *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum* que ya en 1953 encontró culpable a la empresa por el uso no autorizado de la imagen del deportista en paquetes de chicles (Tushnet, 2015). Para López-Mingo Tolmo (2005:25) el primer precedente judicial que se conoce sobre el reconocimiento por los Tribunales del valor patrimonial de la imagen fue una resolución del Tribunal Supremo del Estado de New York en 1902 cuando desestimó el reclamo de una persona cuya imagen se había utilizado sin su consentimiento por una fábrica de harinas para hacer publicidad. Según este autor, el descontento social con este fallo, que cita como *Robertson vs Rochester Folding Box. Co.*, fue motivo de la ley estadual que prohíbe el uso de la imagen de una persona sin su consentimiento para fines publicitarios. Algunos Estados siguen solucionando los litigios con fundamento en el *common law* y también recurren a la protección federal de las normas de copyright establecida en el año 1787. La aplicación de esta legislación federal de copyright produce graves conflictos entre las normas estaduales de copyright así como con el propio *right of publicity*.

Visto que se trata de un sistema jurídico del common law la jurisprudencia es la principal herramienta para el estudio del concepto aunque existen fallos contradictorios como por ejemplo el caso *Keller v. Electronic Arts Inc* donde se rechaza el reclamo de un atleta por ser incorporado a un video juego y el caso *Winter v. DC Comics* donde se concede el derecho de ser indemnizado a los músicos por ser incluidos en un comics.

Precisamos con anterioridad que hay derechos fundamentales relacionados con el derecho a la propia imagen como la libertad de expresión. En muchos casos se enfrentan ambos derechos por el uso de fotografías en la prensa. En general suele ceder el derecho a la propia imagen a la libertad de expresión o la libertad de prensa pero existen casos en que no es así. Por ejemplo en *Grant v. Esquire Inc.* la revista Esquire volvió a utilizar en 1971 la foto de Cary Grant en un artículo de tendencias de moda. La fotografía había aparecido en una publicación anterior de dicha revista del año 1946 y el Tribunal determinó que la nota del año 1971 no aportaba nada sobre los gustos del vestir del actor sino que sólo se usaba su rostro para atraer la atención del público (Higueras, 2001, p. 60).

Además de las normas constitucionales y civiles suelen encontrarse normas penales, tributarias y de otros ámbitos que regulan el uso de la imagen personal reforzando su protección.

III. La imagen personal en la Moda

Las y los modelos profesionales son individuos que explotan regularmente su imagen y hacen de su uso un trabajo habitual. Esto supone que deben cuidar más que otros la imagen para no disminuir su valor económico ni su reputación. Esto es, que su imagen personal no sea utilizada sin su autorización o para otros destinos o medios de los autorizados o fuera del plazo convenido. La utilización indebida de la imagen puede lesionar los intereses económicos del sujeto como indica el Tribunal argentino en el caso *C.R.T.E. v. HSBC B.A. SA y otros*, donde se utilizaron las fotografías de un casting de una modelo publicitaria sin su autorización y sin el pago de su remuneración. En el caso específico de la publicidad el artículo 3.a. de la ley española de publicidad 34/1998, de 11 de noviembre, establece que es ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución haciendo una referencia especial a la protección de las imágenes de las mujeres⁹. El modo de trabajo de las y los modelos es generalmente realizado para una agencia de publicidad en forma temporaria o en relación de dependencia. El anunciante suele contratar a una agencia de publicidad y normalmente no presta atención al derecho de imagen personal de las y los modelos y muchas veces resulta codemandado a causa de la falta de consentimiento o el uso indebido de las imágenes. Tanto las o los modelos como las agencias intermediarias, a nuestro criterio, deben establecer entre partes reglas claras respecto al manejo de la imagen personal tanto sea para una campaña puntual como si existe un vínculo de trabajo estable. Lo mismo debe suceder respecto a las o los modelos contratados para las pasarelas. Es decir, fijar reglas que establezcan el otorgamiento del consentimiento expreso; la indicación de los medios y soportes donde será usada la imagen personal; el plazo para el que se otorga el consentimiento con previsión de las pautas de negociación para la extensión del mismo; los medios de solución alternativa de controversias, como mediación o arbitraje, para no judicializar un conflicto que

⁹ Artículo 3: Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

pueda dañar la imagen de ambas partes, y; adicionalmente el monto indemnizatorio si se produjera el desistimiento por parte de quien cede la imagen.

Algunos personajes célebres suelen suscribir contratos de *personality merchandising* que consisten en la utilización de la imagen personal para designar, distinguir o individualizar productos o servicios. En este caso se suscriben, en general dos contratos: a) uno que determina el modo de cesión de la imagen personal, y, b) otro, referido específicamente a la explotación comercial (Franquet Sugrañes, 2005: 297).

En 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 (Williams-Vickery, 2018).

No son pocos los conflictos que se suscitan por los retoques que se hacen a las imágenes en el ámbito de la Moda. La telefonía celular permite la captación de imágenes pero también eliminar de ellas el brillo en demasía o iluminar la toma entre otros tantos retoques. También las redes sociales como Instagram ofrecen la posibilidad del retoque fotográfico. En la actividad profesional de la publicidad se recurre a programas de computación. Quizás el más conocido con licencia de software es Adobe® Photoshop® (Tallarico, 2010). En los últimos tiempos la empresa Adobe, propietaria del programa de software y de la licencia, junto con la Universidad de Berkeley, han desarrollado una herramienta de inteligencia artificial que detecta los retoques faciales realizados con el software y permite volverlos a su estado original.

Israel, en 2012, 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. También en el año 2012, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la República Argentina, 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.

Aquí, como lo apuntara la Doctora Carvalho (2019), aparecen algunas cuestiones adicionales como otros derechos fundamentales. Así el derecho a la salud dado que a los y las modelos se les exigen determinadas figuras generalmente muy delgadas. Es por ello que Francia, por

ejemplo, en el año 2017 ha impuesto un certificado obligatorio de masa muscular para las modelos con el afán de preservarlas. (Burbidge, 2019, p. 171-172). Con anterioridad, en 2006 la Camera Nazionale della Moda Italiana impuso un Código de Ética. Durante la Semana de la Moda de Milán en el año 2007 la imagen anoréxica de la modelo Isabelle Caro para la publicidad de la marca Nolita daba muestra de las consecuencias para la salud humana que puede tener la búsqueda de un ideal distorsionado de imagen (Ramos Lahiguera, 2017). La globalización comercial ha llevado a que se pretenda imponer un determinado concepto de belleza universal que no es compatible con la realidad y entonces surge la necesidad de proteger el derecho a la diversidad cultural reconocido por los acuerdos internacionales así como la autoestima particularmente en los adolescentes (Pozzo, 2016, p. 366), las mujeres (Scafidi, 2019, p.434) y los niños.

La manipulación técnica de la imagen no es mala, sino que puede serlo la intención o efecto que se persigue y que puede mover al engaño o bien provocar conductas perjudiciales psíquica y físicamente para los destinatarios de las imágenes retocadas.

Existen, por otra parte, blogs, páginas de internet y activistas sociales como www.theillusionists.org que se ocupan de denunciar los retoques y dan paso a nuevos movimientos que impulsan lo que se denomina “belleza real” (Ramos Lahiguera, 2017) así campañas publicitarias como las de Dove donde se utilizan como modelos distintas personas que no tienen la profesión de tales.

IV. Conclusiones

El Derecho protege la imagen tanto en el ámbito de las normas internacionales como de las legislaciones nacionales. Si bien se reconoce el derecho a la propia imagen como derecho autónomo en algunas jurisdicciones en muchas se lo vincula con otros derechos fundamentales como la dignidad y el honor. En todo caso no siempre se brindan soluciones acertadas por la diversidad en las normas existentes en un mismo territorio y sus interpretaciones jurisprudenciales contradictorias.

Se hace necesario, entonces, el reconocimiento específico del derecho a la propia imagen y una armonización de normas que otorguen una protección efectiva dado que la tecnología aumenta la necesidad de velar por la imagen personal de los individuos. En particular en lo referido a las redes sociales y a la publicidad que son las herramientas más utilizadas hoy en el mundo de la Moda.

Las y los modelos que hacen uso profesional de su imagen, en especial en el sector de la Moda, es aconsejable que:

- a) Otorguen un consentimiento expreso para el uso de la imagen;
- b) Establezcan en ese consentimiento el objeto específico para el que utilizará la imagen;
- c) Fijen en ese consentimiento un plazo y ámbito para el uso permitido;
- d) Autoricen solo un retoque razonable de su imagen si fuere necesario o directamente lo prohiban.
- e) Prevean una solución alternativa de controversias.
- f) Establezcan el monto de la indemnización en caso de revocación del consentimiento.

Todas las jurisdicciones deberían establecer, a nuestro criterio, normas publicitarias que impongan comunicar a los consumidores que las imágenes han sufrido manipulación digital y establecer pautas a las empresas de Moda para cuidar no sólo la imagen sino la identidad, la salud, la dignidad y el honor de las personas que se desenvuelven en el sector.

Referencias

- Antequera Parilli, Ricardi (2012) *Derechos Intelectuales y Derecho a la Imagen en la Jurisprudencia Comparada*. Madrid: Reus.
- Amat Llari, E. (1992) *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid, La Ley.
- Bello Knoll, Susy. (2019) La imagen profesional y el Derecho. *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación (Ensayos) Universidad de Palermo Núm. 97*: 117-123
- Burbidge, R. (2019). *European Fashion Law. A practical Guide from star-up to global success*. London, UK: Elgar Practical Guides.
- Castilla Barea, Margarita (2011) *Las Intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Carvalho Abreu, Ligia (2019), “Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica”. En Pereira Coutinho y Carvalho Abreu Ligia (coord.) *Direito Da Moda*, Volumen I, Universidade Nova de Lisboa, facultad de Direito, CEDIS, Lisboa.
- Código Civil y Comercial de la República Argentina. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Constitución Española. Recuperado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

C.R.T.E. c/HSBC B.A. SA y otros s/daños y perjuicios, Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, sentencia del 24 de octubre de 2016, República Argentina.

Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales (1989). Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/charter/docs/pdf/a2_0003_89_en_en.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,historia%20de%20los%20derechos%20humanos.&text=La%20Declaraci%C3%B3n%20establece%2C%20por%20primera,a%20m%C3%A1s%20de%20500%20idiomas.>

De Verda y Beamonte, José. (2011). El derecho a la propia imagen en la Ley Organica 1/1982, de 5 de mayo. En De Verda y Beamonte (Coord.). *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (pp.41-64). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters;: 41-64.

Di Gregorio, Constanza c/Tango 1921 S.A. s/daños y perjuicios. CNCiv., Sala J, 18/08/2009. eIDial.com AA598B.

Directiva de la Unión Europea 2006/116/CE. Recuperado de [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-82676#:~:text=Directiva%202006%2F116%2FCE%20del,derechos%20afines%20\(Versi%C3%B3n%20codificada\).](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-82676#:~:text=Directiva%202006%2F116%2FCE%20del,derechos%20afines%20(Versi%C3%B3n%20codificada).)

Emery, Miguel Angel (1991). La propiedad intelectual: ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales. *Revista La Ley Volumen 1991-C*.

Franquet Sugrañes, M. (2005) *El contrato de personality merchandising*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

Halliday, Estelle c. Lacambre, Valentin”, Cámara de Apelaciones de París, sala 14, 10/02/1999. La Ley, Cita Online AR/JUR?3710/1999.

Higueras, Inmaculada (2001). *Valor Comercial de la Imagen. Aportaciones del Right of Publicity Estadounidense al Derecho de la Propia Imagen*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

Igartua Arregui, Fernando (1991). *La Apropiación Comercial de la Imagen y del Nombre Ajenos*. Madrid: Tecnos.

Ley Orgánica española 1/1982, 5 de mayo. Recuperado de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html#:~:text=Ley%20Org%C3%A1nica%201%2F1982%2C%20de%205%20de%20mayo%2C%20sobre,familiar%20y%20a%20la%20propia%20imagen

Keller, Samuel 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/>

Lipszyc, Delia (1993) *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Zavalia.

Lipszyc, Delia (2004) *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Zavalia.

Lipszyc, Delia (2019) *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Hammurabi.

López, Beatriz (2009) Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión *mortis causa* del derecho de autor. *Anuario de la Facultad de Derecho La Habana Cuba XXVII*: 380.

López-Mingo Tolmo, Ataulfo. (2005). *El derecho a la propia imagen de los modelos – actores y actrices- publicitarios*. Madrid Vision Net.

Maradona v. Telecom Personal SA, Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, sentencia del 24 de junio de 2014, República Argentina..

Martín Muñoz, Alberto (2001). El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen. *Revista de Derecho Mercantil, Octubre-Diciembre 242*: 1711–76.

Massola, Facundo Albino c/Ford Motor Company y otros s/daños y perjuicios, Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, sentencia del 22 de marzo de 2013, República Argentina.

Navarro Floria, J.G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires, Argentina: El Derecho.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>

Pozzo, Barbara (2016). La pubblicità del prodotto de moda e la tutela della dignità della donna: Le nuove iniziative in un'analisi di diritto comparato. En *Fashion Law. Le Problematiche Giuridiche Della Filiera dell Moda*. Edited by Pozzo, Barbara y Jacometti, Valentina. Milano: Giuffré Editore.

Ramos Lahiguera, Carlos Manuel. 2017. Photoshop y el Cuerpo Publicitario: Naturalidad y Artificio en la Belleza Femenina. Doctoral's Dissertation, Universidad Miguel Hernández, Elche, España. Recuperado de <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4532/1/TD%20Ramos%20Lahiguera%2C%20Carlos%20Manuel.pdf>

Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, BOE número 97 del 22/4/1996. BOF-A-1996-8930.

Sáez Tapia (2017), *Derecho a la imagen propia y su manifestación en internet* (Master Dissertation, Universidad de Chile, República de Chile). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151565>

Seeger, Laureen, Boragine, Ellie y Bernstein, David. 2019. Advertising. Successful Partnering Between Inside and Outside Counsel. En *R. Haig Overview of Advertising Law—Third-Party Rights—Right of Publicity (ACC)*. (56:27). Toronto: Thomson Reuters.

Scafidi, Susan (2019). Towards a jurisprudence of fashion. *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* XXIX: 429–34.

Tallarico, Diego (2010). Patente, Registro o Software Libre. Cuestiones Esenciales en Miras a una Solución Racional al Problema. Acceso online: <http://www.elDial.com>

Tushnet, Rebecca (2015). A mask that eats into the face: Images and the right of publicity. *Columbia Journal of Law & the Arts* 38: 157.

Villalba, Carlos A., “Publicación de imágenes sacadas de otro libro”, *La Ley*, 1994-C, p.496. Cita Online AR/DOC/17689/2001. Artículo 2 Tratado OMPI de Derecho de Autor.

Villalba, Carlos, and Lipszyc., Delia (2012). Diferencia entre el daño moral y el daño al derecho moral del autor. *La Ley. Volumen 1991-E*: 606.

Villalba Díaz, Federico (2011). Nuevas fronteras del derecho a la imagen. *Revista Crítica de Derecho Privado* 4: 35–48.

Williams-Vickery, Jessica (2018). A (thigh) gap in the law: Addressing egregious digital manipulation of celebrity images. *Georgia State University Law Review* 34: 795.

Winter v. DC Comics, 69 P.3d 473, 480 USA (Cal. 2003).

Zingaretti, Gisela (2018). Pactos Nacionales e Internacionales: Nuevas Tendencias. El Reto de ser Libres Frente al Desarrollo Tecnológico: ¿Un Nuevo Pacto Comunitario? Acceso online: <http://www.elDial.com>