

inmaculada.higueras@utu.fi

Media Studies Unit, Universidad de Turku.
Fin-20014 Turun Yliopisto, Finlandia.

Doctora en Comunicación. Actualmente es Profesora Visitante en la Universidad de Turku (Finlandia), donde realiza una investigación post-doctoral sobre la regulación de la Sociedad de la Información en la Unión Europea.

COMUNICACIÓN Y SOCIEDAD
Vol. XIII • Núm. 2 • 2000 • 87-115

Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad

Commercial Value of Likeness in the Spanish Legal System: Between the Protection of Personality and the Commercialization of Identity

RESUMEN: Este artículo analiza el valor comercial de la identidad en el ordenamiento jurídico estadounidense, (right of publicity), y en el ordenamiento español, como parte del derecho a la propia imagen. Las dimensiones patrimoniales de la imagen han distinguido este derecho de otros próximos, y han supuesto para el legislador un reto. Desde la perspectiva de la regulación estadounidense, que entiende este derecho como un derecho puramente comercial, se intenta avanzar en la regulación de los aspectos patrimoniales de la imagen en España. Se señala asimismo el incipiente cambio de tendencia en la doctrina y la jurisprudencia dirigido a superar la idea de imagen y ampliarla a la noción de identidad, y se concluye señalando las aportaciones que la regulación estadounidense puede suponer para el caso español.

Palabras clave: imagen, valor comercial de la imagen, derecho de la información.

ABSTRACT: *This article analyses the commercial value of the identity in the United States' legal system -the right of publicity- as well as in the Spanish one, in this case as a part of the right on the own likeness. Commercial aspects of the right on likeness have distinguished this right from others connected to it, and this have been a challenge for regulatory authorities. Taking as starting point the United States' regulation, which considers this right as a purely commercial one, it has been tried to go forward in the regulation of commercial aspects of likeness in Spain. It is pointed out, too, the incipient change in the commentators and sentences which goes further than the idea of likeness and seems to extend it into the concept of identity. The article concludes by stressing the contributions that United States' regulation could bring to the Spanish regulatory landscape.*

Key words: *right of publicity, likeness, commercial value of likeness, media law.*

1. Introducción

El uso de la imagen de las personas en publicidad, de su nombre u otros atributos que puedan identificar a un sujeto determinado, no es algo nuevo. Desde la aparición de la fotografía, y su utilización de forma generalizada después, en los medios de comunicación, la imagen de las personas se ha utilizado con fines publicitarios, promocionales, y en general, con finalidad comercial.

Junto al interés por la aparición de estos problemas cada vez con mayor frecuencia en los tribunales o la vida diaria española, en nuestra regulación el valor comercial del derecho de imagen se contempla como parte de un derecho de la personalidad. Esto hace que, en la práctica, a la hora de negociar este tipo de contenidos, la situación no sea tan clara. Por otra parte, en los últimos tiempos han aparecido algunas sentencias en los tribunales, así como una corriente doctrinal que hacen referencia al valor comercial de la identidad personal como si de una nueva y diferente realidad se tratara en estos casos.

Este estudio se centra en el análisis de la regulación –en el sistema jurídico estadounidense y en el ordenamiento español– de las manifestaciones patrimoniales de la identidad.

Los usos patrimoniales de la identidad constituyen una realidad que no parece encontrar su mejor cauce en la legislación actual, en la que la imposibilidad de la transmisión del derecho tanto *inter vivos* como *mortis causa*, así como la posibilidad de revocación en cualquier momento del consentimiento dado por el titular hacen difícil una mínima seguridad para la otra parte del contrato.

El estudio del caso de Estados Unidos se debe a que el *right of publicity* proporciona un enfoque patrimonial en la regulación de determinados aspectos de la identidad, que está más próximo a las realidades comerciales. El *right of publicity* aporta una solución al problema desde una perspectiva completamente distinta a la española, en la que los derechos de propiedad están claramente separados de los derechos de la personalidad, y es la perspectiva a la que apuntan doctrina y sentencias recientes.

El punto de partida será el estudio del *right of publicity* en Estados Unidos, configurado como un derecho de propiedad sobre la identidad personal. El objetivo de este primer acercamiento es ver si el enfoque estadounidense permite aportar a la regulación española aspectos que ayuden a superar sus actuales limitaciones. Para ello, en un segundo momento se estudia la situa-

ción española. Se concluye señalando los aspectos en los que la referencia al caso estadounidense puede contribuir como aportación positiva al ordenamiento español.

Para llevar a cabo este análisis se ha optado por estudiar, en ambos casos, el sujeto, objeto y contenido del derecho en cuestión, dado que éstos son los rasgos que permiten reconocer y delimitar los derechos subjetivos. La estructura paralela se ha visto reforzada al llevar a cabo el estudio de similares fuentes en ambos sistemas jurídicos, a pesar de sus diferencias. En ambos casos, el análisis se basa en el estudio de la norma jurídica y la doctrina. Además, la jurisprudencia será un elemento clave en este trabajo, no sólo por su interés evidente en un sistema de *common law* como el estadounidense, que exige esta perspectiva, sino porque como se pondrá de manifiesto, en el caso español, la naturaleza de los derechos protegidos y su concreta protección legal hacen que el panorama no pueda estar completo sin el análisis jurisprudencial.

Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito del Derecho de la Información, desde una perspectiva comunicativa. El estudio se llevó a cabo dentro como parte del programa de investigación de la Facultad de Comunicación de la Universidad de Navarra. Una vez identificados los problemas, se proponen una serie de soluciones, y se apuntan las conclusiones a que ha dado lugar el estudio. Este resultado, sin embargo no establece doctrina jurídica alguna, sino que pretende arrojar luz sobre el tema, desde una perspectiva comunicativa.

2. *El right of publicity*

El *right of publicity* se define como el "derecho inherente a cada ser humano a controlar el uso comercial de su identidad"¹. Este derecho aparece por primera vez en 1953 en la sentencia del caso Haelan.

En un primer momento, el derecho a controlar el valor comercial de la identidad se enmarca dentro de los límites del *right to privacy*². Éste se define

¹ MCCARTHY, J. Thomas, The Spring 1995 "Horace S Magnus Lecture – The Human persona as commercial property: The right of publicity" *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 19, 1994/95, p. 130.

² Este derecho, tal como se da en los Estados Unidos, difícilmente tiene traducción a nuestro idioma. La traducción literal como derecho a la intimidad no la considero apropiada porque el concepto americano de *privacy* no es equivalente al nuestro derecho a la intimidad. Por

como un derecho personal, intransmisible, que desaparece con la muerte del sujeto, y que protege frente a un daño moral que se presume, sin necesidad de prueba, cuando se llevan a cabo las conductas que se entienden lesivas³.

En 1953 el juez Jerome Frank acuña la noción de *right of publicity* en la sentencia del caso Haelan⁴, para expresar tanto el derecho a prohibir el uso comercial de la imagen como el derecho a ceder un privilegio exclusivo a terceros en un mercado determinado, y distinguirlo así de la *privacy*. No obstante, el *right of publicity* va a continuar su evolución ligado a la *privacy*. Esto se debe sobre todo a la clasificación que hace Prosser de los tipos de lesiones a la *privacy*. Prosser sostiene que hay cuatro grandes tipos de lesiones⁵ de la *privacy*, entre ellas, la "explotación de atributos de la identidad del demandante"⁶, es decir, lo que el juez Frank había llamado *right of publicity*. Para Prosser es evidente que el interés protegido por este último tipo de lesión de la *privacy* difiere de los protegidos por los otros tres, puesto que no es tanto un interés moral como un interés de propiedad sobre el uso exclusivo del nombre y la imagen del demandante. Prosser entiende claramente que se trata de un derecho de propiedad, o al menos, que tiene un valor que el titular puede capitalizar a través de la venta de licencias⁷. Estos aspectos distinguen claramente el *right of publicity* de los otros tipos. Sin embargo, su inclusión en los moldes conceptuales de la *privacy*, hace que se confundan los contornos y el *right of publicity* se mueva entre su independencia como derecho de propiedad diferenciado y su dimensión como derecho personal dentro de la *privacy*.

Posteriormente el *right of publicity* alcanza su madurez. En general los tribunales han adoptado ya el *right of publicity* como un derecho nuevo y dife-

eso se mantiene en el texto la denominación americana. Acerca de la dificultad que el concepto de *privacy*, véase, por ejemplo MCLEAN, Deckle, *Privacy and its invasion*, Praeger, Westport, 1995.

³ PROSSER, William, "The right to Privacy". *California Law review*. n.º. 48, 1960, pp. 383-423.

⁴ Haelan Laboratories v. Topps Chewing gum, 202 F.2d 866, p. 868. En este caso los litigantes son dos vendedores rivales de chicle que se enfrentaban por el uso de la imagen de los jugadores de béisbol profesionales en cromos que los niños coleccionaban.

⁵ Los modos en que puede lesionarse la *privacy* son: Intromisión en el ámbito de reclusión del demandante, o en sus asuntos privados; divulgación de asuntos privados que resulten embarazosos para el demandante; presentar públicamente al demandante bajo una falsa apariencia; y la apropiación, en beneficio o para ventaja del demandado, del nombre o la imagen del demandante.

⁶ PROSSER, William, op. cit., p. 401.

⁷ *Ibid.*, p. 406-407.

renciado de la *privacy*⁸, aunque por lo que respecta al daño moral producido (en caso de que se produzca) por la apropiación de la identidad, el cuarto supuesto de Prosser continúa igualmente vigente.

En la actualidad el *right of publicity* ha sido reconocido por 25 de los 50 estados de los Estados Unidos bien como parte del *common law*, bien como ley. Por el momento no existe una ley federal de *right of publicity*, sin embargo, el *Restatement (Third) of the Law of Unfair Competition*, de 1995, en su versión final recoge el *right of publicity* en los puntos § 46-49. Este es un *restate-ment* de competencia desleal que señala las diferencias del binomio *privacy-publicity*.

2.1. Objeto del *right of publicity*

El *right of publicity* se ha desarrollado como derecho de *common law* en el marco de los estados, lo que hace que su contenido se exprese sobre todo en la jurisprudencia, y en los *restatements*, más que en leyes formales.

¿Cuál es el objeto del *right of publicity*? El *Restatement (Third) of Unfair Competition*⁹ (1995) señala que el *right of publicity* protege el valor comercial de la identidad de los seres humanos frente a su apropiación por terceros¹⁰. El objeto protegido, es, por tanto el valor comercial de la identidad personal, y queda circunscrito de este modo a las manifestaciones patrimoniales de la identidad.

El *right of publicity* es un derecho que se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito del *common law*, por lo que su objeto no se define de una sola vez y de forma precisa, sino que se va delimitando en las decisiones judiciales. El objeto del *right of publicity* es preciso deducirlo de la jurisprudencia.

⁸ Vid. MCCARTHY, J. Thomas, *The rights of publicity and privacy*, Clark Boardman Callaghan, 1987. Release # 17, 3/97; p. 1-41.

⁹ El *Restatement* no es una fuente formal de derecho, sino que al elaborarlo se sigue el proceso inverso al que sigue la creación de derecho en la Europa continental: el *Restatement (Third) of Unfair Competition* viene a ser una compilación del contenido de la regulación de la competencia desleal de *common law*, que por definición es un derecho no codificado. Sus compiladores siguen el proceso inductivo: estudian los casos e intentan extraer de ellos la racionalidad que está en el fondo y a la que hacen referencia los tribunales en sus decisiones bajo la rúbrica del *right of publicity*.

¹⁰ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, § 46 (1995)

Los tribunales neoyorquinos han entendido que en el objeto del *right of publicity* se incluye la imagen fotográfica¹¹, el dibujo¹², la fotografía de partes del cuerpo si permiten identificar al sujeto representado¹³, la fotografía del sujeto obtenida muchos años antes¹⁴, pero también el uso de la imagen de imitadores cuando éstos permiten identificar al sujeto¹⁵, o el uso de la imagen para fines comerciales cuando fue captada con fines informativos¹⁶. No incluyen, sin embargo, el uso de la voz, y por eso se rechaza la imitación de ésta como objeto del *right of publicity*¹⁷.

Por su parte, los tribunales de California, el Noveno Circuito, han sido los más favorables a una interpretación amplia del *right of publicity*, hasta llegar a abarcar realidades inaceptables en otras jurisdicciones. Especialmente significativas son sus decisiones acerca del derecho de *common law* en California que protege contra la imitación de la voz¹⁸, o el reconocimiento del titular por el uso de objetos a él asociados¹⁹.

Es preciso, en este punto, hacer referencia al *Restatement (Third) of Unfair Competition* (1995). Por lo que respecta al *right of publicity* de *common law*, recogido por el *restatement*, hay que destacar que éste considera como tal el valor de la identidad de una persona, que se materializa a través de nombre, imagen u otros indicios de la identidad. Es probablemente una forma poco concreta de referirse al objeto del *right of publicity*, pero también es la más cercana a la interpretación que hacen los jueces. Lo que importa, vendría a decir el *restatement*, no es tanto cómo se produce la apropiación de la identidad, sino si efectivamente se ha producido, y para ello la clave es que la identidad resulte reconocible.

La jurisprudencia muestra con claridad que el objeto protegido por el *right of publicity* es la identidad personal, con independencia de cómo se presente. El requisito para que la protección se dé en los casos concretos no es la

¹¹ Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum Inc. 202 F2d 866, 868 (2d Cir 1953).

¹² Ali v. Playgirl, Inc. 447 F Supp, 723, at 728. 206 USPQ 1021 (SD NY1978).

¹³ Cohen v. Herbal Concepts Inc. 100 AD2d 175, 473 NY2d 426, 1984.

¹⁴ Negri v. Schering Corp., 333 Fsupp 101 (SD NY 1971).

¹⁵ Onassis v. Christian Dior- New York, Inc. 122 Misc 2d 603, 472 NYS2d 254 (1984).

¹⁶ Grant v. Esquire, Inc., 367 F Supp 876, 878 (SD NY 1973).

¹⁷ Lahr v. Adell Chemical Co., 300 F2d 256 (1st Cir 1962).

¹⁸ Midler v. Ford Motor Co., 849 F. 2d 460 (9th Cir. 1988); Waits v. Frito-Lay Inc., 978 F. 2d 1992, 23 USPQ 2d 1721, (9th Cir. 1992).

¹⁹ White v. Samsung Electronics America Inc. 971 F. 2d 1395, 23 U.S.P.Q. 2d 1583, (9th Cir. 1992).

forma en que se produzca la apropiación de la identidad, sino que la persona sea reconocible, identificable. Para que se pueda establecer la responsabilidad, el demandante ha de probar que es razonablemente identificable por un mínimo grupo de personas. No se exige, sin embargo, un número concreto de personas que, de hecho, le identifiquen. La cifra no determinará la existencia de una causa de acción, simplemente afectará al *quantum* indemnizatorio.

2.2. Sujeto del right of publicity

El *right of publicity* protege el derecho a controlar el valor comercial de la identidad personal. Expuesto en estos términos, se podría entender que todo ser humano es titular de este derecho, puesto que su fundamento es la identidad personal. Esta conclusión, sin embargo, ha de matizarse, ya que el *right of publicity* no protege la identidad en sí misma, sino su valor comercial. Por tanto, sólo quien haya desarrollado un valor comercial asociado a su identidad será titular de este derecho.

Una parte de la jurisprudencia²⁰ y la doctrina²¹ ha sostenido que el *right of publicity* protege sólo a las personas famosas. Detrás de este planteamiento se encuentra la idea de que sólo las personas famosas han asociado a su identidad un valor comercial que merezca ser jurídicamente protegido.

Sin embargo, parece claro que no se puede hacer depender de la explotación previa la capacidad del titular de ser sujeto del *right of publicity*, puesto que llevado al extremo, todas las personas que no hubieran prestado su identidad con fines comerciales, se verían impotentes ante una primera lesión a su *right of publicity*, también las personas famosas.

Frente a estos puntos de vista, la postura mayoritaria²² tiende a conside-

²⁰ Por ejemplo, *Ali v. Playgirl Inc.*, 447 F Supp 723, 729 (SD NY 1978).

²¹ Vid., por ejemplo, EDER, R., "When imitation is not the sincerest form of flattery: the search for a standard for performers' rights", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, n° 37, abril 1990, p. 407.

²² Por lo que respecta a la doctrina, vid.: GORDON, H. R., "Right of property in name, likeness, personality and history", *Northwestern University Law Review*, n° 55, 1960, p. 553-613; NIMMER, Melville B., "The right of publicity", *Law & Contemporary Problems*, n° 19, 1954, p. 203; TREECE, J. M., "Commercial exploitation of names, likenesses, and personal histories", *Patent Law Review*, n° 5, 1973, p. 517-552; MCCARTHY, J. Thomas *The rights of privacy...*, op. cit., pp. 4-20; PINCKAERS, J. C. S. *From privacy toward a new intellectual property right in*

rar, sin embargo, que el derecho al valor comercial de la identidad personal tiene un sujeto universal. En esta concepción del *right of publicity* todas las personas tienen derecho a la protección del valor comercial de su identidad.

Con independencia de que el titular sea o no una celebridad, el hecho de que se haya producido un uso con fines comerciales presupone la existencia de un valor comercial que ha sido arrebatado a su titular²³.

A pesar de que todas las personas son susceptibles de ser sujetos del *right of publicity*, siempre que se produzca un uso comercial de su identidad, algunos sujetos han de ser contemplados separadamente, por sus especiales características. En esta categoría se encuentran las personas jurídicas, los menores e incapacitados y los sujetos fallecidos.

Por lo que respecta a la personalidad jurídica, tanto doctrina²⁴ como jurisprudencia²⁵ consideran que este tipo de personas no gozan de la protección del *right of publicity*. El *Restatement (Third) of Law of Unfair Competition*, se pronuncia en igual sentido²⁶.

Por lo que respecta a los menores, no hay referencia especial, si bien algunos estados exigen que la cesión o consentimiento en el uso del *right of publicity* de un menor provenga de sus padres o tutores²⁷.

El problema del valor comercial de un sujeto fallecido es uno de los temas más debatidos dentro del *right of publicity*. Actualmente, la mayoría de los tribunales²⁸ y la doctrina²⁹ coinciden en que el *right of publicity* es transmisible

persona, Kluwer, The Hague, 1996, op., cit., p.48. En cuanto a la jurisprudencia, vid.: *Canessa v. J. I. Kislak, Inc.* 97 N.J. Super. 327, 235 A.2d 62 (N. J. Super. L. 1967); *Onassis v Christian Dior-New York, Inc.* 122 Misc 2d 603, 472 NYS 2d 254 (1984) *aff'd* without op 110 AD2d 1095, 488 NYS 2d 843 (1985).

²³ PINCKAERS, J. C. S., op. cit., p. 48; en el mismo sentido, vid. *Canessa v. J.I.Kislak, Inc.* 97 N.J. Super. 327, 235 A.2d 62 (N. J. Super. L. 1967).

²⁴ MCCARTHY, *The rights of privacy...*, op. cit., p. 4-47.

²⁵ *University of Notre Dame Du Lac v. Twentieth Century Fox Film Corp.* 22 AD2d 452, 256 NYS 301 (1965).

²⁶ *Restatement (Third) of Unfair Competition* 46, comment d (1995): "El interés en la dignidad y autonomía personales que está en la base tanto del *right of publicity* como del *right of privacy* limita la aplicación del *right of publicity* a las personas físicas".

²⁷ Por ejemplo, las de los Estados de California, Nebraska, Nueva York, Oklahoma, Tennessee, Utah, Virginia, y Wisconsin.

²⁸ El caso que inaugura esta tendencia es el de *Laurel y Hardy: Price v. Hal Roach Studios, Inc.* 400 F Supp. 836, 846 (SD NY 1975).

²⁹ GORDON, H. R., op. cit., p. 553; SIMS, A. B., "Right of publicity: survivability reconsidered", 49 *Fordham Law Review*, n° 49, 1981, p. 453, en p. 467; HOFFMAN, R. B. "The right

mortis causa. Por otra parte, muchos tribunales que han reconocido que el *right of publicity* dura más allá de la muerte de su titular, han intentado resolver los problemas prácticos que acarrea fijar la duración del derecho³⁰.

2.3. Contenido y límites

El contenido del *right of publicity* consiste en la protección de la identidad frente al uso no consentido de ésta por parte de terceros para fines comerciales. El *right of publicity* comprende tanto la posibilidad de oponerse a que un tercero utilice la propia identidad para fines comerciales, como la de utilizarla directamente o transmitir este derecho a terceros.

Las principales referencias legales consideran que el *right of publicity* protege frente a la apropiación de la identidad con fines comerciales, de manera que se excluye explícitamente de esta finalidad "la información, el comentario, el entretenimiento, las obras de ficción o no ficción y la publicidad de estos productos informativos", como sostiene el *Restatement (Third) of Law of Unfair Competition*³¹.

La forma más habitual de utilizar la identidad de una persona es hacerlo en actividades de comunicación. Éstas están amparadas en Estados Unidos por la Primera Enmienda a la Constitución que da protección constitucional a las libertades de expresión e información. De este modo, es preciso analizar la protección que la Primera Enmienda da a la comunicación y ponerla en contacto con la protección que el *right of publicity* proporciona a la identidad personal.

El origen de la Primera Enmienda se encuentra en la necesidad de garantizar que el Congreso no limite la libertad de prensa ni la libertad de expre-

of publicity: Heir's right, advertiser's windfall, or courts nightmare?" *De Paul Law Review*, n.º 31, 1981, p. 1, en p. 29; KWALL, R.R., "Is Independence day dawning for the right of publicity?" *UC Davis Law Review*, n.º 17, 1983, p. 191, en p. 228; FELCHER, Peter L., y Edward L. RUBIN, "The descendibility of the right of publicity: Is there commercial life after death?" *Yale Law Journal*, n.º 89, 1980, p. 1125, en p. 1132.

³⁰ El *right of publicity* post mortem ha sido reconocido en 13 estados. Su duración tras la muerte del titular oscila entre los 100 años de Oklahoma (12 Okl. Stat. 1448 (G)); los cincuenta de California y Texas (Cal. Civil Code 990 (vid. Apendix A); 4 Tex. Prop. Code Ann. 26.012 (d).); los cuarenta de Florida (Fla. Stat. Ann. 540.08 (4)); los veinte de Virginia (Va. Code Ann. 8.01-40 (B)); o los diez de Tennessee (Tenn. Code Ann. 47-25-1104 (a)).

³¹ Vid. § 47 *Restatement (Third) of Law of Unfair Competition*, cit. supra.

sión. Desde su formulación en 1791, este concepto ha sido interpretado y ha evolucionado hasta el momento actual. Actualmente, la Primera Enmienda protege la libertad de expresión, si bien, no todos los tipos de expresión reciben el mismo grado de protección constitucional.

La distinción básica entre los tipos de comunicación la establecen Felcher y Rubin³², quienes distinguen entre información, entretenimiento y publicidad. Los autores advierten, además, que un uso determinado no tiene por qué encajar en una sola de estas categorías, y lo habitual será que no lo haga. Por eso introducen la idea de "uso primordial"³³. Dependiendo de cuál sea el uso primordial de un mensaje, éste alcanzará un tipo u otro de protección constitucional.

La información acerca del mundo real se considera esencial para el pensamiento y el debate público en una sociedad libre, por lo que la información tendrá el mayor grado de protección constitucional. Dentro de esta categoría, la información política tiene el mayor grado de protección. Debido a ello, cuando se produzca una utilización de la identidad en un contexto informativo, tal uso no podrá considerarse comercial, y estará protegido por la Primera Enmienda.

a) Usos informativos y lesión del *right of publicity*.

Si la violación del *right of publicity* se produce en el contexto político, incluso si la apropiación de la identidad se produce para publicidad política, se entiende que tal violación no constituye un acto ilícito, pues los contenidos políticos reciben el mayor grado posible de protección de Primera Enmienda.

También el mensaje de contenido no político sobre asuntos de interés general recibe protección dentro de la teoría de la Primera Enmienda. Ahora bien, ¿qué constituye un asunto de interés público? El Tribunal Supremo ha tendido a interpretar con un criterio claramente expansivo la noción de interés público. De hecho, los tribunales tienden a incluir cualquier asunto de interés, por limitado que éste sea, dentro de la noción de noticias, de modo que esta categoría llega a ser amplísima³⁴. Junto a ello, los tribunales utilizan

³² FELCHER, Peter L., y Edward L. RUBIN, "Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media". *The Yale Law Journal*, vol. 88, n.º 8, Julio 1979, pp. 1577-1622.

³³ *Ibid.*, p. 1598.

³⁴ Vid., en este sentido, las sentencias de *Time Inc. v. Hill*, 385 US 374, 388 (1967); *Stephano v. News Group Publications, Inc.* 64 NY2d 174, 485 NY2d 220, 225, 474 Ne2d 580 (1984); *Booth v. Curtis Publishing Co.*, 15 AD2d 343, 223 NYS 2d 737, 740, n.2 (1962).

en muchas ocasiones un argumento circular: tienden a definir "asuntos de interés público" por referencia a lo que habitualmente aparece en los medios, de manera que, en último extremo, son los medios quienes definen qué es legítimo interés público a través de sus criterios de publicación. Con esta noción de interés público, prácticamente cualquier tipo de mensaje que aparezca en los medios podrá utilizar la identidad de las personas sin que se produzca una lesión a su *right of publicity*, al estar tal uso protegido por la Primera Enmienda.

Una tercera categoría o tipo de uso es el de los fines educativos. En estos casos, cuando la identidad de la persona se considera razonablemente necesaria para ilustrar o transmitir el mensaje, tal uso está libre de responsabilidad³⁵.

Con este marco de interpretación de fondo, no es de extrañar que los Tribunales y la doctrina estadounidenses se muestren reacios a aceptar que pueda darse un uso de la identidad de las personas en los medios de comunicación que tenga una finalidad comercial, y no estrictamente informativa o de entretenimiento.

b) Contenidos de ficción o entretenimiento, Primera Enmienda y *right of publicity*.

En la noción de ficción se incluye todo tipo de contenidos que pretende entretener a la audiencia. Lo habitual será que al mismo tiempo esos mensajes transmitan también algún tipo de información, sea de forma implícita o explícita. La doctrina constitucional sostiene que los mensajes de entretenimiento están protegidos por la Primera Enmienda, pero en la medida en que no se refieren a hechos del mundo real, gozan de un nivel de protección ligeramente inferior a las "puras informaciones".

Cuando se utiliza la identidad de las personas en el ámbito de las obras de ficción, para la mayoría de los autores y tribunales, tal uso está libre de responsabilidad puesto que este tipo de mensajes recibe una protección muy similar a la de las informaciones.

³⁵ Se han dado casos en los que los titulares no han podido oponerse a que su imagen aparezca en libros de texto, como en *Johnson v. Hartcourt, Brace, Jovanovich, Inc.* 43 Cal App 3d 880, 118 Cal Rptr 370 (1974); del mismo modo, el uso de la fotografía de un niño en una guardería no necesita obtener consentimiento alguno para ilustrar un libro infantil.

c) Publicidad, Primera Enmienda y *right of publicity*.

La publicidad como contenido de los medios de comunicación es expresión comercial, protegida por la Primera Enmienda desde 1976. Sin embargo, el lugar que ocupa el mensaje publicitario en la jerarquía de protección de la Primera Enmienda es el más bajo, muy lejos de la protección que recibe la información o el entretenimiento.

Dado que la protección que recibe la publicidad está muy limitada, es preciso determinar

- 1) en qué consiste, con exactitud, esa protección
- 2) qué es y qué no es expresión comercial.

1) Protección de Primera Enmienda para la expresión comercial.

En 1976, en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, Inc.*³⁶ se considera por primera vez la publicidad, o expresión comercial, como forma de expresión protegida por la Primera Enmienda. En este caso, al mismo tiempo, se destaca que la expresión comercial no tiene el mismo tipo de protección que otras formas de expresión protegidas por la Primera Enmienda, y que las limitaciones a este tipo de expresión pueden estar justificadas por la especial naturaleza (persuasiva) del mensaje. Sin embargo, es en el caso *Hudson*³⁷ en el que se da el siguiente paso hacia la delimitación de la protección que la publicidad tiene dentro de la Primera Enmienda. En este caso se concluye que las restricciones a la publicidad, no engañosa, de productos legales serán lícitas si el interés del gobierno en la limitación es sustancial, si la norma limitativa promueve de modo directo ese interés del gobierno y no es más restrictiva de lo necesario para llevarlo a cabo. Es decir, la protección es considerablemente menor que la que reciben información o entretenimiento.

2) ¿Qué es expresión comercial?

En muchas ocasiones resulta difícil definir qué es expresión comercial, ¿cuál es el límite que separa la expresión comercial de la no comercial? El cri-

³⁶ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, Inc* 425 US 748, 96 S Ct. 1817, 48 L Ed 2d 346 (1976).

³⁷ *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 US 557, 100 S. Ct. 2343, 65 L Ed. 2d 341 (1980).

terio para aplicar esa separación aparece en el caso *Bolger v. Young Drugs Products Corp*³⁸. En este caso, para determinar si se puede hablar de expresión comercial el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que han de darse necesariamente tres factores: que la información aparezca en forma publicitaria; que se hagan referencias específicas a los productos de la compañía, y que la empresa tenga un interés económico en enviar esos folletos.

En ningún caso los tribunales han sostenido que la protección que la expresión comercial recibe de la Primera Enmienda libere de responsabilidad ante un caso de apropiación de la identidad personal. Es decir, se entiende que, en principio, el interés del titular del *right of publicity* en controlar el uso de su identidad supera al del anunciante de utilizarla sin su consentimiento, lo que no sucede cuando se trata de los otros tipos de expresión.

3) El uso de la identidad en productos

Si en el caso de la publicidad o los mensajes de los medios de comunicación aparecía el problema de determinar cuándo un uso es comercial, y cuándo estaba o no protegido por la Primera Enmienda, cuando se utiliza la publicidad directamente en productos, difícilmente surgen dudas acerca de que tal uso es comercial. De este modo, la utilización de la identidad en productos comerciales como pósters³⁹, jarras de café⁴⁰, o gel depilatorio⁴¹, por mencionar sólo algunos casos, será una lesión del *right of publicity*, por ser un uso comercial.

2.4. *¿Consentimiento o cesión del right of publicity? El ejercicio del contenido del derecho al valor comercial de la identidad*

El contenido del *right of publicity* consiste en la facultad, reconocida en exclusiva a su titular, de utilizar con fines comerciales su identidad. Cabe

³⁸ 463 US 60, 67 (1983). En este caso, un fabricante de preservativos ponía en tela de juicio una ley federal que prohibía el envío por correo no solicitado de publicidad de anticonceptivos. El Tribunal Supremo tuvo que determinar el tipo de expresión de que se trataba.

³⁹ *Factors Inc. v. Pro Arts Inc.* 579 F2d 215, 205 USPQ 751 (2d Cir 1978) en el que se utiliza la fotografía de Elvis Presley en posters.

⁴⁰ *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal 3d 813, 160 Cal Rptr 323.

⁴¹ *Hirsch v. S C Johnson & Sons, Inc.* 90 Wis 2d 379, 280 NW 2d 129, 205 USPQ 920 (1979).

decir, por tanto, que el contenido del *right of publicity* se despliega en la facultad de exclusión, o de impedir a otros explotar comercialmente la propia identidad, facultad que se deriva de la exclusividad del titular sobre el derecho; y en la facultad de aprovechamiento: utilizar comercialmente la identidad. En este sentido, el *right of publicity*, al configurarse como un derecho de propiedad, permite ceder o transmitir estas facultades a terceros.

No obstante, el *right of publicity*, a pesar de configurarse como un derecho separado e independiente de la *privacy*, no puede separarse por completo de su conexión central con la personalidad, de manera que la cesión del *right of publicity* necesita también del consentimiento que legitime la lesión de la *privacy* para que sea posible llevar a cabo negocios jurídicos.

El *right of publicity* se define como un derecho de propiedad⁴², lo que al pensar en la transmisibilidad del derecho a terceros es de gran importancia, así como en la legitimación activa para emprender acciones, la elección del cauce legal de la reclamación, o la transmisibilidad *mortis causa* del derecho.

El *right of publicity* permite la cesión de los signos distintivos de la personalidad para fines comerciales. Pero debido a que su objeto está tan ligado a la personalidad, necesitará siempre del consentimiento en términos de *privacy* para que se pueda llevar a cabo una efectiva cesión del derecho al valor comercial, aunque se entienda que éste se incluye de forma implícita en la cesión del *right of publicity*.

3. El valor comercial de la imagen en el derecho español

No existe, con propiedad, en el ordenamiento jurídico español una protección específica de los contenidos patrimoniales de la identidad, al modo del *right of publicity* estadounidense. Sin embargo, algunas manifestaciones concretas de la identidad personal sí se encuentran específicamente recogidas en nuestro ordenamiento⁴³. El caso más típico es el de la imagen perso-

⁴² Los tribunales han sido claros. Entre otros: *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F2d 1093, 23 USPQ2d 1721, 1725 (9th Cir 1992); *Midler v. Frd Motor Co.* 849 F2d 460 (9th Cir 1988). En igual sentido se pronuncia la doctrina: NIMMER, M., op. cit., p. 203 y ss. SIMS, op. cit., p. 453. GOLDSTEIN, P. "Publicity: the new property?", *Stanford Lawyer*, n° 17, 1982, p. 8; KWALL, R.R., op. cit., p. 191. Y los *Restatements*: *Restatement (Third) of Law of Unfair Competition* § 46, comment g. y *Restatement (Second) of Torts* (1977): § 652 C, comment a.

⁴³ Por ejemplo, el nombre. La protección frente a su uso para fines comerciales además de a través de la Ley Orgánica de 1982, se lleva a cabo a través de la Ley 32/1988, de 10 de noviem-

nal. La imagen se protege jurídicamente como derecho fundamental, junto con el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar en el artículo 18.1 de la Constitución española de 1978⁴⁴. Este artículo constitucional alcanza su desarrollo legislativo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De este modo, el derecho a la propia imagen recibe sanción legal en cuanto derecho fundamental y en cuanto derecho de la personalidad.

3.1. *La protección actual del derecho a la propia imagen: La Ley Orgánica 1/1982*

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁴⁵ regula de modo específico algunos aspectos del *right of publicity*: el uso comercial de la imagen, y aunque no es éste el objeto de la ley, también el uso comercial de la voz y el nombre.

El análisis de esta norma no estaría completo sin el estudio de la jurisprudencia, que se hace imprescindible debido a las siguientes características de la ley:

Por una parte, porque la noción de *intromisión ilegítima* es el eje en torno al que gira la protección que la ley garantiza. La ley liga el nacimiento de la responsabilidad a la comisión de los actos que considera "intromisión ilegítima", y que se entienden ilícitos. La ley recoge en su artículo 7 una serie de intromisiones ilegítimas. Esta enumeración de posibles ilícitos, no es ni para

bre, de marcas. Por su parte, el actor que interpreta a un personaje acumula en su interpretación los derechos de propiedad intelectual relativos a intérpretes y ejecutantes, (recogidos en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (para los propósitos de este artículo, especialmente Título I, Libro II, arts. 105 a 113) y a la propia imagen, por lo que, en este caso, se hace preciso analizar ambas normas. Otro caso especial para el ordenamiento español es el del deportista profesional, que se encuentra previsto en el artículo 7.3 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral de los deportistas profesionales.

⁴⁴ "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

⁴⁵ En adelante, LO 1/1982.

la doctrina ⁴⁶ ni para la jurisprudencia ⁴⁷ una lista cerrada. Por ello, la jurisprudencia como intérprete de las intromisiones ilegítimas y cauce para interpretar si determinadas conductas no incluidas explícitamente en el artículo 7, pueden, sin embargo, entenderse comprendidas en él, tiene una considerable importancia en el estudio de este derecho.

Por otra parte, el ámbito de protección de la ley se delimita en función de factores variables, que será preciso valorar *ad hoc*. Ambas razones hacen que el papel del juzgador al delimitar el contenido del derecho a la imagen revista una especial importancia en la configuración y protección de los derechos de la LO 1/1982.

3.2. Sujeto del derecho a la propia imagen

El sujeto de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen es la *persona física viva*. Debido a que el ser humano es la razón de ser de los derechos de la personalidad, éstos tienen como sujeto a la persona física. Desaparecida la persona, desaparece la razón de la protección, de ahí que se especifique “viva”. Igualmente, en cuanto derechos fundamentales, tienen un carácter eminentemente personalista, si bien desde esta perspectiva no son predicables en exclusiva de la persona física.

⁴⁶ Así, GITRAMA, M., “El derecho a la propia imagen, hoy”, en vol. col. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1988, pp. 203-252, en p. 214; O'CALLAGHAN X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. EDERSA, Madrid, 1991, p. 121; ROMERO COLOMA, A. *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium, Madrid, 1985, p. 43; Díez-PICAZO, L.-M. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. I. Tecnos, Madrid, 1986, p. 361; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988, en pp. 102-103; LÓPEZ JACOISTE J. J., “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, X-XII, 1986, pp. 1059-1120, en pp. 1100-1104; SORIA, C. *Derecho a la propia imagen e interés público informativo*, en “AEDE”, n.º 2, 1986, p. 48; STORCH DE GRACIA, J. G. “Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986”, en *La Ley*, 2, 1987, p. 277.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986, citada por GITRAMA, M., *El derecho a la propia...* op. cit., en p. 214; en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1989; y Sentencia del Tribunal Constitucional 223/92, de 14 de diciembre, cit. por HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 189.

3.2.1. Sujetos especiales: persona jurídica, menores e incapacitados, sujeto fallecido

No se entrará en la discusión doctrinal acerca de la susceptibilidad de las personas jurídicas de ser sujetos de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, puesto que ni doctrinal⁴⁸ ni jurisprudencialmente⁴⁹ hay duda a la hora de entender que el derecho a la imagen no es predicable de las personas jurídicas. Puesto que el objeto del presente estudio es este último derecho, no parece necesario ahondar en la cuestión.

La LO 1/1982 dedica mayor atención a otros sujetos que presentan particularidades: los menores e incapaces⁵⁰, y el sujeto fallecido.

El artículo 3 reconoce, en primer lugar, la necesidad de que el consentimiento de menores e incapacitados a las intromisiones en sus derechos al honor, intimidad e imagen sea prestado por ellos mismos siempre que tengan una madurez suficiente⁵¹. En caso contrario, el consentimiento deberá ser otorgado por escrito por el representante legal, y ser puesto, obligatoriamente, en conocimiento previo del Ministerio Fiscal. En caso de que éste se oponga, para lo cual tiene un plazo de ocho días, decidirá el juez.

Por su parte, los artículos 4 al 6 se dirigen a delimitar la legitimación activa en los supuestos de lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de sujetos fallecidos.

La LO 1/1982 entiende que, aunque el titular haya fallecido, su memoria constituye una prolongación de la personalidad que debe también ser tutelada por el Derecho. La tutela corresponde a quien el fallecido haya designado a tal fin en su testamento, que puede ser una persona jurídica. A falta de designación, la legitimación activa recae en el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del fallecido y a falta de ellos, en el Ministerio Fiscal⁵².

⁴⁸ ROMERO COLOMA, M. A., op. cit., p. 80.

⁴⁹ Son muy pocos los casos que se han planteado acerca de la intimidad y la imagen de las personas jurídicas, y en ellos el Tribunal Constitucional ha declarado que éstos pertenecen exclusivamente a las personas físicas: STC 137/1985, de 17 de octubre, y STC 57/1994, de 28 de febrero.

⁵⁰ Es la terminología utilizada por la ley, aunque sería mejor hablar de incapacitados.

⁵¹ Vid. AZURMENDI, A., *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, p. 166.

⁵² Art. 4 LO 1/1982. Para HERRERO TEJEDOR, op. cit., pág. 286, este último punto pone de relieve la naturaleza pública de los derechos fundamentales protegidos.

La referencia en la LO 1/1982 al sujeto fallecido no considera en modo alguno los aspectos patrimoniales del derecho a la imagen. Ahora bien, ¿eso los excluye? ¿Qué consideración merecen a la ley las derivaciones patrimoniales que perviven aunque el sujeto que les dio origen haya fallecido?

La doctrina española había estudiado este tema muchos años antes de la promulgación de la Ley. En 1931, Ruiz y Tomás⁵³ proponía la distinción entre las facultades exclusivamente personales y las derivaciones patrimoniales a que puede dar lugar el derecho a la imagen, a efectos de su transmisión *mortis causa*.

En la jurisprudencia, el caso más importante en el que usa la imagen de un sujeto fallecido es el caso iniciado por Isabel Pantoja, viuda del torero "Paquirri", contra la entidad Prographic, S.A., que comercializaba unos vídeos con escenas de la vida del torero, entre otras las de su cogida y fallecimiento en la enfermería de la Plaza de Toros de Pozoblanco.

El Tribunal Constitucional⁵⁴ declara que el derecho a la imagen para el cual se demanda amparo es en realidad el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y su eventual explotación económica, protegible, según la ley 1/82 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero se trata de un derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, pues fallecido su titular, no existe ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental, aun cuando puedan pervivir sus efectos patrimoniales.

En mi opinión, está lejos todavía, en los parámetros españoles, la posibilidad de admitir un *right of publicity post mortem*. Basta pensar en los supuestos de la LO 1/1982, que hacen difícil esta interpretación. Aún son pocos los pronunciamientos judiciales en torno al derecho al valor comercial de la imagen del sujeto fallecido, y no se ha dado ningún caso en el que la cuestión fuese en realidad un caso exclusivamente de valor comercial de la imagen del fallecido

3.3. Objeto del derecho a la propia imagen

La LO 1/1982 ha sido considerada como una "ley de jueces". En el caso del objeto del derecho a la propia imagen la actuación jurisprudencial revis-

⁵³ RUIZ Y TOMÁS, P., "Ensayo sobre el derecho a la propia imagen", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XLVII, Madrid, 1931, p. 109.

⁵⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre.

te especial importancia, porque la Ley no define en qué consisten los derechos protegidos, y no determina qué se entiende por imagen en sentido jurídico. La doctrina, por su parte sí había venido elaborando este concepto, que se define como la "reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible"⁵⁵. Esto supone que no necesariamente ha de tratarse de la imagen facial, pero sí que es imprescindible la reconocibilidad del sujeto representado. La posibilidad de identificar, de que se produzca un reconocimiento sin dejar lugar a dudas, es el requisito exigido a la representación de la figura humana para constituirse en objeto tutelado por el derecho a la imagen. El soporte material teóricamente tiene una importancia secundaria, puesto que el objeto del derecho depende de la reconocibilidad y no tanto del soporte que la haga posible.

El nombre, la voz, el uso de imitadores no forman parte del derecho a la imagen. No son representación de la figura humana en forma tangible y reconocible. Y sin embargo se presentan muy ligados a la cuestión de los usos comerciales de la imagen, hasta el punto de que la ley se refiere explícitamente a los dos primeros. No obstante, todos ellos no forman parte de la imagen. Comparten con ella la capacidad de evocar en el receptor del mensaje la identidad de una persona concreta, permiten al titular perseguir su uso para fines comerciales, publicitarios o análogos, pero no son imagen.

La cuestión se traslada desde el derecho a la imagen hasta las distintas formas en que la personalidad se manifiesta de modo comunicativo y a si tales usos son ilícitos o no en nuestro ordenamiento.

Voz y nombre han sido asimilados a esta característica de la imagen, aún no el uso de imitadores o parecidos. Habría entonces que reflexionar acerca de si lo que el derecho a la propia imagen en sus aspectos patrimoniales protege es la imagen de manera estricta o los usos comerciales de la identidad personal, de los cuales la imagen es probablemente el más evocador y sustantivo, pero no el único. En este sentido, tiene un interés particular la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998⁵⁶. En su argumentación el Tribunal, tras suscribir la interpretación clásica del contenido del derecho de la Sentencia de 11 de abril de 1987, da un paso más y entiende que el derecho a la imagen no se agota en el objeto clásico de "reproducción de la figura humana de forma visible y reconocible", sino que "cabe exten-

⁵⁵ GITRAMA, M., *Voz Imagen (Derecho a la propia)*, "Enciclopedia Jurídica Seix", Barcelona, 1962, pp. 301-376, en p. 304.

⁵⁶ STS de 30 de enero de 1998.

der el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad”⁵⁷.

Será preciso aguardar a que ésta se convierta en doctrina reiterada de la Sala, pero por el momento, resulta indispensable considerar su singular importancia. Esta afirmación marca un claro cambio en la consideración del derecho en estudio. El Tribunal traspasa los límites clásicos del objeto del derecho a la propia imagen porque lo que está considerando es en realidad la utilización para fines comerciales de la identidad personal sin consentimiento del titular; en otras palabras: el *right of publicity*.

También la doctrina se ha ido manifestando partidaria de esta tendencia⁵⁸, y el propio desarrollo de las industrias de la comunicación y el entretenimiento en nuestro país hacen probable que cada vez sean más los casos planteados con un contenido netamente patrimonial, por lo que la realidad del valor comercial de la imagen personal constituye un reto para nuestro sistema jurídico al que los tribunales no pueden sustraerse.

3.4. Contenido y límites del derecho a la propia imagen

El contenido del derecho a la imagen no aparece definido en la Ley Orgánica 1/1982. Éste será preciso deducirlo o reconstruirlo a partir de los tipos señalados como intromisiones ilegítimas en el artículo 7. Por su parte, la doctrina, con Gitrama a la cabeza, había señalado ya cuál era el contenido de este derecho. La aproximación al contenido del derecho a la propia imagen se llevará a cabo a través de los supuestos recogidos en la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

⁵⁷ STS de 30 de enero de 1998.

⁵⁸ IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajenos* Tecnos, Madrid, 1991; y “Comentario a la sentencia de 28 de octubre de 1986, del Tribunal Supremo español”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº12, 1986; AMAT, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992; YSAS SOLANES, M., “La protección de la memoria del fallecido en la Ley Orgánica 1/82” en vol. col. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyisolo*. Junta de decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1988, pp. 793 y ss., en pp. 804-805; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad”, en vol. col. *Problemas actuales del derecho de la publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, p. 47; HERRERO TEJEDOR, F., op. cit., p. 61.

3.4.1. Contenido del derecho de imagen en la ley

El contenido del derecho a la propia imagen aparece recogido en los apartados 5 y 6 del artículo 7 y en los números 1 y 2 del mismo artículo, aunque de modo secundario, pues éstos se dirigen más a proteger la intimidad.

Así, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2” (Artículo 7.5).

De este modo, se recoge la protección del derecho a la imagen con gran amplitud. No se contempla el aspecto positivo de este derecho (reproducir y publicar la imagen), sino el aspecto negativo o facultad de exclusión, cuyos aspectos integrantes serán, según este precepto, la captación u obtención de la misma, la reproducción y la publicación. El titular puede exigir de los otros que se abstengan de captar, reproducir o publicar su imagen “por cualquier procedimiento”, lo cual teniendo en cuenta la rapidez con que han avanzado las posibilidades técnicas para ello, constituye una acertada previsión de futuro por parte del legislador.

Por su parte, son también intromisiones ilegítimas “la utilización del nombre, de la voz o de imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, como sostiene el apartado 6 del artículo 7 de la LO 1/1982. En principio, parece que este apartado, a la luz del anterior, resulta innecesario, pues los casos a los que se refiere estarían incluidos en el apartado anterior.

El contenido positivo del derecho a la imagen, la facultad de aprovechamiento de este derecho, no aparece contemplada de forma directa. Esto plantea algunas cuestiones: El hecho de que no se contemple directamente la facultad de aprovechamiento del derecho a la propia imagen ha privado a esta facultad de un desarrollo legal más acorde con sus características propias, ya que no se articula ningún cauce para el desarrollo de la facultad de aprovechamiento.

La otra novedad del 7.6 es la inclusión del nombre y la voz como parte del objeto protegido. Y aquí aparece otro punto destacable. Porque la inclusión de ambos parece remitir a la idea del *right of publicity* estadounidense, con la noción de identidad personal como base de la protección, y no sólo la de imagen. Sin embargo, ni el 7.6 desarrolla un derecho patrimonial al estilo del

right of publicity estadounidense, ni es posible hablar de protección de la identidad en la norma española.

3.4.2. *El consentimiento como ejercicio del contenido del derecho*

El consentimiento actúa como un límite más al ámbito de aplicación de la ley, administrado por su titular. Es necesario poner el consentimiento en relación con el contenido del derecho de imagen, puesto que el consentimiento es además, el único cauce por el cual el titular puede administrar y llevar a cabo los derechos que la ley reconoce.

Si se otorga el correspondiente consentimiento, éste sólo supone que el titular no se opone al uso llevado a cabo. Pero el consentimiento no implica siquiera la cesión de facultades del derecho. Esto no quiere decir que la ley prohíba esta cesión de facultades, o que prohíba otras formas de contratación, sólo se trata de que cualquier ampliación del consentimiento que vaya más allá del mero consentir el uso quedaría al margen de lo previsto por la ley.

Es evidente que la principal consecuencia de ello es la inseguridad en que la otra parte queda sumida. Pero a este aspecto hay que añadir que ese consentimiento, es revocable en cualquier momento. El consentimiento además, no supone cesión de derecho o facultad alguna. El principal problema al que se enfrentan las partes, sobre todo quien quiere utilizar el valor comercial de la imagen de otra persona, es a la revocabilidad del consentimiento. En este punto, cuando las partes han acordado una cesión de facultades es en el que se hace más difícil sostener la revocabilidad⁵⁹. Igualmente Estrada Alonso⁶⁰ y Royo Jara⁶¹ se oponen a la revocación del consentimiento si éste ha sido contractual.

Por su parte, los tribunales, al abordar el consentimiento, han sostenido que es necesario el consentimiento explícito de cada una de las facultades

⁵⁹ Este problema lo señala ya Gitrama en su artículo de 1962. Entiende este autor que aun tratándose de un derecho de la personalidad la revocabilidad no puede predicarse del consentimiento del derecho a la imagen de una manera absoluta. GITRAMA, M., *Voz Imagen*, op. cit., p. 342.

⁶⁰ ESTRADA ALONSO, E., op. cit., p. 75.

⁶¹ ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según la ley de 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987, p. 77.

cedidas⁶², sin que del otorgado para una (captar) sea deducible el necesario para las otras facultades (publicar, reproducir)⁶³. El consentimiento es teóricamente revocable en cualquier momento, y deberá dirigirse al beneficiario de tal, no a terceros ajenos a él, y en ningún caso tendrá efectos retroactivos⁶⁴. Sin embargo, el otorgado en la cesión de las facultades de ejercicio positivo del derecho a la propia imagen probablemente se encontrará con mayores problemas para ser admitido que el que se plantee en casos de simple reserva de la facultad de exclusión. Por lo que respecta a los usos posteriores de la imagen cuando se otorgó consentimiento sin plazo de caducidad, si bien se han dado los casos comentados, considero que la diferencia puede depender en muchos casos del uso comercial o informativo dado a la imagen.

3.4.3. Contenido del derecho de imagen en la doctrina

La doctrina⁶⁵ señala que la facultad central del derecho a la propia imagen es la facultad de exclusión. Con ello se refiere a la capacidad del titular de impedir la reproducción, exposición, publicación, o puesta en comercio de su retrato si no se ha entregado para ello el oportuno consentimiento.

Pero junto a este primer poder de exclusión, se advierte que ello no significa que este derecho tenga un contenido únicamente negativo, como capacidad para oponerse a la publicación de la imagen e impedirla. Al afirmar que nadie puede utilizar de cierta manera el propio retrato sin el correspondiente consentimiento, se está afirmando implícitamente que se tiene el derecho exclusivo de utilizar el propio retrato de esa manera concreta. Este es el contenido positivo del derecho a la propia imagen, que se traduce en la facultad, exclusiva del titular, de reproducir, exponer, publicar la imagen y comerciar con ella.

⁶² Como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STS de 3 de noviembre de 1988.

⁶³ Vid. STS de 29 de marzo de 1996, en la que una modelo otorgó el consentimiento para que se captase su imagen (de hecho, fue un encargo a un fotógrafo), que posteriormente fue utilizada para fines comerciales sin su consentimiento.

⁶⁴ Vid. STS de 16 de junio de 1990.

⁶⁵ GITRAMA, M., *Voz Imagen...* op. cit., p. 338; O'CALLAGHAN, X., op. cit., p. 116, y *Compendio de derecho civil, t. I, parte general*, EDERSA, Madrid, 1986, p. 191; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, parte general del derecho civil*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 76; ROYO JARA, op. cit., p. 81; ESTRADA ALONSO, E., "El derecho a la imagen", *Actualidad Civil*, 1990 vol. 2, pp. 347-376 (I y II), en p. 368.

El consentimiento se configura como el cauce por el que la ley articula el contenido de los derechos protegidos. Porque por una parte, el consentimiento deja en suspenso el derecho de exclusión del titular, ya que supone permitir que no sea solo él, en exclusiva, quien utilice su imagen, –por tanto, “no oponerse”– y por otro lado, se confiere a la otra parte un poder de aprovechamiento que permite transferir el ejercicio de las facultades positivas, de “explotación”, que comprende este derecho. Por estas razones, el consentimiento adquiere una importancia fundamental en el contenido del derecho a la propia imagen.

3.4.4. *Contenido del derecho a la imagen en la jurisprudencia*

La jurisprudencia ha aportado doctrina interesante por lo que respecta al contenido del derecho a la imagen, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional.

La noción jurisprudencial del derecho a la propia imagen en el Tribunal Supremo arranca de la Sentencia de 11 de abril de 1987 en los siguientes términos:

Imagen es la figura, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan habrá de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad⁶⁶.

La misma noción de derecho a la imagen se va a repetir en sentencias posteriores⁶⁷, aunque en algunos casos con ciertos matices.

El Tribunal Constitucional entiende el derecho a la propia imagen en cuanto derecho fundamental, susceptible de amparo, recogido en el artículo

⁶⁶ STS de 11 de abril de 1987.

⁶⁷ Es la doctrina que recogen también las sentencias de 29 de marzo de 1988, 9 de mayo de 1988; STS de 9 de febrero de 1989; STS de 13 de noviembre de 1989; STS de 19 de octubre de 1992; y STS de 3 de octubre de 1996; STS de 30 de enero de 1998.

18.1 de la Constitución, como un derecho conectado directamente con el derecho a la intimidad, e incluso dependiente de éste. Parece que el derecho a la imagen tiene dimensión constitucional en la medida en que se puede subsumir en el derecho a la intimidad, de manera que todas las otras dimensiones de este derecho, es decir, las que no tienen que ver con la facultad de exclusión, que es la facultad que comparte con el derecho a la intimidad, carecen de dimensión constitucional. El Tribunal Constitucional no deja de reconocer la facultad de aprovechamiento de este derecho (susceptible de generar un contenido patrimonial) pero la excluye de la protección constitucional⁶⁸.

La jurisprudencia constitucional parece sugerir que el derecho a la imagen reconocido en el artículo 18.1 se limita a la facultad de exclusión de este derecho, esto es, la capacidad de exigir a otros que no capten, reproduzcan difundan o utilicen la propia imagen, y esto además, en la medida en que por ello se puede ver lesionado el derecho a la intimidad, por lo que la imagen parece tener para el constitucional valor en cuanto medio para lesionar el derecho a la intimidad, no tanto como derecho independiente.

3.4.5. Límites al derecho a la propia imagen

Los principales límites que marca la LO 1/1982 en su artículo 8 al derecho a la propia imagen hacen referencia al derecho a la información.

El derecho a la propia imagen encuentra su protección limitada de forma específica en una serie de supuestos que lo ponen en contacto con el derecho a la libertad de información de manera que se hace patente la tensión entre los derechos de los artículos 18.1 y 20 de la Constitución. El apartado 2 del artículo 8 se dirige expresamente a limitar el derecho a la propia imagen frente al derecho a la información.

La conclusión que se desprende del estudio de los artículos 7.5 y 8.2 apunta a que el derecho a la información, en los casos previstos por el artículo 8.2, prevalece sobre el derecho a la imagen, que el primero supondrá un límite al ejercicio del segundo.

⁶⁸ Esta noción de entender que la dimensión constitucional del derecho de imagen no abarca lo que respecta a la facultad de aprovechamiento, es reiterada y aparece en las Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988; STC 99/1994 y STC 117/1994.

Por tanto, al hablar de límites al ejercicio del derecho a la propia imagen, tal como lo recoge la LO 1/1982 el paso imprescindible será establecer una primera delimitación o prueba acerca de si el uso determinado está dentro de la categoría de “publicitario, comercial o análogo”.

La ley no determina en qué consisten estos usos. Tampoco para la doctrina ha sido éste un asunto al que se prestara suficiente importancia. En igual sentido, la jurisprudencia no ha aportado ninguna elaboración teórica que permita establecer las diferencias en cuanto a tipos de uso, al estilo de la apuntada al estudiar el *right of publicity*.

4. Conclusiones

En España la regulación del derecho a la propia imagen es el principal cauce por el que se articula la protección del valor comercial de la identidad, ya que no existe un derecho sobre este valor como tal. El derecho a la propia imagen se incluye en una doble categoría conceptual: los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad. Junto a su adscripción a ambas categorías jurídicas, el desarrollo legislativo de este derecho se encuentra en la LO 1/1982, unido a los derechos al honor y a la intimidad.

La jurisprudencia desempeña un papel fundamental y se convierte en una herramienta imprescindible, puesto que por la propia naturaleza de los derechos protegidos, y el ámbito de protección fijado por la ley, ambos variables y flexibles, el estudio de la norma positiva sólo alcanza, necesariamente, una parte de la realidad, por lo que ha de complementarse con el de su aplicación por los tribunales. Su desarrollo en la jurisprudencia es imprescindible para poder apreciar el contenido del derecho, el objeto de protección, en lo que la ley no determina. En este aspecto cabría fijar un cierto paralelismo en la forma de proteger estos derechos entre Estados Unidos y España. El papel de la jurisprudencia es central en el caso de los derechos de la LO 1/1982.

El consentimiento se entiende revocable en cualquier momento, aunque hayan de indemnizarse en su caso los daños y perjuicios causados. Sin embargo, este precepto –cuya presencia en la ley parece justificarse como un refuerzo a la interpretación restrictiva y cautelosa del consentimiento– parece volverse menos absoluto cuando se llega a su aplicación jurisprudencial. Los tribunales parecen partidarios de mantener la revocabilidad absoluta del consentimiento –que deberá dirigirse a la persona beneficiaria de la autorización y nunca con efectos retroactivos– cuando el consentimiento se plantea como

una excepción a la facultad de exclusión, pero se resisten a él y tienden a hacer prevalecer lo pactado cuando se trata de la revocación intempestiva de un consentimiento para fines comerciales. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado repetidamente su opinión de que los aspectos patrimoniales de la identidad no forman parte del contenido esencial del derecho a la propia imagen en cuanto derecho fundamental y ha preferido reconducir la revocación del consentimiento a la jurisdicción ordinaria.

El contenido del derecho a la imagen se centra en la facultad que comparte con los otros derechos de la LO 1/1982: la facultad de exclusión. Una de las principales consecuencias que tiene la regulación conjunta de los tres derechos es que se han primado los aspectos comunes sobre los aspectos particulares. El resultado ha sido que la noción de intromisión ilegítima se dirige a reputar ilícitos los comportamientos que lesionan tal facultad de exclusión, a reprimir la intromisión, como si continuase pensando en el ámbito que cada cual tiene reservado para sí al margen de las miradas o actuaciones de los otros. La noción misma de intromisión tiene que ver con la idea del "ubi moral". Pero en el contenido del derecho a la propia imagen existe también la facultad de aprovechamiento y ésta no ha sido contemplada por el legislador. El titular puede evitar que otros lleven a cabo una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, o puede consentir en ella. Pero no se ha articulado legalmente el desarrollo de la facultad de aprovechamiento del derecho a la propia imagen.

Por tanto, el desarrollo legal de la facultad de aprovechamiento del derecho a la propia imagen no se ha producido y ello ha impedido la existencia de un cauce legal apropiado para las manifestaciones patrimoniales de la imagen, en primer lugar, y de otros rasgos de la identidad por extensión.

La principal aportación del *right of publicity* consiste en que este derecho permite el desarrollo de negocios jurídicos cuyo objeto es la identidad personal en sus aspectos patrimoniales. Al tratarse de un derecho de propiedad sobre la identidad, ofrece una mayor seguridad jurídica a las partes a la hora de llevar a cabo negocios en los que el uso de ésta es la causa del contrato o pacto entre las partes. En cuanto derecho de propiedad (sobre un bien inmaterial) su titularidad es transmisible y en ese sentido, separable del sujeto.

El conocimiento de la regulación estadounidense del *right of publicity* permite sostener que parece más ajustado a la naturaleza del derecho en cuestión su consideración como un derecho de la personalidad con facultades morales y facultades patrimoniales —o con un contenido negativo, en cuanto facultad de exclusión y un contenido positivo: la facultad de aprovechamiento—, que entender que se trata de un derecho de propiedad indepen-

diente por completo de los aspectos personales, al modo del *right of publicity*, puesto que éste no parece poder resolver la tensión que se produce al contemplar los aspectos morales separadamente y con independencia de los patrimoniales.

Sin embargo, al derecho español le sería beneficioso avanzar en la regulación de la facultad de aprovechamiento del derecho como una facultad patrimonial y en este sentido, las posibilidades recogidas por el *right of publicity* constituyen un interesante punto de partida para el legislador y los tribunales.

Nota: este artículo se basa en la tesis doctoral de la autora, que ha recibido el premio extraordinario de doctorado en la Universidad de Navarra y el primer accésit a los premios de investigación en comunicación de masas del Centro de Investigación de la Comunicación.

Bibliografía citada

- IGARTUA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- AMAT, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.
- AZURMENDI, A., *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.-M., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. I., Tecnos, Madrid, 1986.
- EDER, R. "When imitation is not the sincerest form of flattery: the search for a standard for performers' rights". *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, nº 37, abril 1990.
- ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, Civitas, Madrid, 1988.
- ESTRADA ALONSO, E., "El derecho a la imagen", *Actualidad Civil*, 1990 vol. 2, pp. 347-376 (I y II).
- FELCHER, Peter L., y RUBIN Edward L., "Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media", *The Yale Law Journal*, vol. 88, nº 8, Julio 1979, pp. 1577-1622.
- FELCHER, Peter L., y RUBIN Edward L., "The descendibility of the right of publicity: Is there commercial life after death?", *Yale Law Journal*, nº 89, 1980.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C., "La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad", en vol. col. *Problemas actuales del derecho de la publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, p. 47.
- GITRAMA, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", en vol. col. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1988, pp. 203-252.
- GITRAMA, *Voz Imagen (Derecho a la propia)*, "Enciclopedia Jurídica Seix", Barcelona, 1962, pp. 301-376.

- GORDON, H. R., "Right of property in name, likeness, personality and history", *Northwestern University Law Review*, nº 55, 1960, p. 553-613.
- HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2ª ed., Madrid, 1994.
- HOFFMAN, R. B. "The right of publicity: Heir's right, advertiser's windfall, or courts nightmare?", *De Paul Law Review*, nº 31, 1981.
- KWALL, R., "Is Independence day dawning for the right of publicity?" *UC Davis Law Review*, nº 17, 1983.
- LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, parte general del derecho civil*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990.
- LÓPEZ JACOISTE J. J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, X-XII, 1986, pp. 1059-1120.
- MCCARTHY, J. Thomas, The Spring 1995 "Horace S Magnus Lecture - The Human persona as commercial property: The right of publicity", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 19, 1994/95, p. 130.
- MCCARTHY, J. Thomas, *The rights of publicity and privacy*. Clark Boardman Callaghan, 1987.
- MCLEAN, Deekle, *Privacy and its invasion*, Praeger, Westport, 1995.
- NIMMER, Melville B., "The right of publicity", *Law & Contemporary Problems*, nº 19, 1954.
- O'CALLAGHAN X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991.
- O'CALLAGHAN, X., *Compendio de derecho civil, t. I, parte general*, EDERSA, Madrid, 1986.
- PINCKAERS, J. C. S., *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, Kluwer. The Hague, 1996.
- PROSSER, William, "The right to Privacy". *California Law review*. nº. 48, 1960, pp. 383-423.
- ROMERO COLOMA, A., *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985.
- ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según la ley de 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987.
- RUIZ Y TOMÁS, P., "Ensayo sobre el derecho a la propia imagen", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XLVII, Madrid, 1931.
- SIMS, A. B., "Right of publicity: survivability reconsidered", *49 Fordham Law Review*, nº 49, 1981.
- SORIA, C. *Derecho a la propia imagen e interés público informativo*, en "AEDE", nº 2, 1986.
- STORCH DE GRACIA, J.G., "Comentario a la STS de 28 de octubre de 1986", en *La Ley*, 2, 1987.
- TREECE, J. M., "Commercial exploitation of names, likenesses, and personal histories", *Patent Law Review*, nº 5, 1973, p. 517-552.
- YSAS SOLANES, M., "La protección de la memoria del fallecido en la Ley Orgánica 1/82" en vol. col. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de decanos de los colegios notariales de España, Madrid, 1988.

Copyright of *Comunicacion y Sociedad* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.