

14 de septiembre de 2021

DERECHO A LA IMAGEN: PELUQUERÍA IMPLICA CONSENTIMIENTO

¿Qué tipo de consentimiento es necesario otorgar para permitir el uso de la propia imagen?

Desde julio de 2014, Mirna trabajaba en una importante empresa de venta de automóviles.

Según sus propios avisos, la empresa “cuenta con más de 5.000 metros cuadrados para brindar la mejor atención y servicio a sus clientes. Tras un imponente frente, ofrecemos un *showroom* de amplias dimensiones, *lounge* con servicio de cafetería, estacionamiento exclusivo para clientes, centro de entregas de 0km y un sector integral para la venta de repuestos y accesorios originales. Nuestro espacioso taller de servicios de última generación equipado con herramientas de moderna tecnología realiza tanto servicios programados como *express*. Gran espacio confortable para realizar la compra, *accesorización* y manutención de los vehículos, para así brindar una experiencia verdaderamente superadora”.

El tono del aviso permitirá al lector darse rápida cuenta el perfil de clientes (“el *target*” para seguir usando términos en inglés) que, en busca de dicha “experiencia superadora”, eran asistidos en el lugar y del aspecto que seguramente debería tener el personal.

A tono con esa “filosofía glamorosa”, en julio de 2016 la gerencia de recursos humanos de la empresa decidió filmar un “video ins-

titucional” para pregonar a través de los medios las bondades de la empresa en cuestión.

En consecuencia, se preguntó al personal (incluyendo a Mirna) si tendrían dificultades en participar en la filmación de ese corto publicitario.

Así, el 22 de julio se produjo un interesante diálogo por correo electrónico entre Mirna y la jefa de recursos humanos, cuando se le preguntó a aquella si estaba dispuesta a participar de la filmación:

—“*Decime una cosa... ¿es con uniforme, ropa de fiesta o traje de baño? Ajajaja. Voy a ver si puedo porque soy muy tímida. Lindo viernes. Beso*”.

Ante la respuesta sobre como debía concurrir vestida, Mirna dijo:

—“*¡¡Dale!! ¡Mañana voy a la peluquería entonces! Besooo*”.

La filmación se hizo y Mirna apareció en ella por alrededor de tres segundos.

En marzo de 2017 renunció a su empleo. Entonces “advirtió que el video publicitario filmado dentro de la concesionaria era utilizado públicamente cuando ya se había extinguido su vínculo laboral” y como “esa situación le generó un perjuicio laboral, ya

que se encontraba trabajando para una marca competidora de la demandada” decidió hacer pleito. Pidió “el cese inmediato de la utilización de su imagen y la respectiva indemnización por su uso no autorizado e indebido a través de las redes sociales”.

La empresa demandada dijo que entre 2016 y 2017 su departamento de recursos humanos “convocó a empleados a realizar dos videos institucionales a los efectos de ser utilizados dentro de la empresa y publicados en redes sociales”. A tal fin “se enviaron correos electrónicos a todas las casillas de los convocados, aceptando algunos y otros no. En todo momento se les hizo saber que los videos, donde cada persona iba a aparecer menos de tres segundos, iban a ser utilizados tanto dentro como fuera de la empresa”.

Según la empresa, “la alta calidad y diseño de los videos demostraban que era de público conocimiento de todo el personal que éstos iban a ser utilizados en las redes sociales”.

Cuando se enteró de la disconformidad de Mirna, la empresa “procedió a retirar los videos de las redes sociales en forma inmediata”.

En febrero de 2021 la demanda de Mirna fue rechazada. Entonces apeló.

La Cámara¹ repitió lo de siempre: que las reglas procesales exigen que la apelación “contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la apelante considera equivocadas, [...] demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho”. Y una *crítica* no es “la mera dis-

¹ In re “A., M. c. T.A.S.A.”, CNCiv (A), 16 julio 2021; Exp. 22520/2019; *ElDial.com* 25 agosto 2021, AAC5DB

conformidad con la interpretación judicial”: “requiere fundamentar la oposición y concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado”.

En este caso, el escrito del abogado de Mirna pasó esa exigencia con serias dificultades, pero para “preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional”, la Cámara de todas maneras decidió tratar la cuestión.

¿Qué es el “derecho a la imagen”? Se trata de un derecho *personalísimo*, que permite oponerse a que otros individuos, cualquiera sea el medio empleado, capten, reproduzcan, difundan o publiquen la imagen del titular sin su consentimiento o el de la ley.

El tribunal aclaró que la imagen es “la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material”, y que todo individuo tiene derecho “a disponer de esa reproducción, autorizando o negando su publicación”.

Pero “debe tenerse en cuenta que lo que el derecho protege no es la apariencia física de la persona considerada en sí misma, sino ante el peligro de que, sin justificación, sea captada, difundida o deformada por otros, reproduciendo sin su voluntad lo que la imagen implica de presencia moral”.

En suma, “el derecho a la imagen trata sobre un objeto interior de la persona, que compone su integridad espiritual y que es innato, vitalicio y extrapatrimonial, que en caso de lesión se puede reclamar su prevención y reparación”.

La Cámara explicó que la regulación original del derecho a la imagen fue abordada por la Ley de Propiedad Intelectual, según la cual “el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin

el *consentimiento expreso* de la persona misma”.

¿Y qué debe entenderse por “retrato fotográfico”? Se trata de “la imagen personal”; esto es “en sentido amplio y realista la representación o reproducción de la figura de una persona física, cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trata, incluso aunque la semejanza no sea perfecta”.

La Cámara explicó que “si bien la normativa habla de *retrato*, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia en forma unánime se refieren al derecho a la imagen” que, si bien “no está expresamente mencionado en las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional”, se encuentra tutelado genéricamente por ella.

Además, “cuando mediante la violación del derecho a la intimidad se lesiona simultáneamente la intimidad de la persona retratada, entra en juego la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto se transgrede la inviolabilidad de la vida privada”.

En el caso, según el tribunal, era aplicable el Código Civil y Comercial que exige que “para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, *es necesario su consentimiento*”, salvo que (a) la persona participe en actos públicos; (b) exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar el daño innecesario y (c) se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”.

El tribunal hizo notar que, a diferencia de cuanto decía la Ley de Propiedad Intelectual, “ya no se hace referencia al ‘retrato fotográfico de una persona’, que ‘no puede ser puesto en el comercio sin su autorización’.

La fotografía, aun cuando quizás pueda ser la vía más usual de reproducción de la imagen personal, no es la única; en tal sentido, al aludirse ahora a la reproducción de la imagen o de la voz se involucra cualquier modo de registro (visual, auditivo o audiovisual si involucrara a ambos), que incluye grabaciones, filmaciones, retratos, caricaturas o esculturas, siempre a condición de que se permita identificar a la persona dentro de su contexto”.

Hasta allí sobre la imagen. ¿Y el consentimiento?

Para el tribunal, “tanto la captación como la ulterior reproducción de la imagen de una persona implica una afectación a su derecho personalísimo inherente a ella y el consentimiento (*que ahora no es necesario que sea expreso, lo cual habilita otros modos fehacientes de manifestación, aún virtuales o tácitos, pero siempre con los recaudos de que no sea presumido, revocable y de interpretación restrictiva*) configura la primera y principal causal de dispensa para aventar cualquier reclamo ulterior”.

“En suma”, concluyó “la ley exige el consentimiento expreso o tácito del sujeto retratado para que la conducta de captar, publicar o reproducir [su imagen] resulte lícita. El Código Civil y Comercial establece que el consentimiento no se presume y que, asimismo, es de interpretación restrictiva”.

Como el consentimiento *no se presume*, entonces, es necesario que el retratado exteriorice la declaración de su conformidad y esa manifestación “debe ser verbal, escrita o por signos inequívocos”.

Como el nuevo Código Civil y Comercial “hace alusión a captar y reproducir” [...] “el consentimiento se requiere también para la captación de la imagen de una persona o de

su voz y no sólo para su reproducción o publicación”.

Como ahora la ley no incluye la expresión ‘no puede ser puesto en el comercio’, “*toda captación de imagen, puesta o no en el comercio, requiere del consentimiento de su titular*”.

En consecuencia, *la captación de la imagen es lícita en la medida que se cuente con el consentimiento expreso o tácito de la persona o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizados*.

Aquí el tribunal introdujo una importante distinción: “la autorización para captar imágenes de una determinada persona *no implica necesariamente la autorización para reproducirlas*” pues “se trata de dos acciones diferentes que suponen consentimientos independientes”.

Entonces, como “el derecho a la imagen se encuentra protegido por la ley, la falta de autorización de parte del retratado generará la responsabilidad de quien difunda la imagen sin su debido consentimiento”, el que “no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”.

Pero según Mirna, “nunca existió un consentimiento escrito que autorizara a utilizar su imagen en la exhibición de los videos institucionales elaborados por la demandada en las redes sociales”.

También dijo que se rechazó su demanda “bajo la premisa falsa de que ella *habría prestado* consentimiento con un alcance distinto al meramente institucional”.

En opinión de Mirna, el hecho de que el video fuera “institucional” implicaba que “era perteneciente o relativo o concerniente a una institución o instituciones políticas, religiosas, sociales, etc., por lo que sólo pudo

haber sido exhibido dentro del local de la empresa”.

El tribunal pasó a revisar la decisión anterior, que se centró “en la importancia que tiene, para la procedencia de la demanda de indemnización de los daños y perjuicios fundada en el uso indebido de la imagen, la falta de consentimiento por parte de quien ve vulnerado este derecho personalísimo”.

Y coincidió en que “el reclamo no podía prosperar” pues “consideró probado el consentimiento de [Mirna] a la difusión del video institucional en el cual hizo breves apariciones”.

Para el tribunal, quedó claro que Mirna prestó de manera inequívoca su consentimiento para que las imágenes fuesen difundidas, pues “existían serios indicios” al respecto.

En efecto, “analizado el intercambio de correos electrónicos, se puede inferir el primer indicio del consentimiento prestado por [Mirna] para la realización del controvertido video”. (La ida a la peluquería parece haber sido determinante).

Además, “había vestigios de la autorización de [Mirna] en su participación en el film del que hoy reniega. En tal sentido, se puede apreciar que, al minuto 3.02 del video que ella esboza una “sonrisa”, siendo tomada en un primer plano de grabación. A su vez, al segundo 18 del video, se puede observar a [Mirna] sentada en un escritorio, frente a una computadora y dialogando por teléfono”.

“Estos no son más que signos inequívocos del consentimiento prestado por [Mirna] para su participación en los videos controvertidos”.

“En suma”, concluyeron los jueces, “del análisis de los elementos probatorios no cabe más que concluir que [Mirna] prestó su con-

sentimiento para su participación en los videos institucionales de la empresa”.

Además se detuvieron en un detalle: Mirna, en su expresión de agravios, dijo “nunca existió un consentimiento escrito”. Los jueces dijeron: “Esta cuestión resulta ser novedosa, pues en ningún pasaje del escrito de demanda ella indicó que el consentimiento debía ser *escrito*, sino que en todo momento manifestó que debía ser *expreso*. Entonces, debemos destacar que este planteo a todas luces resulta improcedente por violentar flagrantemente el principio de congruencia. *Es que el sólo hecho de no haberse introducido el planteo en la anterior instancia veda la posibilidad de que este tribunal se expida sobre el punto*”.

No obstante, agregaron, “no existe derecho positivo que disponga que el consentimiento deba ser prestado de forma *escrita*, sino, por el contrario, se admite que la autorización pueda ser de manera escrita, verbal o mediante signos inequívocos”.

Por otro lado, entendieron que “el alcance del consentimiento prestado por [Mirna] para su participación en el video en ningún momento se vio vulnerado ni alterado por ser expuesta la mentada filmación en las agencias de la empresa demandada como así también en diferentes redes sociales – en especial en su canal de You Tube”.

Como bien dijo la propia Mirna, “desde un primer momento se indicó que el video sería institucional. Al respecto, la Real Academia Española entiende por institucional a algo ‘perteneciente o relativo a instituciones políticas, religiosas, sociales, etc.’. Entonces, no cabe duda del carácter de los videos. Al ser un film institucional, que iba a ser exhibido en cada una de las agencias con las que cuenta la empresa demandada, mal puede entenderse que iba a ser de uso interno. Es que la producción filmica no se desa-

rolló tan sólo para circular entre los empleados, sino que se lo realizó para exhibir a sus clientes cómo estaba compuesta y cómo se desarrollaba la actividad empresarial en dicho establecimiento”.

“Por el hecho de ser exhibidos los videos en cada una de las agencias pertenecientes a la demandada, cuestión que se encuentra reconocida por [Mirna], la producción filmica ya ameritaba que el video no iba a ser de uso interno. A ello, se debe sumar que la exhibición de dicho video en el canal de YouTube de la demandada, no hacía más que reflejar su desarrollo empresarial al mundo virtual”.

Además, Mirna había dicho: “advertí que el video publicitario filmado dentro de la concesionaria era utilizado en las redes sociales” Para los jueces, “dicha manifestación da cuenta de que la actora sabía que los videos tenían la particular característica de ser publicitarios. Entonces, ¿cómo podía desconocer que las filmaciones iban a ser exhibidas en las redes sociales? Sumado a ello, [Mirna] no podía desconocer que este video iba a ser exhibido a través de las redes sociales, ya que de ello dan cuenta todos y cada uno de los testimonios. Resulta llamativo que todos los empleados conocían el fin del video y solo [Mirna] desconocía su alcance”.

Por lo tanto, “no cabe más que concluir que [Mirna] tenía conocimiento de que el video del cual fue partícipe sería exhibido en las diferentes agencias [de la empresa], como así también que sería difundido en sus redes sociales”.

“En suma, teniendo en consideración el intercambio por correo electrónico, las filmaciones y los testimonios brindados por los empleados, quienes también participaron de los videos institucionales” el tribunal llegó a “la convicción que [Mirna] prestó su con-

sentimiento para la realización de los videos institucionales de la empresa y su posterior difusión tanto en sus agencias como en las redes sociales pertenecientes a ella”.

Un argumento final: “Mirna manifestó que la conducta de la empresa de retirar el video de las redes sociales implicó un reconocimiento de su falta de consentimiento”. Pero el Código Civil y Comercial dispone que el consentimiento es “libremente revocable”. Entonces, cuando Mirna, durante la mediación previa al juicio, pidió que el video fuera removido, “ello implicó la revocación de su consentimiento, por lo que la conducta de la empresa fue ajustada a la ley, pues de lo contrario hubiese generado algún tipo de daño por el que hubiese estado obligada a responder.”

El fallo está bien (aunque mal redactado, muy mal puntuado y peor acentuado).

Destacamos varios aspectos: poco hay para agregar acerca de cuándo se requiere el permiso de la persona fotografiada, pues la ley es clara. Pero no era tan claro que se requirieran dos permisos: uno para “retratar” y otro para “difundir”, aun si se lo hace sin propósitos comerciales. Tampoco estaba claro que las pautas para juzgar la existencia de un consentimiento tácito podían ser amplias y laxas, como en el caso.

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta si no existe en la Argentina el equivalente a la “demanda frívola” del derecho anglosajón, que impone al abogado analizar los méritos del caso que le presenta su propio cliente. “En el caso ¿era razonable que Mirna alegara que el video le provocaba daños porque ahora trabajaba para otra concesionaria de automóviles? ¿Tanto impacto producían sus treinta segundos de fama filímica? Andy Warhol exigía por lo menos quince minutos...”

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**