

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Larraín Páez, Cristián

RESPONSABILIDAD CIVIL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN:

ANÁLISIS COMPARADO Y PROPUESTAS PARA EL DERECHO CHILENO

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 26, julio, 2016, pp. 119-185

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370846775004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

RESPONSABILIDAD CIVIL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN: ANÁLISIS COMPARADO Y PROPUESTAS PARA EL DERECHO CHILENO

RESPONSIBILITY CIVIL FOR VIOLATION THE RIGHT IMAGE: COMPARATIVE ANALYSIS AND PROPOSALS FOR THE CHILEAN LAW

*Cristián Larraín Páez**

RESUMEN**

El artículo tiene como objetivo identificar los principales problemas prácticos que se presentan en relación con el uso no autorizado de imágenes de personas y, al mismo tiempo, exponer cómo se están resolviendo en ciertos ordenamientos extranjeros, y cómo los tribunales nacionales los resuelven actualmente. Dentro de estos, la exposición se centra en determinar los límites del Derecho, para luego abordar las posibles respuestas frente a vulneraciones, centrándose en la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento injustificado.

Palabras claves: responsabilidad, imagen, daño moral, enriquecimiento sin causa.

ABSTRACT

The article aims to identify the main practical problems that arise in the relationship of unauthorized use of images of human beings, and at the

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Concepción. Dirección postal: Víctor Lamas N° 1290, Concepción. Correo electrónico: clarrain@udec.cl. Artículo recibido el 5 de agosto de 2015 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2016.

** Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación FONDECYT N° 11130393 (iniciación en investigación).

same time, to show how national and foreign Courts currently solve these problems. Among these, the exposition focuses on the determination of the Right's limits, and in the analysis of the alternatives and remedies that the Law provides in case of unauthorized use, focusing specially in liability and unjustified enrichment.

Keywords: liability, image, privacy, non-pecuniary loss, unjustified enrichment.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como consecuencia de los avances de la ciencia, las nuevas formas de vida y las necesidades sociales, es posible observar periódicamente un uso masivo de imágenes de personas, entendidas como la reproducción gráfica de su figura, o en general, de cualquier aspecto físico que permita su identificación. Esto, por medios de comunicación social, empresas de publicidad, particulares, y también por el propio Estado. Este fenómeno, común en la mayoría de los países de occidente, no siempre ha ido aparejado de una regulación que permita resolver la variedad de problemas que se pueden presentar en la práctica. Es lo que ha sucedido en nuestro país, donde se puede observar una gran proliferación del empleo de imágenes de personas, en ámbitos tan distintos como el comercio, el ocio, la información, la cultura, la educación o el deporte, sin que se haya normado por parte de la autoridad, casi ninguno de los aspectos más relevantes de la cuestión.

El presente trabajo tiene como objetivo exponer los problemas relacionados con el derecho a la propia imagen, y la responsabilidad civil, desde una perspectiva general. Se enmarca en una investigación más amplia, que se extiende también a determinados problemas específicos, que serán tratados en un trabajo sucesivo. En esta oportunidad, se expondrá y analizará, siempre teniendo presente la experiencia doctrinaria y judicial de otros ordenamientos, el reconocimiento del derecho a la imagen en el sistema chileno, sus límites (en el sentido de si se extiende o no a ciertas hipótesis que pueden parecer dudosas, como la caricatura o la imitación, entre otros), los aspectos más relevantes sobre la titularidad del derecho y, por último, las consecuencias jurídicas que se derivan de su vulneración. En ese contexto, se presentará a exponer la forma en que los tribunales chilenos han enfrentado los problemas relacionados con el derecho a la imagen cuando se han presentado demandas por responsabilidad civil, y a contrastarla con las opciones que actualmente se están presentando en ordenamientos en los que el desarrollo de esta prerrogativa es más

avanzado. De esta forma, se pretende ofrecer soluciones alternativas que sean coherentes con las características propias del derecho a la imagen y que, a su vez, sean aplicables en la práctica.

II. PRECISIÓN CONCEPTUAL

Es necesario en forma previa, realizar una precisión conceptual, con la mira de evitar equívocos: La palabra ‘imagen’, en su uso cotidiano, puede ser entendida de diferentes maneras. No es poco habitual que sea asimilada a expresiones como el honor o el prestigio. Esta práctica se puede observar, incluso, en decisiones judiciales,¹ en las cuales se demanda, condena o ambas por “daño a la imagen”, cuando en realidad el bien jurídico tutelado es la honra de la parte demandante, que hoy se suele extender a prerrogativas como el “prestigio profesional” o “comercial”. Este no es el sentido “propio” de la expresión ni aquel que se emplea en esta ocasión. Desde una perspectiva más estricta, se entiende que la imagen es la proyección gráfica de un sujeto, por cualquier medio técnico que permita su identificación. Se incluyen las fotografías (sin importar el soporte), las filmaciones en video y los retratos artísticos. En el límite quedarían las caricaturas, las imitaciones y otras figuras similares, a las cuales se hará referencia más adelante.

121

En ese orden de cosas, el *derecho a la propia imagen*, suele ser concebido como “el derecho a que nadie capte, difunda o utilice la imagen de una persona sin su consentimiento”². En otras palabras, es el que permite al sujeto determinar libremente la utilización y el destino de su representación gráfica exterior³. Sin embargo, debe tenerse presente que según diferentes perspectivas, este concepto puede verse ampliado en la medida en que se decida incorporar otros aspectos de la persona, que permitan su identificación. Como se verá en las páginas que siguen, para algunos este derecho no se agota en la simple reproducción o difusión de imágenes o

¹ Véanse entre otras, Flexinor Limitada con Asociación Gremial de Pequeños Agricultores y Comerciantes de Iquique (2007), en la que se habla de la “imagen de la empresa ante terceros; o Vega Morales con Paris Administradora Centro Ltda. (2011), en la cual se alude a la “imagen comercial” de la demandada.

² IGARTUA (1990), p. 319. Se lo suele definir también de una forma más técnica, como el que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico, lo que incluye la posibilidad de determinar la información gráfica de sus rasgos físicos que pueda ser captada o difundida y, a la vez, la de impedir la obtención, reproducción o publicación de la misma. Sentencia del Tribunal Constitucional español 156/2001, del 2 de julio de 2001, fundamento jurídico 6°.

³ AGATE (2013), p. 551.

retratos, sino que abarca, además, al nombre del sujeto, su caricatura o a su imitación, entre otras técnicas que no necesariamente reflejan de manera explícita los rasgos físicos de una persona, pero sí permiten identificarla⁴.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IMAGEN

A diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor y a la vida privada (o intimidad), en la Constitución Política no se alude expresamente al derecho a la propia imagen. Tampoco existe una legislación especial que lo regule, de modo que los escasos recursos a los que se puede recurrir con la finalidad de construir principios y soluciones que resuelvan sus principales problemas, son la jurisprudencia, las opiniones de la doctrina autorizada y los ordenamientos extranjeros. Respecto a este último, cabe señalar que el derecho a la imagen ha recibido una atención variable si se comparan países con una tradición similar, pasando por algunos en los que se le ha regulado en forma relativamente acabada, a otros en los que no se le ha incorporado en el ámbito constitucional ni legislativo, casos en los cuales la jurisprudencia ha contribuido a llenar ese vacío. En ese orden, y con el objetivo de contrastar luego las soluciones a que se ha llegado en diferentes ordenamientos, con el estado actual en Chile, se expondrá el panorama general del reconocimiento del derecho a la imagen en sistemas con tradiciones similares al nuestro (como Francia, Italia y España), y en otros que son llamativamente útiles para buscar resultados aplicables al Derecho chileno: El inglés, porque en él se ha debido enfrentar a un vacío normativo parecido al nuestro, y el de Estados Unidos, a la inversa, por ser quizá el cual en que más se ha desarrollado el derecho a la imagen, sobre todo en materia de uso publicitario.

1. Ordenamientos extranjeros

Como se señaló, el derecho a la imagen se encuentra consagrado legalmente en algunos ordenamientos extranjeros, entre los cuales destaca el caso español y el italiano⁵. En ambos se lo ha incluido en leyes especiales

⁴ Al punto, que en otros ordenamientos se ha discutido si el derecho a la imagen debiera ser “absorbido” por el “derecho a la identidad personal”. Véase AGATE (2013), p. 553.

⁵ En el ordenamiento español, cuenta con consagración constitucional (art. 18) y regulación legal (en la ley orgánica 1/82); en el ordenamiento italiano, se incluye en el art. 10 del *Código Civil*. Se pueden citar, además, otros países en los que ha sido contemplado como, por ejemplo, Argentina, donde está consagrado en el art. 53 del recién promulgado *Código Civil* (antes de su inclusión, tenía una protección legal más escueta, en el art. 31 de la ley 11.723, sobre propiedad intelectual); Perú, donde se incluye en el art. 2° número 7

o en codificaciones⁶, desde las cuales la jurisprudencia ha ido resolviendo paulatinamente los diversos problemas que la práctica ha presentado (y a los que se hará referencia más adelante, cuando se aborden problemas puntuales). En otros, la situación es inicialmente similar a la nuestra (no hay norma expresa), con la diferencia de que en algunos existe un desarrollo jurisprudencial más extenso y sofisticado. Esta realidad es compartida, entre otros, por el ordenamiento francés, el estadounidense y el inglés, pero con notables matices entre uno y otro.

En Francia, inicialmente no se consideró a los derechos de la personalidad en el *Código Civil*. Esta situación derivó en que el derecho a la imagen fuese una creación jurisprudencial, que lo configuraba como un bien patrimonial de la persona y, en consecuencia, protegía a través del derecho de propiedad⁷. Luego, tras la modificación al *Código Civil* del año 1970 (que incluyó expresamente la protección del derecho a la vida privada en el art. 9)⁸, los tribunales procedieron a considerar el derecho a la imagen como parte del derecho a la intimidad, para más tarde –a partir de una sentencia del año 2001⁹– considerarlo un derecho autónomo y distinto al derecho a la intimidad. Esto permitió que se resolviesen, a favor del demandante, hipótesis de utilización no autorizada de imágenes que no vulneraban su privacidad. Esta situación se mantiene hasta ahora, cuyos aspectos específicos destacables, se expondrán más adelante.

En Estados Unidos también es una creación jurisprudencial gestada al alero del derecho a la privacidad. A comienzos del siglo XX, luego de la publicación de un renombrado trabajo académico que abogaba por la

de la Constitución; Bolivia, cuya Constitución lo incorpora en el art. 21.2 y, entre otros, Brasil (art. 5.X de su Constitución), Portugal (art. 26.1 de su Constitución) y Ecuador (art. 66.18 de su Constitución). En las declaraciones y tratados internacionales sobre la materia no se le suele incluir, quedando algo “relegado” frente al derecho al honor y a la intimidad (fenómeno que puede constatarse en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros).

⁶ Véase n. 5.

⁷ HASSLER (2014), p. 2; SAINT PAU (2013), pp. 750-751. Históricamente, el derecho a la imagen obtuvo protección jurisprudencial antes que el derecho a la intimidad, BERTRAND (1999), p. 2.

⁸ Cuyo texto dispone: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*”. El derecho a la intimidad era protegido antes de la modificación al *Código Civil*, pero por otras vías (principalmente, a través de legislación relativa a la libertad de prensa).

⁹ MARTRON (2011), pp. 163-164.

protección de la vida privada de los ciudadanos de ese país¹⁰, los tribunales de Estados Unidos consolidaron (más bien *crearon*) una prerrogativa que denominaron *Privacy*, configurándose un *tort*¹¹ que resguarda la facultad de toda persona de determinar qué aspectos de su vida privada se pueden exponer al público y cuáles no¹². Décadas más tarde, William Prosser expuso que no se trataba de un solo *tort*, sino que de cuatro, que consisten en distintas formas de interferencia con el derecho de la persona a controlar su vida privada en forma autónoma e independiente¹³. Estos serían:

- la intromisión en aspectos íntimos de la vida de una persona;
- la difusión pública de hechos privados y bochornosos de una persona;
- la vinculación de una persona a hechos (o conductas) falsos o – siendo verdaderos – con los cuales no tiene ninguna vinculación¹⁴
- y el uso del nombre o imagen de una persona, para el beneficio o ventaja del usurpador.

El derecho a la imagen como ha sido descrito en esta oportunidad, se encuadraría en esta última hipótesis, que la jurisprudencia estadounidense ha invocado para protegerlo¹⁵. Sin embargo, esta construcción implicaba un inconveniente para las personas “públicas” o “famosas”, ya que se entendía que estas precisamente lo que no buscaban era privacidad, sino que exposición pública. Por un lado, veían restringido su acceso a la *Privacy*, pero, por el otro, tampoco deseaban que sus imágenes o nombres fuesen utilizados sin su autorización¹⁶, sobre todo en materia de publi-

¹⁰ WARREN y BRANDEIS (1890), pp. 193-220. En su trabajo, los autores logran demostrar que hay una serie de hipótesis que ameritan protección por parte de los tribunales, que no son vinculables con la propiedad ni la integridad física. A su juicio, una de las principales es la alteración emocional que genera la invasión de terceros en material tanto sensible como privado de las personas, sin su autorización, proponiendo la concesión de una indemnización, sin la necesidad de acreditar perjuicios (p. 219).

¹¹ Atendida la dificultad conceptual que implica una traducción literal de la expresión *tort*, para estos efectos se puede considerar como un mecanismo equivalente en nuestro sistema a una “vía de acción” que emana de un hecho ilícito que ocasiona daños (no es el daño propiamente tal, ni tampoco la indemnización –cuyo equivalente sería *damages*), véase CANE (1997), p. 4 y ss.

¹² Que se resumiría en lo que denominan “the right to be let alone”.

¹³ PROSSER (1960), p. 389 y ss. Véase sección 652A del Restatement of The Law second, Torts 2d (a cargo del American Law Institute), que recoge lo planteado por el autor.

¹⁴ No necesariamente difamatorios, PROSSER (1960), p. 400.

¹⁵ En esa oportunidad, William Prosser expuso que el derecho tenía tanto de patrimonial como de emocional, señalando que los intereses que protege eran relativos a la propiedad del sujeto, y a su aspecto emocional, PROSSER (1960), p. 405.

¹⁶ NIMMER (1954), p. 204. A ese inconveniente se sumaba que había Estados en los que la publicación de la imagen debía ser ofensiva para que se pudiese recurrir al *tort* de *Privacy*, lo que dejaba los supuestos de imágenes no deshonrosas sin acción, NIMMER (1954), p. 207.

dad. Esta circunstancia contribuyó a la creación de un nuevo derecho, denominado *Right of Publicity*, destinado principalmente a proteger a las “celebridades” frente al uso de su nombre o imagen con fines publicitarios¹⁷. Este último derecho contaría en la actualidad con protección en al menos veinticinco estados de la Unión¹⁸, y su ámbito de protección se extendería a las personas “famosas” y a los particulares¹⁹. De esta forma, el derecho a la imagen ha obtenido una suerte de protección diluida al alero de la *Privacy* cuando se trata de sujetos “no famosos”²⁰, y autónoma bajo el *Right of Publicity* cuando se trata de personas célebres (siempre y cuando su imagen se emplee con fines publicitarios).

En el Derecho inglés, por otro lado, la protección ha sido notablemente más reducida. En primer orden, se debe advertir que en dicho ordenamiento no existe un *tort* específico que proteja el derecho a la vida privada²¹, y como el derecho a la imagen suele gestarse o consolidarse al alero del derecho a la intimidad, la ausencia de una protección expresa a esta prerrogativa, históricamente influyó en que no se hubiese considerado el derecho a la imagen tampoco. Ahora, esta realidad, que se plasmaba en que el derecho a la intimidad era protegido por vías alternativas, y en forma muy restringida²², ha venido sufriendo cambios paulatinos durante estas últimas dos décadas, incididos principalmente por la entrada en vigencia de la *Human Rights Act*²³ (que incorporó al ordenamiento inglés los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos), que en su art. 8º incluye el respeto a la vida privada²⁴. Este cambio no se ha

¹⁷ A diferencia de la *Privacy*, este sería un derecho exclusivamente patrimonial, casi análogo al derecho de propiedad, NIMMER (1954), p. 216. Para una ilustrativa exposición de los principales aspectos del *Right of Publicity* en Estados Unidos, véase DE LA MAZA (2007), p. 182 y ss.

¹⁸ MCCARTHY (1994-1995), p. 128. Ha sido incluido, además, en el párrafo 46 del Restatement of Unfair Competition, a cargo del American Law Institute.

¹⁹ Entre otros CZARNOA (2012), p. 482; MCCARTHY (1994-1995), p. 134. Sin embargo, como la imagen de un sujeto “no famoso” no tendría un valor transable en el mercado, se ha observado que la extensión tendría una relevancia meramente académica, HALPERN (1995), p. 854.

²⁰ En todo caso, debe tenerse presente que la protección queda vinculada a la privacidad.

²¹ BLACK (2011), p. 60 y ss. Para un resumen de los argumentos recurrentes que se oponen a la idea de acoger un *tort* que ampare ese derecho, véase MARKESINIS (2004), p. 183 y ss y APLIN (2007), p. 161 y ss.

²² Se recurría, por ejemplo, al derecho de propiedad. Este impedía que un sujeto invadiese propiedad privada para tomar fotografías, pero no era suficiente cuando estas se tomaban desde el aire.

²³ Del año 1998 (entró en vigencia el año 2000).

²⁴ “Right to respect for private and family life: 1.- Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2.- There shall be no

traducido en que se haya gestado una acción específica (*tort*) que se pueda ejercer para proteger el derecho a la intimidad²⁵, pero sí ha contribuido a que la interpretación de normas y principios que rigen instituciones similares, sea más amplia, y a que por esa vía se haya ido ampliando el espectro de aplicación de otras acciones específicas que originalmente no estaban concebidas con ese objetivo. En ese contexto, el *tort* que se ha empleado como vehículo para obtener indemnizaciones de perjuicios por invasiones a la privacidad se denomina *breach of confidence*²⁶, y sería una especie de acción por violación de secretos. Si se observa la terminología, no es difícil advertir que se trata de una acción destinada a resolver hipótesis bastante más restringidas que una simple vulneración de la vida privada de un sujeto. En sus inicios se aplicó restrictivamente²⁷, hasta que la implementación de la *Human Rights Act* influyó de forma sustantiva en que se flexibilizasen los criterios iniciales que se exigían para dicho *tort*, hasta llegar a un punto en que se invocase –con éxito– para proteger la vida privada de los ciudadanos en sentido amplio, y no solo información calificable como “secreta” (que, a su vez, debía haber sido comunicada a un tercero con ese carácter)²⁸. La evolución posterior de esta acción ha permitido que, ocasionalmente, se proteja el derecho a la imagen por la vía de extender lo que se consideraría “información privada” de un sujeto²⁹. Esto, al amparo de un *tort* híbrido, denominado *misuse of private*

interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. En un inicio se discutió el problema de la eventual ineficacia de la Ley entre particulares, ya que en principio los derechos contenidos en ella eran teóricamente concebidos para los particulares frente al Estado, discutiéndose una eventual efecto “directo” u “horizontal”. En la actualidad, esa discusión estaría superada, BLACK (2011), p. 63.

²⁵ GILIKER (2014), p. 171.

²⁶ Véanse entre otros BLACK (2011), p. 63 y ss. y GILIKER (2014), p. 171 y ss.

²⁷ La interpretación “clásica” de los tribunales requería que se tratase de información confidencial, revelada en un contexto en el que existía un deber de reserva entre las partes, y por último, que hubiese sido difundida sin autorización, GILIKER (2014), pp. 174-175.

²⁸ GILIKER (2014), p. 179.

²⁹ La evolución se ha producido respecto al contenido del derecho a la privacidad, que en un principio se restringía a proteger información o imágenes que no estaban disponibles al público, para extenderse luego a información que sin ser formal y objetivamente privada, por su contenido era posible que el sujeto tuviese una expectativa razonable de mantenerla fuera de los ojos del público, siempre y cuando la invasión hubiese sido *seria*, BLACK (2011), pp. 64-65. Un ejemplo de este cambio es el caso *Douglas v. Hello! Ltd.*, que consistió en la demanda entablada por la pareja de actores compuesta por Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones y la revista inglesa *OK!*, en contra de la revista sensacionalista *Hello!*, por la

information, que es más amplio que el anterior y protege la integridad y dignidad personal³⁰. Sin embargo, actualmente la jurisprudencia inglesa sigue sin reconocer expresamente un derecho a la imagen independiente, incluso en supuestos de uso comercial no autorizado³¹. En ese orden, puede afirmarse que, de los mencionados, el Derecho inglés es el que concede una protección más escueta al derecho a la imagen.

2. Derecho chileno

Como se señaló, en Chile el derecho a la imagen no está considerado expresamente en la Norma Fundamental, ni regulado en leyes especiales (situación similar a lo que sucede en Francia, Inglaterra y Estados Unidos, por ejemplo). La Constitución, que viene a ser la única referencia general y el marco teórico en el que se encuadra la regulación de los derechos de la personalidad que comparten la calidad de derechos fundamentales a la vez (tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la honra, a

publicación no autorizada de fotografías captadas subrepticamente en la celebración de su matrimonio. Los demandantes habían acordado con una revista de la competencia (*OK!*), la exclusividad de las imágenes de la fiesta, a cambio de una respetable suma de dinero. En los hechos, un fotógrafo no autorizado logró captar imágenes de la pareja y los invitados, las cuales fueron publicadas en la revista demandada. Tras varias instancias, Corte de Apelaciones inglesa (división civil) concedió una indemnización relativamente baja –considerando los montos involucrados– para la pareja por las “alteraciones emocionales” (daño moral) que les causó el *tort* de *breach of confidence*, y rechazó una pretensión por enriquecimiento injustificado, porque ellos ya se habían lucrado con la comercialización de las fotografías, al cedérsela a la primera revista (véase *Douglas & Ors v Hello Ltd. & Ors* [2005], disponible en www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/595.html#para237 [fecha de consulta: 16 de abril de 2015]. Y, por otro lado, luego la Cámara de los Lores acogió la acción de *breach of confidence* interpuesta por la revista *OK!*, confirmando una indemnización equivalente a la suma de dinero originalmente pagada a la pareja, por la exclusividad (véase *Douglas & Ors v. Hello! Ltd & Ors* [2007] disponible en www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/21.html [fecha de consulta: 16 de abril de 2015].

³⁰ GILIKER (2014), p. 186.

³¹ WITZLEB (2009), p. 339. Recientemente, la Corte de Apelaciones inglesa (división civil) resolvió un litigio entre la cantante conocida como Rihanna, contra la cadena de venta de ropa Topshop. Esta última había impreso sin autorización una imagen de la artista en parte de la ropa de una determinada colección. La imagen se había extraído de un video musical, y el principal reclamo de la demandante se resumía en que se había utilizado su imagen sin su permiso, circunstancia que contribuía a crear una falsa percepción en los consumidores, que la asociarían a esa marca. Si bien se acogió la demanda, la sentencia no se fundó en la protección de la imagen de la cantante, sino que en el uso no autorizado de una supuesta marca, que produce confusión en los consumidores (el *tort* se denomina *passing off*, véase *Fenty & Ors v. Arcadia & Anr* [2015], disponible en www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/fenty-v-arcadia310713.pdf [fecha de consulta: 16 de abril de 2015].

la vida privada, entre otros), no contempla en forma expresa el derecho a la propia imagen. En la legislación especial, es posible encontrar solo algunos supuestos aislado. Uno se encuentra en materia de Derecho Laboral, donde en los arts. 145 I y 152 bis F del *Código del Trabajo* se ha establecido que los empleadores requerirán autorización expresa para utilizar y explotar la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos y de los deportistas, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios. Y otro en el *Código Penal*, donde discutiblemente se podría hablar de protección del derecho a la imagen, porque el bien jurídico protegido parece ser más bien la vida privada. El art. 161 A de dicho cuerpo normativo tipifica como delito la obtención y difusión de imágenes de carácter privado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, motivo por el cual el derecho a la imagen se protegerá solo cuando se refieran a aspectos privados del sujeto³². Fuera de los casos recién señalados, no habría otras fuentes normativas que contemplen de manera expresa el derecho a la imagen.

Sin embargo, esta situación no ha impedido intentos de fundamentación que lo incluyan como un derecho “implícito” en nuestra Carta Fundamental³³, ni que la jurisprudencia haya llenado ese vacío, por la vía del recurso de protección³⁴. En la práctica, el hecho que no se haya incluido al derecho a la propia imagen en la nómina de derechos fundamentales ha generado en materia de recursos de protección, cronológicamente, dos escenarios: Primero, que en un inicio se haya negado la protección de sujetos a quienes se vulneró solo su derecho a la imagen, por no estar consagrado de forma explícita en la Constitución. Es lo que sucedió, por ejemplo, en dos decisiones relativas a jugadores de la selección chilena de fútbol, que resolvieron recursos interpuestos por el uso no autorizado de sus imágenes, por una empresa editora de un “álbum” del campeonato

³² En el sentido de considerar como bien jurídico protegido la privacidad, se pronuncian entre otros, DÍAZ TOLOSA (2007), pp. 291-314; POLITOFF *et al.* (2005), p. 233 y MATURANA POZO (2014), p. 570. Hay quienes ven como bien jurídico protegido al derecho a la imagen, ANGUITA RAMÍREZ (2007), p. 204, lo que parece sumamente discutible.

³³ NOGUEIRA (2007), p. 260. En el mismo sentido CORRAL (2001a), p. 161; NOGUEIRA (2010), p. 164; PEÑA (2001), p. 299 y Emilio Pfeffer, quien lo considera un derecho independiente, PFEFFER (2000), p. 469. Sin pronunciarse de forma decisiva estaría Fabiola Lathrop, quien observa que, si bien el desarrollo jurisprudencial se ha centrado en los números 4 y 12 del art. 19 de la Constitución, el derecho a la imagen no tendría el reconocimiento que se merecería, LATHROP (2013), pp. 933 y 939-940.

³⁴ La doctrina suele limitarse a reconocer este fenómeno. Véanse ANGUITA RAMÍREZ (2008), p. 24; SILVA BASCUÑAN (2006), p. 188; entre otros. José Luis Cea por su parte, alude a las actas de la comisión redactora de la Constitución, para observar que el derecho a la imagen se encontraría comprendido tácitamente en el derecho a la privacidad, CEA (2012), p. 773.

mundial del año 1982. Se rechazó el primero por falta de legitimación (fue presentado por el sindicato de futbolistas profesionales)³⁵, y el segundo por no estar contemplado el derecho a la imagen expresamente en la Constitución, y porque el nombre de una persona no podría ser objeto del derecho de propiedad³⁶. Y se mantuvo esta tendencia³⁷, en una sentencia de la Corte de Santiago (1989) que implicó el rechazo a un recurso de protección interpuesto por el padre de una mujer cuya fotografía en traje de baño, había sido incluida en un periódico sensacionalista, sin autorización³⁸. Una vez más, el argumento principal fue que no se había vulnerado ningún derecho de los contemplados en la Constitución. Esta línea argumental conducía a concluir que si la publicación o difusión de la imagen de un individuo no implicaba a la vez una vulneración de su derecho a la honra o a su vida privada, no era digna de protección constitucional (al menos).

Y el segundo escenario (que se consolida en el año 1997 y se mantiene hasta la actualidad) consiste en que, superada la línea de razonamiento anterior, se acojan acciones de protección fundadas en vulneraciones del derecho a la imagen, pero –salvo excepciones– por dos vías diferentes. La primera, considerándolo una extensión del derecho a la vida privada, como lo resolvió la Corte Suprema al confirmar un fallo de la Corte de Santiago, que había acogido un recurso de protección interpuesto por una mujer cuya fotografía en traje de baño había sido incluida en la

³⁵ Sindicato Interempresa de Trabajadores Futbolistas Profesionales de Chile con Salo Editores Limitada (1981). La Corte Suprema confirmó la decisión el 7 de junio de 1982. Décadas más tarde, la Corte Suprema ha resuelto casos similares, con resultados diversos. En Sindicato Interempresas de Futbolistas Profesionales con Panini Chile SA. (2005) acogió el recurso, fundando la decisión en que se había vulnerado el derecho de propiedad de los titulares de la imagen, y en Sindicato Interempresa de Futbolistas Profesionales con Sodimac S.A. (2010) lo rechazó, porque había una autorización previa por parte de los recurrentes, que hacía discutible que el derecho fuese indubitado.

³⁶ Caszely Garrido y otros con Salo Editores Limitada (1982).

³⁷ Debe tenerse presente en todo caso, que el año 1985 la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección motivado en hechos similares, esgrimiendo entre otros argumentos, que el derecho a la propia imagen no se había señalado en el recurso (dando a entender que el resultado podría haber sido otro, en caso de haberse recurrido la protección de dicho derecho), véase María Soledad M. W. con diario *La Tercera de La Hora* (1985). Pese a que se puede vincular con el derecho a la imagen, no sería útil una sentencia del año 1992 por la que se acogió un recurso de protección interpuesto por el hijo de una mujer que fue filmada al someterse a un examen médico invasivo, en una clínica privada, ya que claramente el derecho conculcado era el a la vida privada, Manuel Ricardo B.B. con Clínica Alemana (1992).

³⁸ Alvarado Solari con diario *La Cuarta* (1989). Años más tarde, se resolvería un supuesto fáctico semejante en sentido contrario, véase n. 39.

portada de un periódico, sin autorización³⁹. Esta solución que, si bien revierte el precedente establecido el año 1989 para un supuesto casi idéntico, en principio podría parecer poco apropiada, considerando que ambas prerrogativas requieren, por sus especiales características, normas diferentes. Pero si se tiene en cuenta que el derecho a la imagen no fue incluido expresamente; que es necesario situarlo normativamente dentro del ordenamiento y que no es tan forzado entender (como se ha hecho en Estados Unidos, y como se hizo inicialmente en Francia) que el derecho a la vida privada comprende no solo aspectos calificables formalmente como “privados” (información privada, o espacios físicos “no públicos”) sino que se extiende, también, a la posibilidad que tiene cada individuo

³⁹ Rischmaui Grinblatt con Consorcio Periodístico de Chile S.A. Copesa (1997). Debe considerarse que en la sentencia se aludió al respeto de la “vida privada y pública” de la recurrente, ajustándose a la redacción vigente de la Constitución, en la época. En el mismo sentido, se pueden citar Larraín Fuenzalida y otra con Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes ‘CONACE’ (2004). Se trató de un recurso de protección interpuesto por la madre de una menor, cuya imagen había sido incluida sin autorización en un calendario alusivo a una campaña antidrogas. Inicialmente, la recurrente había prestado su autorización para la captación y difusión de la imagen, en una revista de circulación nacional, a propósito de un reportaje sobre personas solteras que adoptaban hijos. Dado que la recurrente era educadora de párvulos, y que tendría como principal fuente de ingresos la explotación de un jardín infantil, los razonamientos del fallo se recondujeron tácitamente a la vulneración de su honra, más que de su imagen. Asimismo, debe tenerse presente que el fallo de segunda instancia contó con un voto disidente por el rechazo del recurso (y en consecuencia, la confirmación de la sentencia de primera instancia), fundado en que la campaña a que se asociaba la imagen era en beneficio social, de modo que no podría entenderse que vulneraba las garantías contenidas en el art. 19 N° 4 de la Constitución (prescindiendo del uso de la imagen propiamente tal, y centrándose en el contexto al que se asoció su difusión); I.A.L.U. con I. Municipalidad de Purén (2010), por la que se acogió un recurso interpuesto por la madre de una menor, cuya fotografía había sido incluida en un letrero alusivo a una campaña de salud (luego la Suprema revocó la decisión, rechazando el recurso porque el letrero se había retirado); Solís Cerna con Servicio Nacional de Turismo (2010), en el que se declaró que el derecho a la imagen se encontraba implícitamente comprendido en el “atributo de la privacidad de la persona”, al acogerse un recurso interpuesto por el uso no autorizado de la imagen del recurrente, en una campaña para promocionar el turismo de la Región de los Ríos; y Valderrama con Jerez (2015), por la cual se ordenó a la recurrida eliminar de un “perfil” de la red social Facebook, una fotografía del recurrente tomada de su cédula de identidad, que se había asociado a una noticia relacionada con un incumplimiento contractual. Si bien la circunstancia que habría motivado el recurso se relacionaba más con la honra del recurrente, la Corte tuvo el cuidado –al revocar la sentencia de primera instancia que había rechazado el recurso– de disponer solo que se eliminase la fotografía del afectado, mas no las otras referencias que se hacían a su persona. Esta sentencia es quizá el precedente reciente más relevante en la materia (más que por los fundamentos de la sentencia –algunos discutibles–, por la forma en que se resolvió), y acogió expresamente la tesis de que la protección del derecho a la imagen deriva implícitamente del “atributo de la privacidad de la persona”.

de decidir qué aspectos de su vida pueden estar expuestos al público, y cuáles no, la construcción que incluye al derecho a la imagen dentro del derecho a la vida privada, considerando a este último en sentido amplio, sería adecuada para entender incorporada la prerrogativa en nuestra regulación.

Y la segunda vía, concediéndole protección al alero del derecho de propiedad⁴⁰, razonamiento que descansa en la premisa de que todo individuo tendría el derecho de dominio sobre la proyección de su propia imagen, y que, en consecuencia, el uso no autorizado de la misma, ameritaría protección constitucional⁴¹. Frente a la solución anterior, en abstracto, esta parece menos aconsejable, dado que asimila un derecho de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, a un derecho eminente-

⁴⁰ Es lo que sucedió el mismo año 1997, al resolverse *Jara Pizarro con Polla Chilena de Beneficencia y otra* (1997). Había recurrido una modelo por el uso no autorizado de su imagen en publicidad (originalmente había autorizado a las recurridas para usarlas hasta cierto plazo, el cual había vencido); e *Hilda Orellana con Caja de Compensación* (1997), recurso interpuesto por una mujer cuya imagen fue incluida en publicidad de su empresa empleadora.

⁴¹ En este sentido se ha resuelto entre otros, en los siguientes fallos: *Gonzalez Ramírez con VTR Banda Ancha S.A. y otro* (2003), por la que se acogió un recurso interpuesto en nombre del tenista Fernando González, por el uso no autorizado de su imagen en publicidad de uno operador de televisión por cable, fundado en que se vulneró el derecho de propiedad del recurrente sobre su imagen; *Sindicato Interempresas de Futbolistas Profesionales con Panini Chile SA.* (2005), véase al respecto n. 35; *Villamizar Cárdenas con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.* (2006), en la que se acogió un recurso interpuesto por una mujer, que había sido incluida en una propaganda en el Metro. La sentencia de primera instancia descartó recurrir al art. 19 N° 4 de la Constitución por no atentarse contra la dignidad de la recurrente, y fundó la decisión favorable a acoger el recurso, en la vulneración del derecho de propiedad “sobre la propia imagen de la actora”; *González Rodríguez con Fondo Nacional de la Discapacidad* (2008). En una campaña estatal relativa a ayudas a los discapacitados, se utilizó la imagen del recurrente (no vidente) sin su autorización. Se acogió el recurso, argumentándose que “cada persona es dueña de su imagen como atributo de su personalidad, en términos que el derecho a la propia imagen, queda amparado por el derecho de propiedad” (considerando 5°); *Giacaman Varas con Italmod S.A. y otra* (2008), en cual la Corte de Santiago acogió un recurso de protección interpuesto por una mujer que había sido fotografiada dentro de una tienda de ropa, y luego expuesta en la publicidad de la empresa, sin autorización; *Caroca Rodríguez con Electrónica Sudamericana Ltda.* (2009), que resolvió un recurso interpuesto por un particular que fue incluido como elemento de propaganda de un producto electrónico. La Corte observó que el derecho a la imagen se encontraba implícito en la Constitución (comprendida en el derecho a la privacidad), y que, a su vez, era susceptible de ser objeto del derecho de propiedad, garantía que se consideró vulnerada; y *Yáñez Godoy con Distribuidora Importadora Laibe* (2011), en la que se acogió un recurso presentado por la madre de un menor cuya imagen había sido incluida en publicidad de juguetes. Es destacable que en este caso se había autorizado la captación de las imágenes, mas no su difusión (en primera instancia se había rechazado el recurso).

mente patrimonial, que se rige por reglas y principios que no participan en ninguno de los aspectos clave de los derechos de la personalidad (léase renunciabilidad, transmisibilidad, transferibilidad, prescriptibilidad, entre otras cosas).

En materia de recursos de protección, con posterioridad al año 1997, las Cortes suelen acoger los que se han presentado por vulneración del derecho a la imagen, fundando sus decisiones en la protección indirecta del derecho a la vida privada⁴²; en el derecho de propiedad (usualmente en los casos en que se recurre por uso publicitario⁴³ no autorizado, se resuelven por esta vía)⁴⁴, y de forma excepcional en que el derecho tendría un reconocimiento implícito en la Constitución⁴⁵. Las ocasiones en que las cortes han rechazado recursos, salvo excepciones⁴⁶, no han sido por desconocerse el derecho a la imagen, sino que por otros motivos plausibles (primacía de la libertad de información, autorización previa del recurrente, etcétera)⁴⁷.

⁴² Véanse los fallos indicados en n. 39.

⁴³ O en general, por uso de imágenes con finalidad lucrativa. Si bien hay usos de imágenes ajenos a la publicidad en los que se persigue una finalidad lucrativa como, por ejemplo, las fotografías que aparecen en una revista de modas, o las imágenes que aparecen en una película (ambos generan ingresos, por conceptos similares), se suele concentrar en la actividad publicitaria una suerte de estatuto diferente, ya que en este caso la relación entre el beneficio obtenido por el usurpador y el uso de la imagen, sería apreciable de una manera más directa.

⁴⁴ Véanse los fallos indicados en n. 41.

⁴⁵ Esta última posición es excepcional. Se puede encontrar un razonamiento en este sentido en Valdivieso Fuentealba con Televisión Nacional de Chile (2003), en el que la Corte de Santiago (decisión confirmada por la Suprema) acogió un recurso de protección por la exhibición de imágenes de la recurrente en un programa televisivo, relativo al consumo de drogas.

⁴⁶ Por ejemplo, es discutible el resultado a que se arribó en Salazar Leiva con Ministerio de Obras Públicas (2009). La Suprema revocó una sentencia de la Corte de Puerto Montt, que había acogido un recurso interpuesto por un particular, incluida en un letrero que promocionaba obras del Ministerio recurrido. Fundó la decisión en que el recurrente había autorizado ser fotografiado (al lado de una calle, mientras esperaba transporte público); en que el contexto en el que se había utilizado la imagen no era deshonroso; y en que esta se había captado en un lugar público, con un trasfondo que no develaba la actividad que podría haber estado desarrollando el actor (circunstancia que, a juicio de la Corte, implicaba descartar una vulneración del derecho a la intimidad).

⁴⁷ Entre otras, pueden citarse las siguientes sentencias: Cavieres Logan con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile y otros (2002), recaída en un recurso interpuesto por la exhibición en televisión de un reportaje sobre violencia intrafamiliar, de imágenes de un sujeto con lesiones, captadas previamente en la Posta Central. Se revocó el fallo de 1ª instancia, rechazándose el recurso por haberse autorizado la captación y divulgación de las imágenes, y porque eran accesorias a un programa que no perseguía perjudicar al recurrente; Zurita Casanova con Corporación de Televisión de la

Ahora, es necesario hacer una precisión respecto a la alternativa de justificar el reconocimiento del derecho a la imagen, al alero del derecho a la privacidad. Lo anterior, porque esa tesis admitiría dos opciones: Una, entender que solo se vulnera el derecho a la imagen cuando se ha producido una intromisión en la vida privada del sujeto (por ejemplo, se capta una fotografía en un lugar privado), conclusión que deriva en que la protección es indirecta e innecesaria (porque se obtendrá sin necesidad de recurrir al derecho a la imagen, siendo suficiente la protección de la intimidad). Equivale, en la práctica, a prescindir de este derecho⁴⁸. Y otra, asumir que el derecho a la imagen es un accesorio al derecho a la privacidad, el cual se ve afectado “secundariamente”⁴⁹ cuando se usan

Pontificia Universidad Católica de Chile (2010), en la que la Corte de Santiago estimó que primaba la libertad de informar del canal recurrido, frente a una eventual vulneración de derechos fundamentales por la exhibición de imágenes captadas en un centro social, en el marco de una noticia sobre operaciones de grupos anarquistas; Huaiquilao Huaiquilao con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010), por la cual se rechazó un recurso interpuesto por comuneros mapuches que estaban privados de libertad, por la exhibición de imágenes de sus rostros en un reportaje sobre el “conflicto mapuche”, entendiéndose que primaba la libertad de informar; Inai Sandoval con Ministerio de Salud (2010), en la cual se motivó el rechazo por no ser posible identificar al recurrente con las imágenes objeto del recurso; Riquelme Oliva con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010), por la que se rechazó un recurso interpuesto por un funcionario de Policía, por la inclusión de su imagen como accesorio a una noticia sobre una red de prostitución, señalando la Corte que la exhibición de las imágenes en ese contexto no vulneraba ninguna norma legal; Guiloff Rosenberg con Red Televisiva Megavisión S.A y otras (2011), en la que se rechazó un recurso interpuesto por un sujeto que autorizó ser fotografiado una noche en un bar sudafricano, tras presenciar un partido de fútbol del Mundial de ese país, pero con el solo objeto de participar en el “registro interno” de una marca de cervezas que auspiciaba un evento. Las imágenes en las que aparecía bebiendo cerveza junto a las promotoras, fueron exhibidas en la página web de la compañía, en un programa nocturno de televisión e, incluso, en un periódico bajo el titular “el eterno carrete de los chilenos en las noches de Sudáfrica”. Discutiblemente, se concluyó que no se había afectado ni el derecho a la vida privada del recurrente, ni su derecho de propiedad, en consideración a que primaba la libertad de informar y Claude Reyes con Producciones y Talleres La Toma Limitada (2014) en la que se rechazó un recurso de protección interpuesto por un entonces candidato presidencial, invocando su derecho a la imagen, el cual se habría visto vulnerado con la difusión en internet de un video en el que se le denostaba públicamente. Los motivos del rechazo fueron que las imágenes se habían cedido por el recurrente, que se trataba de un personaje público, y que los mensajes contenidos en el video constituían el ejercicio de la libertad de expresión.

⁴⁸ Solución que propone Théo Hassler, que consiste en suprimir el derecho a la imagen en su vertiente extrapatrimonial (solo se sancionaría el uso no autorizado de imágenes que atentan contra la vida privada), dejando subsistente solo el ámbito patrimonial del derecho (esto es, su explotación comercial). Véase HASSLER (2014), p. 212.

⁴⁹ FIGUEROA (2014), p. 260 y ss. Más adelante señala “para la privacidad como apropiación (lo que algunos llaman derecho a la imagen) y como distorsión, entonces el carácter

imágenes de sujetos sin su autorización. Para esta construcción es irrelevante el contexto en que se hayan captado las imágenes (o su contenido), ya que entiende que el uso de la imagen de una persona sin su permiso implica necesariamente una vulneración de su derecho a la privacidad, el cual en sentido amplio comprende la facultad de decidir qué aspectos de su vida se exponen al público, aunque objetivamente no sean dignos de “reserva” (bajo esta premisa se protege el derecho a la imagen en Estados Unidos, cuando el uso no es comercial).

En ese orden de ideas, y dado el escenario normativo nacional, sería conducente justificar la autonomía del derecho a la imagen como derecho subjetivo, al alero del derecho a la vida privada (considerada en sentido amplio), solución que permitiría justificar un desarrollo coherente y útil en la práctica. Este razonamiento debiera ser aplicable, incluso, cuando se trata del uso de la imagen de una persona con finalidad “publicitaria”, en consideración a que la protección tiene el mismo fundamento, y no varía según el objetivo que le imprima el usurpador.

IV. DELIMITACIÓN

134

Antes de analizar las consecuencias que podrían derivarse de la vulneración al derecho a la imagen, es indispensable realizar ciertas precisiones que faciliten la delimitación de la prerrogativa considerando, sobre todo, que cuando se trata de personas la expresión ‘imagen’ se relaciona directamente con la posibilidad de identificarlas. En ese orden, se debe tener presente que, si bien en el caso de las fotografías o filmaciones en video, es indudable se está ante reproducciones gráficas que se encuadran dentro de lo que se entiende por imágenes (y que si en ellas se representa a individuos, estas quedan, además, sujetas al régimen del derecho a la imagen), hay otras hipótesis en las que se pueden presentar dudas relevantes. Existen situaciones en las que, aunque no son captaciones gráficas de sujetos realizadas por medio de fotografías, sí implican reproducción y empleo –por diversos medios– de sus rasgos o características, y que se aproxima bastante a lo que se entiende por imágenes, principalmente por permitir la identificación de la persona⁵⁰. Es lo que ocurriría en el caso de la caricatura, de la imitación, de la voz y, según la perspectiva que se

del lugar no es relevante”, FIGUEROA (2014), p. 366. En un sentido similar, subsumiendo el derecho a la imagen en la privacidad, TAPIA (2008), p. 125 y ss.

⁵⁰ En el caso de la fotografía o el video, la identificación no siempre será sencilla, según se refiera a su rostro, o solo a partes de su cuerpo, por ejemplo (y naturalmente el criterio será diferente para el fotografiado, respecto a un tercero). Véase IGARTUA (1991), p. 28 y ss.

adopte, del nombre⁵¹. Al respecto existen posibles soluciones para esos casos, tomando en consideración el aspecto práctico y el enfoque que se ha adoptado en otros ordenamientos donde se han presentado⁵².

1. La caricatura

El caso de la caricatura es quizá, el más cercano al de la fotografía. En la práctica, se trata de la representación ficticia de la proyección gráfica de un sujeto, alterando (usualmente, acentuando) sus rasgos físicos más distintivos⁵³. Por regla general se relacionará con personas “famosas” o de notoriedad pública, más que a sujetos que se podrían calificar como “particulares”, lo que en todo caso no implica que no se pueda presentar un problema relacionado con la caricatura de un particular. Es necesario considerar, además, que en el caso de la caricatura se puede presentar también una vulneración del derecho a la honra del sujeto, cuando aquella sea ofensiva o difame al caricaturizado. Si es este el escenario, se deberá determinar si hay vulneración del derecho a la imagen y, en paralelo, al honor, caso en el cual se constatará si prima esta prerrogativa o no, frente a la libertad de expresión. La caricatura “burlesca” u ofensiva obligará al tribunal a pronunciarse sobre la vulneración –o no– de la honra del sujeto, problema cuya resolución debe abordarse a la luz de las reglas que rigen este derecho, y a las cuales no se hará referencia en esta oportunidad⁵⁴.

Ahora, en principio, la caricatura (“neutra” o difamatoria) se debería asimilar a la imagen y, por lo tanto, considerarse una vulneración al derecho, el supuesto en que se difunda⁵⁵ la imagen de una persona

⁵¹ En un extremo se podría situar a lo que se denomina “retrato literario”, que se refiere a la *descripción* del sujeto. En principio, sería descartable en esta materia, sin perjuicio de que es discutible, sobre todo si se considera como protegida la identidad personal. Respecto al retrato literario, entre otros puede verse AZURMENDI (1997), p. 24.

⁵² Se debe tener presente que las soluciones que se puedan dar en el Derecho estadounidense, están marcadas por la extensión que se ha ido dando por la jurisprudencia al *Right of Publicity*, donde el parámetro sería la posibilidad de identificar a un sujeto, véase ZAPPARONI (2004), p. 709 y ss. Este criterio puede extender bastante el campo de aplicación de la prerrogativa, sobre todo en materia de publicidad.

⁵³ Se incluyen prácticas como la denominada *morphing*, proceso técnico mediante el cual la imagen de una persona se transforma en la de otra, en televisión o internet, CONTRERAS NAVIDAD (2012), p. 93.

⁵⁴ Véase CASTILLA (2011), p. 101 (con citas a jurisprudencia española).

⁵⁵ La vulneración podría materializarse a partir de la divulgación y no de la realización, ya que mientras la caricatura no sea difundida, ni el caricaturizado ni el público tienen conocimiento de ella (lo que no es igual al caso de la fotografía, donde la vulneración se podría configurar a partir de la mera captación de la imagen).

caricaturizada⁵⁶. En ese orden de ideas, las causales de justificación que pueden operar en el caso de las vulneraciones al derecho a la imagen, también pueden invocarse aquí, considerando que algunas serán frecuentes en este caso. Me refiero principalmente a la notoriedad pública del sujeto, que también permite que este sea fotografiado (y las imágenes difundidas) en ciertas hipótesis generales, lo que no sucede en el caso de una persona “no famosa” (sin perjuicio de que sea menos probable que se presente un problema con un sujeto “no famoso”, caricaturizado en forma neutra, al menos sin finalidad lucrativa)⁵⁷. En esta materia la ley española del ramo solo admite la caricatura de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, en atención a que la difusión de la imagen ya está permitida (por el carácter del sujeto), y a que la caricaturización responde al ejercicio de la libertad de expresión⁵⁸. En consecuencia, si el individuo caricaturizado no ostenta una de esas condiciones, se habrá vulnerado su derecho a la imagen, y en caso contrario, no⁵⁹. Esta solución parece razonable y en principio no requeriría un respaldo normativo expreso en Chile, considerando que la libertad de expresión tiene rango constitucional, y, por lo tanto, podría invocarse en el supuesto de un sujeto “público” o “famoso”. No obstante, si la caricatura se realiza con una finalidad publicitaria, la “causal de justificación” no operaría⁶⁰, atendido que no sería encuadrable en la libertad de expresión⁶¹.

2. La imitación

En el caso de las imitaciones, la solución puede depender de la extensión que se quiera dar al concepto de imagen. Esto, en el sentido de si se agota en la reproducción gráfica de la figura del sujeto o si abarca, además, otras hipótesis en las que se reproduce o alude a rasgos físicos o psicológicos que permiten identificar, sin lugar a dudas, al individuo objeto de la imitación. La primera opción implica descartar las imitaciones como casos

⁵⁶ Dentro de la doctrina italiana, AGATE (2013), p. 554 entiende que se incluye (por ser el sujeto reconocible), la pintura, la caricatura, la escultura y cualquier otra manifestación material que permita identificar a la persona.

⁵⁷ En este sentido, NOGUEIRA (2007), p. 278.

⁵⁸ SALVADOR (1990), p. 171.

⁵⁹ Art. 8.2 b) de la ley orgánica 1/1982, véase GRIMALT (2007), p. 129. En Francia cierta doctrina entiende que la libertad de expresión prima por sobre el derecho a la imagen en el caso de la caricatura, HASSLER (2014), p. 74. En Bélgica, de la misma forma, la caricatura también está permitida, a menos que sea difamatoria, MASSON (2009), p. 241.

⁶⁰ Existe cierto consenso en doctrina comparada en esta materia, véanse VERDA (2011), p. 112; HASSLER (2014), p. 131; BERTRAND (1999). p. 153.

⁶¹ NOGUEIRA (2010), p. 46

en los que se puede vulnerar el derecho a la imagen del sujeto imitado, y la segunda –en principio– incluirlas. Esta segunda alternativa presentará en la práctica problemas más relevantes, cuando la imitación se realiza para aprovechar comercialmente la imagen de la persona⁶². En el Derecho estadounidense se han planteado casos de imitaciones en el ámbito de la publicidad, de sujetos “famosos”, resolviéndose que son ilícitas cuando la imitación es con finalidad publicitaria. Y en caso contrario, cuando la imitación no se realiza en un contexto “publicitario” (o sea, con una finalidad de entretenimiento, espectáculos, artístico o simplemente cultural), se ha resuelto que la prerrogativa de la libertad de expresión predomina por sobre el derecho que tiene el sujeto imitado, a impedir el uso de su imagen⁶³. Esta forma de resolver está también influida en las justificaciones que se han elaborado para respaldar la obligación de entregar una determinada suma de dinero por parte de quien vulnera la imagen, en materia de *Right of Publicity*. Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante⁶⁴, en el caso del imitador que se restringe al campo de los espectáculos, se considera, además, el trabajo y esfuerzo que imprime el artista, como una suerte de elemento compensador que justificaría las ganancias que pueda obtener con su trabajo, a pesar de que vulnere derechos de terceros. En caso contrario, cuando la imitación se da de manera exclusiva en el contexto de la publicidad, no sería lícita, por el mismo motivo que el de la caricatura, atendido que deriva en un caso de aprovechamiento de imagen ajena, con finalidad lucrativa⁶⁵.

137

3. La voz

Tal como ocurre en el caso de la imitación, si se entiende que para que la protección del individuo sea realmente eficiente es necesario incluir cualquier elemento que conduzca a su identificación, sería adecuado ex-

⁶² IGARTUA (1991), p. 49.

⁶³ MCCARTHY (1994-1995), p. 137. La libertad de expresión se vería atenuada cuando se trata de lo que denominan “discurso comercial”, el cual tiene cierto nivel de protección, pero no el mismo que el político, religioso, etc. En el mismo sentido en España, ANTEQUERA (2012), p. 446 y en Francia, HASSLER (2014), p. 72.

⁶⁴ Por lo general, en los casos de ganancias obtenidas por intromisión en derechos sobre intangibles, es difícil distinguir si las ganancias responden al esfuerzo personal del usurpador, o al valor intrínseco del objeto usurpado (y si es a ambos, en qué proporciones). Véase *infra* capítulo VII.3.-.

⁶⁵ En este supuesto, se asocia la figura de una persona –el imitado– a un producto, sin su autorización. De esta forma, el imitador –o su mandante– se aprovecha del prestigio ajeno para promover la venta de un producto, VERDA (2011), p. 115, quien en todo caso precisa que sería necesario que el público no se percatase de que se trata de un doble, cuestión que no se ve tan clara).

tender el amparo a los usos no autorizados de su voz. Por el contrario, si se estima que el bien jurídico protegido solo es la figura humana, habría que descartar la voz del sujeto como una de las variantes de los bienes jurídicos protegidos por el derecho a la imagen⁶⁶. En el ordenamiento español, por disposición legal expresa, se establece que la voz amerita protección civil solo frente a usos no autorizados con finalidad publicitaria o análoga⁶⁷. En Estados Unidos, no necesariamente se incluiría la voz dentro del espectro de protección de la *Privacy*, el que se extendería solo al nombre y a la imagen, pero sí dentro del *Right of Publicity* (aunque varía según el Estado)⁶⁸. Esto se explicaría en que para efectos de esta segunda prerrogativa, lo que se pretende evitar es la apropiación de la identidad de un sujeto con fines comerciales, por cualquier medio⁶⁹. En ese orden de cosas, la voz del sujeto quedará protegida solo cuando es usada con fines comerciales (esencialmente, publicitarios), y no en otros supuestos. En el Derecho francés, por otro lado, la voz ha recibido protección por los tribunales en forma independiente al derecho a la imagen, pero en términos similares –se entendería que sería una suerte de “imagen sonora”–, considerándola un atributo de la personalidad⁷⁰. Si bien hay soluciones disímiles respecto a este tema en distintos ordenamientos⁷¹, y que más de uno recurre a la finalidad con que se usa la voz sin autorización como factor de distinción, protegiendo civilmente solo al sujeto cuya voz se ha utilizado con finalidad publicitaria, no se puede obviar que se trata de un aspecto inherente al ser humano, y que amerita protección. Y por sus características, la opción de aplicarle las mismas reglas que puedan regir el derecho a la imagen, parece apropiada y debiera conducir a soluciones razonables (lo que pasa por considerar a la voz como integrante de la imagen, o como un atributo independiente). Debe tenerse presente que al igual que como ocurre con la caricatura, la imitación y el nombre, el uso no autorizado de la voz de una persona, según la forma y contexto de la vulneración, puede ser constitutivo, a su vez, de una intromisión en

⁶⁶ BONILLA (2010), p. 192.

⁶⁷ Véase el art. 7.6 de la ley orgánica 1/1982.

⁶⁸ HALPERN (1994-1995), p. 860. En el Estado de California la voz se incluye por la jurisprudencia dentro del *Right of Publicity*, y en New York, a partir del año 1995, por disposición legal. Véanse las secciones 50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de New York, y entre otros, CZARNOA (2012), pp. 498 y 501.

⁶⁹ HALPERN (1994-1995), p. 860.

⁷⁰ BÉNÉJAT (2013), p. 573. Expone que la voz tendría un doble aspecto, “moral y material”: el solo uso de la voz de una persona constituiría un atentado a ese atributo de la personalidad, y potencialmente un perjuicio de naturaleza patrimonial, según el uso que se haga de la voz del sujeto.

⁷¹ En Italia la jurisprudencia se ha manifestado en contra de considerar la voz como objeto de protección del derecho a la imagen, véase GALGANO (2004), p. 179.

la honra o en la intimidad del sujeto⁷², lo que debería analizarse en forma aislada, y de acuerdo con el estatuto de dichas prerrogativas.

4. *El nombre*

En el ordenamiento chileno, el nombre es considerado un atributo de la personalidad, y fuera de los casos en que se pueda encontrar protegido, a su vez, como una marca comercial⁷³; no se observa jurisprudencia relevante⁷⁴ relacionada con las consecuencias en materia de responsabilidad civil, que se derivarían de vulneraciones de lo que se podría denominar el “derecho al nombre”⁷⁵. En otros países suele recibir un tratamiento similar al recién expuesto para la voz, acentuándose su protección cuando se emplea sin la autorización de su titular, con finalidad publicitaria⁷⁶, casos en los cuales es considerado análogo a la imagen de la persona. En cualquier caso, si se opta por desvincularlo del derecho a la imagen (opción que parecería razonable)⁷⁷, es probable que los problemas y soluciones que se puedan ir presentando sean similares a los del objetivo de este trabajo, con las evidentes particularidades que requerirán un desarrollo independiente. Así, por ejemplo, los tribunales de Estados Unidos han debido enfrentar disyuntivas relacionadas con la construcción de lo que se entiende por “nombre” para esos efectos, discuriendo entre el nombre completo (nombre de pila y apellidos), y los seudónimos, sobrenombres,

139

⁷² Véase SAINT PAU (2013), p. 756. Expone que la reproducción no autorizada de la voz de una persona, puede vulnerar su intimidad directamente –por ejemplo, si se captó mediante una intervención telefónica– o atentar contra su pretensión de anonimato.

⁷³ O en la protección penal del nombre, contemplada en el *Código* del ramo.

⁷⁴ Un ejemplo podría encontrarse en Becerra con Universidad de Valparaíso (2015). La sentencia (primera instancia, aún sin certificación de estar firme) rechazó una demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por un médico cirujano en contra de una universidad, por la inclusión de su nombre en la nómina de profesores de un programa de posgrado a impartirse por la demandada, cuya oferta el actor había desestimado. El motivo del rechazo de la demanda, fue no haberse acreditado el daño. Sin perjuicio de lo que se resuelva en instancias superiores (en su caso), se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conociendo de un recurso de inaplicabilidad recaído en esta causa (sentencia de fecha 13 de mayo de 2014), señaló expresamente que una de las manifestaciones del “derecho a la propia imagen”, era la protección del nombre de la persona.

⁷⁵ Al respecto, véase PLAZY (2013), p. 538 y ss.

⁷⁶ Así ocurre en España (véase el art. 7.6 de la ley orgánica 1/1982), y en Estados Unidos (donde el nombre está incluido expresamente en las secciones 50 y 51 de la Ley de Derechos Civiles del Estado de New York). En Francia ha sido relevante también en el ámbito jurisprudencial, la hipótesis en que se emplea un nombre ajeno, en el contexto artístico, PLAZY (2013), pp. 538-540.

⁷⁷ En este sentido, NOGUEIRA (2010), p. 42.

etc. (los que, para efectos publicitarios, pueden ser relevantes)⁷⁸. Esto y otras cuestiones ameritan un análisis independiente que escapa de los objetivos ahora tratados.

V. TITULARIDAD

Por definición, el derecho a la imagen solo puede ser titularizado por personas físicas. Únicamente los seres humanos tienen rasgos reproducibles que pueden conducir a su identificación, circunstancia que implica descartar como titulares de dicho derecho a las personas jurídicas⁷⁹, entendiendo que cuando se hable de su imagen se referirá a su reputación. Dentro de otras cuestiones que podrían suscitar algunas dudas en relación con la titularidad del derecho a la imagen, merecen ser señaladas las cosas, los animales y los personajes ficticios. Si bien debieran analizarse, a propósito de la extensión de lo que se entiende por imagen⁸⁰, por las confusiones que pueden causar, se las tratará a en el contexto de la titularidad.

En principio, habría consenso en que el derecho a la imagen de un sujeto no se extiende a la de sus bienes⁸¹. Desde una perspectiva conceptual, la relación entre la persona y sus cosas se extiende a los contornos del derecho de propiedad⁸² y, en ese contexto, parece excesivo conceder a particulares la potestad de control sobre lo que se puede fotografiar y no (y en la práctica, una facultad de esta naturaleza implicaría que solo podría captarse y difundirse imágenes de bienes propios, lo que es casi imposible de controlar)⁸³. Sin embargo, esto no implica que la cuestión

⁷⁸ CZARNOTA (2012), p. 495

⁷⁹ En ese sentido, CORRAL (2001a), p. 171 (deriva la protección de esos aspectos en personas jurídicas, a los mecanismos contenidos en la propiedad industrial y las leyes de libre competencia); NOGUEIRA (2007), p. 275; NOGUEIRA (2010), p. 19 y PEÑA (2002), p. 284. En Estados Unidos, MCCARTHY (1994-1995), p. 134; en España, ANTEQUERA (2012), p. 382; AZURMENDI (1997), p. 26; CONTRERAS NAVIDAD (2012), p. 63; en Italia, AGATE (2013), p. 552 y en Francia HASSLER (2014), p. 2 y PETIT (1998), p. 828, entre otros. Hay quienes han entendido que en el caso de las personas jurídicas, la imagen no se debería entender en su sentido tradicional (físico), sino que como un reflejo de su “personalidad social”, planteándose una idea similar a la de la reputación, MARTRON (2011), pp. 165 y 167 y ss.

⁸⁰ Y, por lo tanto, junto a la voz, la caricatura o el nombre.

⁸¹ Véanse AGATE (2013), pp. 553-554 y MASSON (2009), p. 239.

⁸² Lo que en todo caso no obsta a que se puedan amparar vínculos emocionales con cierta clase de bienes materiales (una obra de arte o una fotografía antigua y única de un pariente cercano), pero esto se refiere a problemas distintos.

⁸³ Habría que excluir de las imágenes todos los objetos que no sean propiedad de quien las capta, aparece o ambas en ellas (opta por rechazar la protección de la “imagen de las cosas”, VENDRELL (2012), p. 1.140, quien exige norma expresa para estos efectos).

esté exenta de polémica. El problema se ha presentado en el ámbito jurisprudencial en Francia, donde el año 2004 se resolvió que los particulares no tienen propiedad sobre la imagen de sus cosas⁸⁴, y también en Estados Unidos, donde en materia de *Right of Publicity* hay precedentes llamativos (principalmente en el Estado de California)⁸⁵. Pero en el caso de este país, cabe distinguir la protección de la imagen sobre las cosas, de la posibilidad de identificar a un sujeto a través de ciertos objetos. En este último supuesto se trata, en realidad, del uso de la identidad de una persona con fines publicitarios, mediante referencias a su persona que indiscutiblemente permiten que el público pueda asociarlas a aquella. La configuración del *Right of Publicity* como una prerrogativa muy similar al derecho de propiedad⁸⁶, más que a un derecho extrapatrimonial (e inherente a la dignidad del ser humano), ha permitido que se extienda a hipótesis que a los ojos de alguien ajeno a esa realidad, puedan parecer excesivas. Así, hay precedentes relacionados con automóviles, frases famosas⁸⁷ e, incluso, se ha postulado en el ámbito doctrinal como extensivo a animales⁸⁸ y cualquier objeto inanimado⁸⁹. En ese orden de ideas, se ha postulado que lo relevante no sería el medio a través del cual una persona se “apropia” de la identidad de otra con fines publicitarios, sino, más bien, si es posible acreditar que el público destinatario de esa publicidad, ha asociado la cosa (frase o animal, por ejemplo), con un sujeto determinado, cuya autorización no se ha requerido⁹⁰. De este modo, descontando las hipótesis en que se recurre a un objeto para identificar a una persona (en cuyo caso las soluciones estadounidenses en principio parecen excesivas), la imagen de las cosas no formaría parte de la propiedad de su titular. En

141

⁸⁴ Comentarios en REVET (2004), p. 530. Se rechazó la demanda indemnizatoria intentada por el propietario de un inmueble, cuya residencia ha sido utilizada en anuncios publicitarios. Cuando se trata estrictamente de imágenes de cosas, el problema se cruza con cuestiones relacionadas a la propiedad intelectual, cuyo estatuto permitiría restringir la captación de imágenes de obras (recurriendo al derecho moral de autor), véase BERTRAND (1999), p. 170.

⁸⁵ Donde la aplicación e interpretación sería más extensiva que respecto a otros estados de la Unión, principalmente por la proliferación de la industria de espectáculos, BARTZ (1997-1998), p. 300.

⁸⁶ Véase NIMMER (1954), p. 216.

⁸⁷ Véase la jurisprudencia citada en ZAPPARONI (2004), p. 710 y en CZARNOTA (2012), p. 500.

⁸⁸ En el caso de los animales, a diferencia de las cosas, no existiría protección derivada de la propiedad intelectual, motivo por el cual el derecho a la imagen no se haría extensivo a estos. Podría quedar la duda con la explotación comercial de la imagen de un animal, realizada sin la autorización de su propietario (cuando lo hay), véase BERTRAND (1999), p. 172.

⁸⁹ NIMMER (1954), p. 216.

⁹⁰ HALPERN (1994-1995), p. 860.

consecuencia, se podrían fotografiar las cosas⁹¹, siempre y cuando no se vulnera la honra o la intimidad de su propietario. Quedan, en todo caso, dudas cuando las imágenes son difundidas, con la finalidad de explotarlas económicamente, ya que en este supuesto sí se podría entender vulnerado el derecho de propiedad del dueño de la cosa (tiene la exclusividad de su explotación económica)⁹².

Más complejo resulta el caso de los personajes ficticios, ya que en este caso no se trata de la identificación de una persona física, sino que de un ser imaginario que ha sido personificado en medios audiovisuales (televisión, cine), por un actor durante un tiempo prolongado. En este supuesto, la interrogante es si el uso del personaje en materia publicitaria, vulnera el derecho a la imagen del actor que lo interpretó (y a fin de cuentas, a quien debe el personaje su apariencia). En Estados Unidos hay al menos un precedente notorio que resolvió una demanda interpuesta por dos actores de una conocida serie de televisión, ante el uso no autorizado de dos robots que simulaban sus personajes en un ambiente similar al del escenario donde transcurría la historia⁹³. En esa ocasión, se resolvió que pese a que los creadores de los robots estaban autorizados por los titulares de la marca de la serie (y sus autores), los actores no perdían el control sobre la posibilidad de explotar comercialmente la imagen de personajes ficticios protagonizados por ellos. Esta “extensión” de los márgenes de la identidad de un sujeto fue objeto de críticas por la doctrina⁹⁴, esencialmente por la incertidumbre que

⁹¹ Descontando los supuestos en que el orden público lo restrinja, como ocurre con inmuebles con instalaciones cuya divulgación está restringida por motivos de seguridad nacional.

⁹² Problema que se debería resolver de acuerdo con las reglas generales del derecho de dominio, BLASCO (2008), p. 98 y ss. En Alemania hay, al menos, dos precedentes resueltos en sentidos opuestos. En la década de 1970 se acogió una acción restitutoria por los beneficios económicos obtenidos producto de la explotación de la imagen de una casa (en una postal), captada desde dentro de los límites del inmueble. A fines de la década de 1980, se rechazó una demanda similar, pero relativa a imágenes captadas desde fuera de la propiedad, en un lugar público, véase DANNEMANN (2012), p. 97. El criterio en estos casos se centró en el derecho de propiedad, pero en relación con una cuestión más física (el lugar desde donde se tomaron las fotografías), que inmaterial (la eventual potestad del titular del dominio de la cosa, de disfrutar de los beneficios económicos que se deriven de la explotación de sus imágenes).

⁹³ Se trató de una serie muy popular en Estados Unidos en la década de 1980, denominada *Cheers*, que narraba los acontecimientos que ocurrían periódicamente en un bar de Boston. A este concurrían un cartero y un contador, personificados por los demandantes, quienes formaban parte del elenco permanente. El juicio se motivó por el hecho de que una cadena de restaurantes de aeropuertos, comenzó a “clonar” parte del set en sus locales, incluyendo dos “robots” disfrazados de los personajes aludidos. En los hechos, se discutió en su momento si había real similitud entre los maniqués y los actores, resolviéndose en forma afirmativa, véanse comentarios en MCCARTHY (1994-1995), p. 142; y ZAPPARONI (2004), p. 711.

⁹⁴ Véase ZAPPARONI (2004), p. 712.

genera para los operadores publicitarios. Se debe tener presente, además, que en el caso de los personajes ficticios, hay otros intereses involucrados: el del creador del personaje, del director de la obra o serie, el del guionista, etc., algunos de los cuales están amparados por el estatuto de la propiedad intelectual y el derecho de propiedad, lo que anticipa conflictos más complejos. En estas hipótesis, que debieran ser de una ocurrencia baja en la práctica (porque no se recurre a imágenes o videos en que aparece el actor, sino que a maniquíes o robots), quizá sea razonable atribuir el poder de control al creador del personaje (o a quien detente los respectivos derechos para difundir la obra), más que al actor que lo representó, considerando que este ya ha sido remunerado por dicha labor⁹⁵.

VI. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN

Para efectos del análisis de los problemas que se pueden presentar con el derecho a la imagen en responsabilidad civil, no es suficiente conocer solo el *estado de la cuestión* respecto a su reconocimiento jurisprudencial y sus difusos –o no– contornos. Se requiere, además, considerar otros problemas que pueden implicar, según el caso, que un uso de la imagen de un tercero pueda o no ser ilegítima, o derivar en un conflicto excluyente. En primer lugar, se debe considerar que no es extraño que el uso no autorizado de la imagen de un sujeto, coincida con un atentado tanto a su privacidad como a su honor. Dependiendo del lugar y la forma en que se le haya captado, podrá constituir a la vez una vulneración de la vida privada del sujeto (por ejemplo, una fotografía tomada dentro de su vivienda, con una cámara oculta) y dependiendo del contexto en que la imagen es difundida, podría configurarse una lesión en su derecho al honor (podría ocurrir, si la imagen se divulga –en forma errónea– asociada a un caso de corrupción o a cualquier conducta ilícita, o éticamente reprochable)⁹⁶. Estas hipótesis son más recurrentes que aquellas en las que el atentado a la imagen es *neutro*, esto es, no difamatorio ni intrusivo de privacidad, circunstancia que conlleva a que el derecho a la imagen, en el ámbito jurisprudencial,

143

⁹⁵ Este es uno de los motivos que llevan a que en la práctica, se suelen regular latamente estos conflictos en los respectivos contratos entre la productora y los actores.

⁹⁶ Cuando un mismo hecho implica una vulneración a dos o más de estos derechos, surge la dificultad de determinar bajo qué estatuto se debiera resolver el problema. A este respecto, se propone utilizar como elementos de distinción el propósito y el resultado buscado por el ofensor, y así, si se vulneró la intimidad y la imagen con un afán publicitario, primaría el estatuto de la imagen, y si fue con una finalidad divulgativa, el de la intimidad, CORRAL (2001a), p. 162. Como un ejemplo de imágenes cuya difusión atenta contra el honor del titular, se puede citar Ustovic Kaflik y otra con Sáez Infante (2002).

usualmente no sea autónomo. Sin embargo, es necesario recalcar que el derecho a la imagen sí posee una autonomía conceptual, pese a que casi siempre el atentado coincide con uno a la intimidad o al honor. Desde ese enfoque se deben considerar las reflexiones planteadas, sin dejar de recordar, en todo caso, que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene consagración legal independiente, circunstancia que, si bien concede cierta libertad al momento de proponer ciertas soluciones, al mismo tiempo condiciona otras que implican el empleo de determinados recursos que solo resisten un respaldo normativo sólido⁹⁷.

1. Finalidades

En materia de responsabilidad civil, y para otros efectos prácticos, en ciertos ordenamientos se suele contraponer el uso “comercial” de una imagen, al uso “no comercial”⁹⁸, distinción que sería preferible precisar entre uso para fines publicitarios, frente a uso para fines no publicitarios, respectivamente. En el primer supuesto, la imagen de una persona se usa en el contexto de la publicidad (en prensa, televisión, internet, espectáculos, etc.) con el objetivo de promocionar un determinado producto, para así obtener beneficios pecuniarios⁹⁹. En principio, parece dudoso incluir en este segmento la publicidad realizada por el Estado y por entidades de beneficencia pública¹⁰⁰. Ahora, en el supuesto del uso en materia publicitaria, uno de los factores relevantes es el valor que tendría en el mercado la imagen de un sujeto determinado, y en ciertos casos, incluso, más que los eventuales beneficios perseguidos por quien encarga o realiza la publicidad. Sin embargo, más allá de la utilidad que pueda presentar esta distinción al momento de determinar la procedencia de una indemnización de perjuicios, o de una restitución por atribución patrimonial impropia, en principio, el análisis sobre la vulneración del derecho a la imagen debiera abstraerse de la finalidad con la que se ha realizado. En ese orden, debiera considerarse vulnerada dicha prerrogativa cuando se hace con o

⁹⁷ Como lo que se expondrá en materia de enriquecimiento sin causa.

⁹⁸ Estados Unidos, por ejemplo, discute actualmente la definición del “uso comercial” que se exige para configurar el *Right of Publicity*, discurriéndose entre extremos que van desde las campañas publicitarias –donde los tribunales son más estrictos con el demandado–, hasta las producciones literarias de contenido histórico. Véase entre otros, EPSTEIN (2012), p. 1186 y ss.

⁹⁹ Bastaría con que exista la finalidad de obtener esos beneficios, y no que se produzcan en los hechos.

¹⁰⁰ La ausencia de ánimo lucrativo (propia del Estado) dificulta aplicar el mismo tratamiento a la hora de los mecanismos jurídicos de respuesta, que el que se propone para los sujetos de Derecho Privado, véase n. 146.

sin finalidad publicitaria, sin perjuicio de que las consecuencias pueden variar al momento de evaluar eventuales indemnizaciones de perjuicios, particularmente en materia de daño moral y lucro cesante.

2. La configuración de la intromisión

En principio, el control que tiene el titular sobre su derecho a la imagen le permite oponerse –o no– a cualquier acto que suponga el ejercicio de ese derecho por parte de un tercero. Sin embargo, en este punto surge la interrogante respecto al momento o la forma en que se produce la vulneración, en el sentido de si se produce con la sola captación de la imagen o desde su divulgación¹⁰¹. En la jurisprudencia el problema se ha presentado en materia de recurso de protección, pero apuntando más bien a la protección del derecho a la vida privada, motivo por el cual no habría una solución clara. En España, el legislador optó expresamente por considerar como intromisión ilegítima la mera captación no autorizada de la imagen ajena¹⁰². En Italia, por otro lado, el art. 10 del *Código Civil* contempla el derecho a la imagen, y se refiere solo a la exposición y publicación de la misma, pero no toca el problema de la simple captación (no destinada a la difusión). En ese contexto, cierta doctrina ha concluido que solo habría problemas si se vulnera la intimidad, pero no la imagen¹⁰³, dado que en caso contrario el uso de esta sería inocuo. En sentido contrario, en Francia (donde el derecho no ha sido regulado de manera expresa), algunos entienden que la mera captación sería también una vulneración del derecho¹⁰⁴, pero tampoco hay norma expresa. En resumen, dentro del contexto europeo occidental, solo habría claridad en el sentido de que se vulnera desde la captación, en España y en Suiza, siendo en principio, en el resto de los ordenamientos necesaria la difusión¹⁰⁵. Desde una perspectiva estrictamente ligada a la responsabilidad civil, se debería incluir también la captación¹⁰⁶, sin perjuicio de que en la

145

¹⁰¹ Es cierto que, dados los avances tecnológicos actuales, pretender controlar (impedir) la captación de la imagen puede ser casi imposible (salvo en el caso de las cámaras fijas, cuya remoción se recurre). Pero por otro lado, a efectos de responsabilidad civil, puede ser relevante por ser la vulneración del derecho uno de los elementos que se deben verificar al momento de evaluar una eventual indemnización.

¹⁰² Lógicamente, siempre que no exista una causal de justificación, véase la ley orgánica 1/1982.

¹⁰³ GALGANO (2004), p. 181.

¹⁰⁴ MAZEAUD y CHABAS (1997), p. 389, en contra ANTERION y MORÉTEAU (2005), p. 127.

¹⁰⁵ Véase WARZILEK (2005), p. 626.

¹⁰⁶ En este sentido, NOGUEIRA (2007), p. 261, en contra NOGUEIRA (2010), p. 69, quien entiende que la vulneración “alcanza su verdadera dimensión cuando concurre la publicación o difusión”.

práctica es poco probable que se configure un perjuicio sin acreditarse la difusión de la imagen (esto último, en el supuesto de que no se haya vulnerado el derecho a la intimidad a la vez).

3. Excepciones

No todo uso de imágenes de personas por terceros es ilícito. En primer lugar, se debe tener presente que la autorización del sujeto en principio legitima el uso de su imagen, situación que por su complejidad se analizará en un trabajo sucesivo¹⁰⁷.

Fuera del supuesto de la disposición de la imagen por su titular, existen otras circunstancias que vendrían a configurar una suerte de “causales de justificación” que permiten el uso de imágenes, principalmente motivadas en otros valores y principios que obligan a matizar el monopolio que tiene cada persona sobre el derecho a su imagen. La libertad de información y la relevancia pública de ciertos personajes, según su cargo o profesión, limitan la capacidad de algunos sujetos de impedir el uso y explotación de su imagen y, a la vez, extienden la facultad de terceros para usarla. En la legislación española, fuera de la generosa excepción que concede la libertad de información, se encuentra expresamente permitido el uso de imágenes sin autorización de su titular, en los siguientes casos (denominados “causales de justificación”)¹⁰⁸: cuando la autoridad competente lo autorice de acuerdo con la ley; cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante; cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público); cuando se hace por medio de la caricatura y cuando se trate de imágenes accesorias a información gráfica de un suceso o acontecimiento público (todo esto en general se puede resumir como razones de “interés público”)¹⁰⁹. En Italia la situación es similar, se exime de la obligación de solicitar el consentimiento al titular cuando la reproducción de la imagen esté justificada por la notoriedad o por la función pública del sujeto; cuando exista una necesidad de justicia o de policía; cuando exista una finalidad científica, didáctica o cultural y cuando la reproducción se relacione con sucesos, acontecimientos o ceremonias de interés

¹⁰⁷ En el que se abordarán los problemas relacionados con los contratos y el derecho a la imagen (solo por señalar algunos: la distinción entre autorización unilateral y contrato; la revocación de la autorización; el legitimado para prestar el consentimiento cuando es de un menor, etcétera).

¹⁰⁸ Art. 8 de la ley orgánica 1/1982.

¹⁰⁹ GRIMALT (2007), p. 121.

público o realizadas en público¹¹⁰. Todas estas hipótesis dejan abierta a la casuística innumerables problemas. Como, por ejemplo, qué se entiende por lugar privado (versus lugar público)¹¹¹, en consideración a que habría diversos espacios que pueden compartir ambas calificaciones, según las circunstancias (en este aspecto se observa una relación inmediata entre el derecho a la imagen y el derecho a la intimidad). Se discute también si estas “causales de justificación” son oponibles a todo evento o solo cuando el uso de la imagen no es comercial. En ese país la jurisprudencia ha entendido en ocasiones que no rigen si el uso es con fines morbosos o comerciales¹¹², lo que en la práctica restringe bastante el uso no consentido, atendida la gran cantidad de revistas y programas de televisión que no solo difunden constantemente contenidos truculentos sino que, además, se lucran con ellos. Y entre otras cuestiones que se han presentan en la práctica, se ha discutido el uso posterior de una imagen ya difundida al amparo de una causal de justificación, para una finalidad diferente por otro medio (aunque la respuesta parezca obvia, en otros ordenamientos se han dado casos emblemáticos con decisiones contradictorias, véase la controversia que causó el caso “Paquirri” en España, donde el Tribunal Constitucional resolvió de una forma completamente opuesta a como lo había hecho antes el Supremo)¹¹³.

El trasfondo de este problema es de índole constitucional, y repercute en materia civil cuando se persigue la responsabilidad del operador que ha usado la imagen, escudándose en un interés informativo, o en la relevancia o función pública del individuo. En Chile no está resuelto en términos generales el problema de una eventual primacía de las libertades por sobre los derechos, más allá de las soluciones que pueda aportar la casuística constitucional¹¹⁴. Para efectos prácticos, al menos se puede

147

¹¹⁰ VISINTINI (1999), p. 37.

¹¹¹ En Francia existe abundante jurisprudencia sobre la materia, véase MAZEAUD y CHABAS (1997), p. 388. Para el tratamiento general de las excepciones al derecho a la imagen, puede verse BERTRAND (1999), p. 147 y ss.

¹¹² VISINTINI (1999), p. 41.

¹¹³ IGARTUA (1991), p. 205.

¹¹⁴ Al respecto, véase CORRAL (2006), p. 16 y ss. Por las particulares reglas de competencia de nuestros tribunales, estos problemas suelen enfrentarse en las cortes de Apelaciones y en la Suprema, a propósito de recursos de protección (véanse las sentencias reseñadas en n. 47). El Tribunal Constitucional, por su parte, ha debido pronunciarse en más de una ocasión sobre conflictos que describen la tensión propia de toda sociedad, entre lo “público” y lo “privado”, pero principalmente sobre cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad en sentido estricto (y, por lo tanto, de menor utilidad para resolver problemas relacionados con intromisiones en el derecho a la imagen, en los que no se ha vulnerado la privacidad). Entre las resoluciones en que se ha debido pronunciar sobre los límites del derecho a la vida privada, destacan la de fecha 28 de octubre de

proponer una interpretación extensiva del art. 30 de la ley N° 19.733¹¹⁵, que se refiere específicamente a la protección de la honra de las personas, pero que se podría adaptar al derecho a la imagen, para ser invocado, al menos, como una herramienta de interpretación de la Constitución, cuando se deba resolver en concreto sobre la primacía de la libertad de información (o no) frente al derecho a la imagen. En ese orden de ideas

2003, relativa al control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba el *Código Penal* en materia de lavado y blanqueo de activos, caso en el que se inclinó hacia la preeminencia del derecho a la intimidad frente a ciertas facultades conferidas a la Administración para la persecución de ilícitos, por considerar que el proyecto afectaba “en su esencia el contenido sustancial del derecho”; la de fecha 12 de julio de 2011, sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley que sancionaba el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil, en la que se procedió de la misma forma; la de fecha 21 de junio de 2011, que resolvió un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en autos sobre un reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia, en la que se consideró que la privacidad de altos ejecutivos de una empresa pública, en relación con sus remuneraciones, cedía frente a otros principios amparados por la Constitución; y entre otras, la de fecha 5 de junio de 2012, que acogió un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en autos sobre un reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia, en la que se entendió que el derecho a la intimidad no cedía frente a lo que se denomina “derecho a la información pública”, cuando se trata de las calificaciones obtenidas por postulantes a cargos de la Alta Dirección Pública.

¹¹⁵ Ley “Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo”: “Artículo 30.- Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;
- b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querrellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una

persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

se podría afirmar que un sujeto no se puede oponer a la captación y difusión de su imagen, si ejerce una función pública, y se ha captado en el contexto de esa función (y en general, en cualquier otra hipótesis en que las imágenes sean necesarias para ilustrar la difusión de hechos que sean de interés público, con una finalidad estrictamente informativa). Lo anterior, siempre y cuando la finalidad de la difusión sea ajena a la publicidad, ya que en caso contrario no se podría invocar la “libertad de informar” y, por lo tanto, el uso de la imagen no sería lícito, desde esa perspectiva al menos.

VII. CONSECUENCIAS DEL USO NO AUTORIZADO DE LA IMAGEN AJENA

Una vez que se ha logrado delimitar las principales situaciones objetivas en las cuales se entendería vulnerado el derecho a la imagen, surge como cuestión relevante determinar cuáles son las consecuencias que implica la intromisión en el ordenamiento en general y en especial, en materia de Derecho Civil. En ese orden, aparecen dos caminos compatibles: Uno, impedir que la vulneración continúe (por ejemplo, obtener la eliminación de la imagen de tal o cual publicidad), y otro, que puede comprender dos objetivos, según el caso: indemnizar a la víctima por los daños que le pudiese haber causado tanto la intromisión como restablecer los desequilibrios patrimoniales que se pueden haber generado tras la intromisión (particularmente derivados de enriquecimientos injustificados o, más bien, de atribuciones patrimoniales impropias).

149

1. La “acción de cesación”: *el recurso de protección*

Respecto a la primera cuestión, en algunos ordenamientos se han tipificado acciones cautelares de cesación por medio de las cuales se persigue que se ponga fin a la intromisión¹¹⁶. En Chile, el vacío se ha llenado tradicionalmente con el recurso de protección que contempla la Constitución, pero tiene dos inconvenientes:

- primero, su reducido plazo de interposición y
- segundo, que el derecho a la propia imagen no se encuentra incluido dentro del listado de derechos fundamentales de nuestra Constitución,

¹¹⁶ Es lo que se contempla en la ley orgánica 1/1982 española (incluyendo una acción preventiva) y en el art. 9 del Código Civil francés.

lo que obliga a fundarlo al alero de otras prerrogativas, generando, al menos, incomodidad (esto explica que en Chile tradicionalmente se busque proteger el derecho a la propia imagen por la vía del derecho a la intimidad, o del derecho de propiedad, lo que –en sede de protección– ha derivado en resultados positivos para el recurrente)¹¹⁷. Como una alternativa al recurso de protección, se presenta la acción de responsabilidad civil por amenaza de daño o “daño contingente”, contemplada en el art. 2.333 del *Código Civil*, que se podría invocar por quien tenga conocimiento de una eventual publicación de imágenes, cuya divulgación causaría un daño a su titular (a diferencia del recurso de protección, este mecanismo requiere que la vulneración haya sido culpable)¹¹⁸. Si bien persigue una finalidad diferente (evitar un daño), en la práctica puede representar un papel similar al del recurso de protección, impidiendo que determinadas imágenes sean difundidas o que se sigan difundiendo¹¹⁹.

¹¹⁷ Véanse las sentencias reseñadas en las n. 39, 40 y 41. Una alternativa al recurso de protección sería el ejercicio de una acción innominada que se funde exclusivamente en la protección del derecho subjetivo vulnerado, con el riesgo de que este camino puede implicar, ante la ausencia de normas expresas (se trataría de un mecanismo análogo al que se ha planteado alguna vez para la protección del dominio, véase PEÑAILILLO (2006), p. 537, pero que debería además enfrentar otro obstáculo: a diferencia del derecho de dominio, el derecho a la imagen no se encuentra expresamente tipificado como derecho subjetivo en el ordenamiento nacional, circunstancia que tendría que salvarse recurriendo, como se expresó, al derecho a la vida privada). Por otra parte, no se cree que el “derecho de aclaración y rectificación” contemplado en el art. 16 y ss. de la ley N° 19.733 tenga relación directa con los problemas del derecho a la imagen, ya que exige “ofensa” o “alusión injusta” por parte del medio de comunicación social (la acción tendría otro supuesto fáctico, y una finalidad diferente).

¹¹⁸ BARROS (2006), p. 874, quien, además, observa que en la práctica esta acción es menos atractiva que el recurso de protección, por los tiempos involucrados en su tramitación (incluso, si se aplica el procedimiento sumario). La tutela preventiva contemplada en dicha norma, si bien es atractiva, en esta materia podría enfrentar cierta resistencia por parte de los tribunales, por atentar –eventualmente– contra la libertad de información (podría considerarse que constituye censura). Pueden verse a este respecto, las reflexiones consignadas en CORRAL (2001b), p. 31 y ss., quien de forma acertada observa que la tutela preventiva en materia de privacidad (y las medidas cautelares) no obsta al respeto de la libertad de información, atendido que no hay una primacía absoluta de esta sobre dicho derecho. En consecuencia, es coherente entender que los tribunales estén facultados para controlar –sobre la base de criterios predefinidos– si debe primar la aludida libertad o, en caso contrario, el derecho y, en consecuencia, disponer la prohibición de la difusión de determinados datos privados, CORRAL (2001b), p. 33 y ss.

¹¹⁹ Al mismo resultado se podría arribar en un juicio indemnizatorio por responsabilidad civil, si se solicita como medida cautelar (o derechamente como una de las peticiones del demandante), que se cese en la utilización de las imágenes, por ser la fuente del daño cuya indemnización se está solicitando.

2. La indemnización de perjuicios

La siguiente cuestión ha generado en ciertos países abundante jurisprudencia (es más atractiva para el litigante, por razones evidentes), y se reduce a determinar si corresponde que la víctima sea beneficiaria de una suma de dinero como compensación por los perjuicios que le habría causado la vulneración de su derecho. En la práctica, por regla general, lo que se reclama es una indemnización por daño moral, fenómeno que se motiva principalmente en las dificultades probatorias que enfrenta el daño patrimonial en esta clase de hipótesis (lo que no implica que no pueda haberlo)¹²⁰, y en que el daño moral, sobre todo en esta materia, en forma constante es presumido por los juzgadores o, al menos, objeto de una especie de facilidad probatoria. Este fenómeno se originaría –parcialmente– en un reclamo doctrinal que promovió una especie de relación “causa-efecto” entre la vulneración de derechos fundamentales y la ocurrencia de daños morales, por la vía de extender el concepto de daño moral a hipótesis que prescindían de una alteración psicofísica en la víctima (queriendo defender que el daño moral no se agotaba con el dolor o sufrimiento¹²¹, se terminó ampliando el concepto a otro extremo, que tampoco parece deseable).

En ese orden de ideas creo que la cuestión principal a resolver en esta parte, es si para configurar la existencia de una obligación de indemnizar daños morales basta con acreditar la sola vulneración del derecho a la imagen o si es necesario, además, acreditar la ocurrencia efectiva de los perjuicios (considerando especialmente que el derecho vulnerado es uno de la personalidad). Este dilema se presenta con mayor relevancia en materia de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, de manera principal por la dificultad probatoria que implicaría demostrar la ocurrencia de daños morales cuando son vulnerados (no hay fallecimientos, enfermedades, lesiones físicas ni enfermedades, como ocurre en la mayoría de los casos en los que se reclama una indemnización por daños extra-patrimoniales). Por este y otros motivos, en Francia se ha interpretado el art. 9 de su *Código Civil*¹²² en el sentido de que en caso de vulneración

151

¹²⁰ El daño emergente se podría configurar en lo que se denominaría la “dilución” de la imagen de un sujeto, cuando ha sido usada para una finalidad publicitaria determinada: asociada ya a una campaña publicitaria, su valor en el mercado ha decaído, PROTO (2012), p. 79, una observación similar en POSNER (1978), p. 411. El lucro cesante podría presentarse también (con las dificultades probatorias usuales de esta partida indemnizatoria), como se dirá en el párrafo VII.3.

¹²¹ Véase BARRIENTOS (2008a), p. 96 y ss.

¹²² Véase n. 8.

al derecho a la vida privada, se presume la ocurrencia de daño moral¹²³, pese a que el tenor de la norma no sería categórico en ese sentido. Sin embargo, pese a que esta solución se podría hacer extensiva al derecho a la imagen (y así ha sucedido en la práctica, por compartir el estatuto de derecho de la personalidad)¹²⁴, ha enfrentado el rechazo de parte de la doctrina. Se ha defendido que sus vulneraciones, que, a su vez, no impliquen una lesión a la privacidad del sujeto, deben reconducirse al estatuto general de la responsabilidad civil, contemplado en el art. 1382¹²⁵ (y, por lo tanto, la prueba del daño moral es ineludible). En España, por su parte, el legislador previno expresamente que ante las vulneraciones al derecho a la intimidad, al honor y a la imagen, se presume el daño moral¹²⁶, y la jurisprudencia resuelve, casi sin excepciones, conceder siempre indemnizaciones por daños extrapatrimoniales, sin exigir prueba de los mismos¹²⁷. Esta solución ha sido criticada por confundir la vulneración del derecho con el daño, y por producir una desviación de la función principal de la responsabilidad civil, desde la reparación del daño a la protección de derechos subjetivos¹²⁸. En la práctica, genera una ampliación del concepto de daño moral, ya que se lo extiende a hipótesis ajenas a los sufrimientos y pesares psicofísicos, y lo iguala con la lesión de un derecho fundamental¹²⁹. Fuera de las aprehensiones recién manifestadas, se debe tener presente,

152

¹²³ GALAND-CARVAL (2001), p. 104; ANTERION y MORÉTEAU (2005), p. 124. Críticas a esta tendencia en LE TOURNEAU (2014), pp. 568-571, quien recurre al tradicional reclamo que llama a distinguir el daño (la lesión al derecho) del perjuicio indemnizable (las consecuencias de la lesión).

¹²⁴ QUÉZEL-AMBRUNAZ (2012), p. 259.

¹²⁵ Entre otros, MAZEAUD y CHABAS (1997), p. 389; ANTERION y MORÉTEAU (2005), p. 128;

¹²⁶ El art. 9.3 de la ley orgánica 1/1982 dispone: “Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

¹²⁷ Comentarios de esta norma, entre otros por MARTIN (1990), p. 384 y ss.; VIDAL (2001), p. 218 y ss.

¹²⁸ PANTALEÓN (1993), p. 1994 y ss. Para críticas en Chile a la tesis de la identificación del daño con la lesión a un derecho, puede verse Díez (1995), p. 71. No puede obviarse que pese a las objeciones señaladas, hay quienes han intentado defender la identificación entre la lesión al derecho y el daño moral, exclusivamente en materia de derechos fundamentales (o de la personalidad). Esto, en razón de la necesidad de desarrollar la protección de la persona humana y de los derechos inherentes a ella (léase la vida, integridad corporal, honor, etc.), circunstancia que ameritaría una aproximación diferente a la aplicada a los derechos patrimoniales. Véase en este sentido, VON BAR (2000), pp. 9-12, quien propone que el sistema europeo de responsabilidad sería más consistente si se uniformara esa regla, en tal sentido.

¹²⁹ Tesis defendida, entre otros, por FUEYO (1990), p. 95 (en el mismo sentido CORRAL (2013), p. 150; DOMINGUEZ (20009, pp. 338-340 y DOMINGUEZ (2009), p. 654).

además, que estas propuestas presentan un riesgo implícito no menor, cual es conceder al demandante sumas de dinero que sobrepasen el daño causado, configurándose penas privadas o sanciones civiles (lo que en el *Common Law* se conoce como *punitive damages*), siendo dudoso que en nuestro ordenamiento sean procedentes esta clase soluciones¹³⁰.

En Chile, la jurisprudencia ha recurrido ocasionalmente a esta lógica de identificar al daño moral con la lesión a un derecho fundamental, ante vulneraciones a los derechos al honor¹³¹ y a la imagen. En el supuesto de este derecho, se debe cuidar que en gran parte de los casos se combinan vulneraciones a la imagen con lesiones tanto al honor como a la intimidad, circunstancia que dificulta hacer un diagnóstico certero respecto a cuál es la real situación del problema en la jurisprudencia, en relación con el derecho a la imagen considerado en exclusiva. Es lo que sucede, por ejemplo, en *Bustamante con Editorial Televisa Chile S.A.*,¹³² por la cual se ordenó indemnizar en tres millones de pesos por daño moral a un modelo cuyas fotografías habían sido incluidas, sin su autorización, en una revista de variedades a propósito de un reportaje sobre la eyaculación precoz. Para los sentenciadores, el daño consistió en el “estado emocional que quedó el actor tras ver el reportaje”, y en ser objeto de burlas y comentarios por parte de sus cercanos. Se consideró, además, que el demandante habría perdido oportunidades posteriores de trabajo, circunstancia que se podría haber integrado en un ítem de lucro cesante. En este caso el daño se habría acreditado, y se trataba, en realidad, de un problema de honra más que de imagen, ya que esta producía el efecto de vincular al actor con un reportaje que le causaba perturbaciones. Si el contenido hubiese sido otro, probablemente el resultado habría sido diferente. Una reflexión similar amerita el caso *López con I. Municipalidad de Arica*, relativo al empleo de imágenes de una menor en una campaña pública para la prevención de violencia infantil, que derivó en una condena a la demandada por siete millones y medio de pesos por concepto de daño moral. El tribunal razonó que era natural que la asociación de la menor en una campaña de esas características haría suponer a la ciudadanía que ella era una víctima de ese vejamen, lo que significaba un menoscabo

¹³⁰ Véase lo expuesto en LARRAIN (2009), p. 707 y ss.

¹³¹ Véase *Mora Queirolo con Banco BHIF* (2007). Se trató de un juicio de responsabilidad civil, en el cual se condenó al banco demandado por la inclusión errónea del actor en la base de datos DICOM, a indemnizarlo en la suma de \$5.000.000.- La Corte señaló que el daño en este caso consistía en “la lesión a la imagen de persona responsable y prudente en las obligaciones económicas que tenía a su cargo” (léase honor o prestigio, en lugar de imagen).

¹³² El 10 de octubre de 2006, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos contra dicho fallo.

interno y que repercutía, además, en sus relaciones sociales y familiares. Pese a que los fallos de casación y segunda instancia dejan dudas respecto a la prueba efectivamente rendida, del tenor de los hechos se puede presumir que generaron consecuencias subjetivas en la demandante, que atenuarían un reproche frente a la facilidad probatoria. El monto de la indemnización deja entrever un eventual matiz sancionatorio en el fallo, que puede generar desviaciones. En cualquier caso, también se trata de una situación en la que lo relevante es el contenido al que se asocian las imágenes, más que el hecho mismo de haberse empleado sin autorización. Y, por último, se puede citar como un caso similar el de Olguín Matus con Empresa el Mercurio S.A.P.¹³³. En este, pese a que los hechos se relacionan con el derecho a la imagen, el perjuicio no se derivaría de su vulneración, sino que, más bien, de un atentado al honor de la demandante. Se concedió una indemnización de ocho millones de pesos por daño moral, a una mujer cuya imagen ha sido relacionada en un medio de prensa, con la difusión de un video en internet de contenido pornográfico¹³⁴, circunstancia que demuestra con claridad que el principal problema que le causó la difusión de las imágenes, fue que estas hubiesen sido asociadas a hechos moralmente reprochables (con los que, además, no tenía relación alguna en la práctica).

154

Sin embargo, es posible encontrar sentencias de responsabilidad civil sobre supuestos en los que se podría identificar una vulneración al derecho a la imagen “puro”, ya que el contexto con el que se asocia a la persona grabada o fotografiada, sería inocuo (la conducta asociada a la persona, podría calificarse como neutra para la sociedad)¹³⁵. Estos

¹³³ Se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto contra esta sentencia, el 20 de octubre del 2010. El fallo de segunda instancia (Corte de Santiago), se limitó a confirmar la sentencia de primera.

¹³⁴ La información era falsa (y públicamente irrelevante), y la demandante no tuvo que esforzarse para acreditar el daño moral. Al fijar el monto, el tribunal consideró que el demandado rectificó la información tras el error y, por otro lado, la “intensidad del descuido” en la conducta del demandado, lo que pareciera configurar una hipótesis de sanción privada.

¹³⁵ No se trata de imágenes asociadas a hechos socialmente reprochables como: el narcotráfico, la violencia intrafamiliar, la pornografía, delitos, etc. O sea, no se vulnera con ellas la honra de la persona cuya imagen se usurpa, ni, dicho sea de paso, su privacidad (como sí ocurrió, por ejemplo, en Arellano Díaz con Almacenes Paris Ltda. (2011), por la cual se dispuso indemnizar en la suma de veinticinco millones de pesos a cada demandante, por la instalación de cámaras de vigilancia en los camarines donde se cambiaban de ropa para entrar a trabajar; y en Valdivia Jara con Goic Simunovic y otro (2015), en el cual se concedió una indemnización de diez millones de pesos a una mujer que se desempeñaba como bailarina en un club nocturno. El daño moral consistió en los efectos psicológicos que sufrió la actora como consecuencia de la difusión de imágenes de sus actuaciones, en la página web del local donde trabajaba sin su autorización. Si bien está en el límite para

serían más demostrativos de la forma en que los tribunales enfrentan las vulneraciones al derecho a la imagen en materia de responsabilidad civil. Entre las resoluciones, la primera que destaca es la recaída en *Cruz Llanccamil con Fisco de Chile*¹³⁶, por la cual se ordenó indemnizar por daño moral (diez millones de pesos) a una mujer que fue incluida sin autorización en una campaña publicitaria de un programa estatal, que tenía por objetivo promover la integración de los pueblos indígenas en Chile. La transgresión se materializó mediante la inclusión de fotografías con su rostro, captadas en lugares públicos, en gigantografías y calendarios alusivos a la campaña, la cual en principio no debiera afectar su honor. La Corte Suprema (2011) señaló:

“la difusión no consentida de una imagen es capaz de provocar un daño o lesión en el derecho a la imagen propia que tiene toda persona. En definitiva lo que se debe reparar es el daño por la intromisión en la privacidad, entendida como autodeterminación, y no el aprovechamiento comercial de la imagen”,

razonamiento con el que se implícitamente se hizo cargo del voto disidente en el fallo de segunda instancia, que abogaba por el rechazo de la demanda, entre otras razones, por falta de prueba del daño¹³⁷. Una situación similar se produjo en *Rudzajski con Masisa S.A.*,¹³⁸ por la cual se estableció se debía indemnizar en la suma de diez millones de pesos al actor, por mantener su imagen en la página web de la demandada (una

155

ser considerado un caso de lesión al derecho a la imagen “puro”, en los hechos se centró el perjuicio en el contexto y naturaleza de las fotografías, las cuales implicaron problemas familiares y laborales para la demandante).

¹³⁶ Mediante fallos del 27 de agosto de 2009 y 30 de agosto de 2011, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación interpuestos contra la sentencia.

¹³⁷ El caso *Tremigual con I. Municipalidad de Osorno* (2012) guarda mayor similitud aún con *Cruz Llanccamil con Fisco de Chile* (2009), ya que también se trató de la utilización de imágenes en un calendario de una municipalidad sin autorización del demandante, un “machi” de la etnia mapuche, fotografiado mientras llevaba a cabo actividades propias “de la cultura ancestral de su etnia”. Se le concedió una indemnización de ocho millones de pesos por daño moral, el que se habría configurado en la utilización sin autorización de su imagen, y en el descrédito frente a sus pares, que la difusión de las imágenes le habría causado (sufrió “pérdida de credibilidad”). El matiz de diferencia radica en que aquí los sentenciadores consideraron, además del derecho a la imagen, eventualmente las consecuencias subjetivas que se le habrían causado al actor, tras los hechos (el 25 de septiembre de 2013, la Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 2ª instancia, por manifiesta falta de fundamento).

¹³⁸ Por sentencia del 13 de julio de 2012, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en el fondo interpuestos contra el fallo de la Corte, fundándose en que el daño es una cuestión de hecho, cuya prueba corresponde a los jueces de fondo.

empresa otrora empleadora del demandante), tras su despido¹³⁹. Al igual que en el caso anterior, el fallo de segunda instancia incluyó un voto disidente por el rechazo de la demanda, por no haberse acreditado el daño, circunstancia que no tuvo mayores consecuencias en sede de casación, por considerarse que el daño era una cuestión de hecho y, por lo tanto, ajena a la competencia de la Suprema. Rompe esta tendencia el caso Rosario con Dimeiggs S.A., en el que resolviéndose una hipótesis similar, se terminó rechazando la acción. Demandó una modelo y bailarina que originalmente había sido contratada para una realizar una coreografía en la vía pública, destinada a promocionar los productos y el local de la empresa demandada. Tras llevar a cabo el encargo, se enteró que había sido fotografiada durante el evento, y que su imagen se había incluido en gigantografías y folletos que publicitaban la tienda, sin que se le hubiese requerido autorización para ello. En primera instancia se acogió la demanda, y se dispuso una indemnización de perjuicios por la suma de un millón de pesos. En segunda instancia, la Corte de Santiago revocó la sentencia, y rechazó la demanda en todas sus partes, con especial consideración a que no se habría acreditado el daño moral¹⁴⁰. En este orden, el tribunal no estimó equivalente el daño moral a la mera vulneración del derecho, exigiendo una consecuencia adicional que no logró demostrarse. En Pakomio Higgs con Hüber Mardones y otros se retorna al razonamiento expuesto anteriormente. La demandante, en su oportunidad, consintió en ser fotografiada al exterior de un hotel donde ejercía su trabajo, en Isla de Pascua, con un atuendo típico del lugar. Años más tarde, tras la venta de las imágenes por el fotógrafo a la empresa propietaria de un hotel en la isla, estas terminaron siendo cedidas a un tercero, y luego a una aerolínea nacional, la cual encargó a una agencia de publicidad su utilización en una campaña sobre promoción turística. La Corte Suprema, acogiendo el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia que había resuelto rechazar la demanda, la acogió, considerando que el perjuicio consistió en el uso comercial de la imagen de la demandante, sin su autorización. Y en concordancia con la demanda, dejó la determinación del monto y forma de los perjuicios para la etapa de cumplimiento del

¹³⁹ Originalmente, cuando estaba vigente el contrato de trabajo, había autorizado a la empresa para que su imagen fuese utilizada en internet. El demandante solicitó cuatrocientos millones de pesos por concepto de “daño material directo” y doscientos millones de pesos por daño moral. En 1ª instancia se rechazó la pretensión de “daño material” por falta de pruebas, y se concedió la de daño moral, fijándose la indemnización en diez millones de pesos. Se justificó en el hecho de que se había utilizado la imagen del actor sin su autorización, con fines publicitarios y comerciales (vinculando el derecho a la imagen al demandante, por la vía del derecho de propiedad).

¹⁴⁰ La sentencia no fue recurrida.

fallo, sin establecer montos ni categorías¹⁴¹. Por último, se resuelve en sentido contrario, en Marré Grez con Banco Santander-Chile, caso motivado en el uso sin autorización de la imagen de un “chef” extranjero, en la publicidad de un banco. En primera instancia se acogió la demanda, condenándose a indemnizar al actor en la suma de noventa millones de pesos, y configurándose el daño moral en la “frustración por un abuso cometido respecto de su imagen propia al asociarla gratuitamente a un producto bancario”¹⁴², sin mayores referencias a la prueba del perjuicio. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó la resolución, señalando que el daño moral requiere una repercusión subjetiva en las “emociones, esperanzas, afectos, gratitudes, etc.”¹⁴³ del actor, no siendo suficientes las molestias derivadas de la utilización de su imagen sin autorización. La Corte Suprema, rechazando la casación, señaló:

“es dable aclarar que la sola vulneración del derecho a la propia imagen del actor no justifica su indemnización bajo el rubro del daño moral [...], la protección legal frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se produce en un doble plano: en primer lugar, por medio de la adopción de medidas adecuadas para poner fin a dicha vulneración [...] y en segundo lugar, a través del reconocimiento al perjudicado del derecho a ser indemnizado, caso último en el que por cierto deberá demostrar que la referida utilización no consentida de su imagen le produjo perjuicios, sean patrimoniales o morales”.

157

Reconociendo que no es posible afirmar categóricamente la forma en que los tribunales están reaccionando frente a vulneraciones al derecho a la propia imagen, al menos se puede observar que, si bien más de una vez se han concedido indemnizaciones por daño moral sin más prueba que la lesión al derecho, esa forma de razonar estaría siendo descartada

¹⁴¹ En la etapa de cumplimiento, se fijó la indemnización en la suma de diez millones de pesos por daño emergente (consistente en los gastos materiales en que debió incurrir la demandante “para investigar y exigir reparación producto de la utilización, sin autorización, de su imagen para fines comerciales”), y en la suma de cincuenta millones de pesos por daño moral (el cual se configuró por la “infracción” al derecho fundamental, y “el detrimento en la calidad de vida que provocó la utilización continua de la imagen de esta, por periodos prolongados y a nivel nacional e internacional, que implicó una exposición pública sin la debida contraprestación en dinero, como lo hubiese sido si dicha exposición se hubiere enmarcado dentro de un contrato civil o laboral para tal efecto”). Sentencia del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, de fecha 27 de marzo de 2015, rol C-3.049-1998.

¹⁴² Considerando 8° de la sentencia de 1^a instancia, 26 de abril de 2013, del 27° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁴³ Considerando 2° de la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2014.

en las decisiones más recientes. Esto, considerando el caso Marré Grez con Banco Santander-Chile, y otros relativos a otros derechos de la personalidad, en los que la Suprema expresamente ha acogido recursos de casación, y resuelto rechazar la demanda por falta de prueba del daño moral (tal como en Cordero Velásquez con Red de Televisión Chilevisión S.A.)¹⁴⁴. Lo correcto sería entender que una vulneración al derecho a la imagen de una persona puede generarle un perjuicio extrapatrimonial (una alteración psicofísica), pero este deberá acreditarse, ya que no es suficiente para tener por probado el daño, la sola constatación de haberse lesionado el derecho.

3. *La alternativa: la acción restitutoria*

Puede ocurrir que la vía indemnizatoria no sea posible¹⁴⁵ o no sea atractiva para el sujeto cuya imagen se ha utilizado sin autorización. Puede que no exista daño o que los beneficios obtenidos por quien comete la intromisión sean notoriamente superiores a la supuesta cuantía del daño sufrido. Esto sucedería en la hipótesis del uso publicitario de imágenes, segmento en el que estas se utilizan como un complemento para difundir productos en el mercado, de tal manera que el público los perciba más rápido, como más atractivos, de mejor calidad o ambas y, en consecuencia, que la comercialización del bien o servicio en cuestión se torne más rentable para el tanto para el fabricante, distribuidor como para el vendedor¹⁴⁶. En estos casos,

¹⁴⁴ Se trató de un caso de vulneración a la privacidad (pero que en la demanda se recondujo –desacertadamente– a una hipótesis de difamación), motivado en la difusión de videograbaciones obtenidas subrepticamente en la consulta médica donde la demandante ejercía su profesión. En segunda instancia se confirmó la concesión de una indemnización de perjuicios por daño moral, por la suma de cincuenta millones de pesos, identificándose el perjuicio con la “afectación y lesión de un derecho personalísimo, a saber, el nombre y fama”. La Corte Suprema casó la sentencia por considerar que no se había acreditado el daño moral (por la vía de considerar vulneradas las “leyes reguladoras de la prueba”), y rechazó la demanda por no haberse rendido prueba que acreditase la existencia del daño moral “que habría sufrido por las aflicciones y molestias experimentadas como consecuencia de la exhibición de la filmación obtenida con cámaras ocultas”.

¹⁴⁵ Por diferentes razones, sea porque no podrá acreditar el daño (por problemas fácticos o porque simplemente no lo hay), o porque advierte con antelación que no hay imputabilidad, entre otras.

¹⁴⁶ Debe cuidarse si hay situaciones que se aproximan a la hipótesis recién descrita, pero que no siempre debieran recibir el mismo tratamiento. Se hace alusión principalmente, al uso de imágenes por parte del fisco, en campañas de difusión de programas estatales (sobre las que hay una cantidad no despreciable de casos). La diferencia estiba, en que en este caso habría ausencia de ánimo de lucro por parte del sujeto que realiza la publicidad, motivo por el cual, si bien se pueden configurar hipótesis de enriquecimiento (tanto en

el usurpador verá aumentados sus beneficios por el hecho de asociar una determinada imagen a su producto, en publicidad. Esta circunstancia abre la puerta a preguntarse si es admisible que la víctima accione solicitando la suma de dinero que el demandado obtuvo por la explotación de la imagen del demandante, como medio para equilibrar la atribución patrimonial impropia de quien se ha aprovechado comercialmente sin autorización. El sustento de esta cuestión es el principio que llama a repudiar el enriquecimiento sin causa¹⁴⁷, que en este caso podría justificar que se despoje a un individuo de ciertas ganancias o beneficios, obtenidos en parte a costa del ejercicio no autorizado del derecho de un tercero¹⁴⁸.

En consideración a que se trata de un mecanismo que carece de una regulación sistemática y general, corresponde verificar si es posible que en esta materia concurren las exigencias que tradicionalmente se han establecido para que se configure una hipótesis en que sea admisible una acción restitutoria por enriquecimiento injusto¹⁴⁹. Estos son, en términos

los operadores intermedios –por ejemplo, fotógrafo, publicista– como en la circunstancia de que el Estado igual se ahorra la suma de dinero que hipotéticamente se le debería haber pagado al perjudicado), en principio, se ve más clara una acción fundada en un enriquecimiento injustificado en un ámbito estricto entre particulares, quienes pueden buscar obtener “beneficios comerciales”, a diferencia del Estado. Y, además, aunque más forzado, se podría argumentar que en el caso de las campañas estatales, primaría la libertad de información (ya que sería eso lo que persigue el fisco, al difundir las imágenes asociadas a determinados “discursos”).

¹⁴⁷ Al respecto, véase PEÑAILILLO (2003), p. 102 y ss. Debe tenerse presente que en la única ocasión en que la Corte Suprema de Estados Unidos se ha pronunciado sobre el *Right of Publicity*, indicó que su fundamento principal era la de prevenir enriquecimientos injustificados, TAN (2008), p. 923.

¹⁴⁸ Contravieniéndose la opinión de que “todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón (no el simple hecho de que haya sido causado por otro) para trasladarlo a un patrimonio ajeno”, PANTALEÓN (1993), p. 1989. Un mecanismo que permita lo contrario, naturalmente generará suspicacias y considerarse como “desincentivador” a desarrollar determinadas actividades productivas (para un panorama general de esta discusión, puede verse GORDLEY (2007), p. 423 y ss.). Cuando la restitución deviene de un hecho ilícito, las objeciones teóricas que se pueden oponer a una acción restitutoria debieran ser más débiles, pero debe cuidarse que en este caso la restitución no tendría como fundamento el enriquecimiento injustificado, sino que la antijuricidad de la conducta del demandado (diferencia expuesta con claridad en Inglaterra, al distinguirse dentro de los eventos que dan lugar a acción restitutoria, a las hipótesis de enriquecimiento injusto propiamente tales, de las convenciones; los *wrongs* –clasificación de actos ilícitos que incluiría los *torts* e incumplimientos de contratos, entre otros– ; y otra clase miscelánea de eventos, precisándose que en las ajenas al enriquecimiento propiamente tal, la causa de la acción no es de manera exclusiva el enriquecimiento injusto, sino que otra con un fundamento diferente. Véase BIRKS (2005), p. 21 y ss.).

¹⁴⁹ Se podría observar que la expresión ‘restitutoria’ no es del todo coherente con el supuesto aquí planteado, en atención a que la restitución solo puede operar en supuestos

generales, el enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del demandante y la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento¹⁵⁰. Si se considera que el enriquecimiento se puede medir desde un punto de vista positivo, vale decir, como cualquier ventaja o beneficio que una persona ha recibido, y también negativo, incluyéndose aquí las situaciones en las que se evita una pérdida o disminución patrimonial¹⁵¹, es posible tener por superado el primer requisito (teniendo presente que concurrirá, incluso, en hipótesis en las que el usurpador debió enfrentar pérdidas, pero que no pagó una contraprestación por el uso de la imagen, esto es, se ahorró costos). La exigencia del empobrecimiento es actualmente debatida por cierta doctrina¹⁵², que entiende que no sería necesario que el actor haya debido soportar una disminución patrimonial para que se configure la acción. Si se asume que es una exigencia ineludible, se podría advertir que en la práctica puede ser difícil describir empobrecimiento, cuando se trata de un derecho subjetivo con las características que ya se han descrito. El derecho a la imagen, no se “desgasta” ni desaparece por su ejercicio¹⁵³, a diferencia de lo que ocurre con los derechos que recaen sobre cosas corporales, que siguen la suerte de su objeto. Sin embargo, incluso manteniendo el requisito, podría tenerse por verificado si se asume

160

en que “devolver” una cantidad que originalmente se encontraba en el patrimonio del demandante (requiere, entonces, una relación entre las partes). Frente a esta cuestión, se ha planteado emplear expresiones cuyas traducciones literales al castellano no reflejan su real significado (léase ‘*disgorgement*’ o ‘*giving up*’, en lugar de ‘*giving back*’), y que responden más a la idea de renuncia que de restitución. En todo caso, se ha defendido mantener la terminología clásica (*restitution*), que en Roma cubría ambos aspectos, en atención a que se encuentra consolidada tanto en Derecho europeo continental como el *Common Law*, y a que la distinción para estos efectos, sería terminológica, GIGLIO (2007), pp. 12-13.

¹⁵⁰ DÍEZ-PICAZO (2007), p. 118. En el *Common Law*, las exigencias para que proceda una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado son similares, véase BIRKS (2005), p. 39 y ss. Sin embargo, la situación cambia cuando la acción restitutoria tiene como causa la comisión de un acto ilícito que afecte al demandante, ya que en ese caso no se requeriría literalmente un empobrecimiento, sino que la atribución sea “a sus expensas” (lo que no siempre será equivalente), véase BURROWS (2012), pp. 27 y 63.

¹⁵¹ BURROWS (2012), p. 45; DÍEZ-PICAZO (2007), p. 119.

¹⁵² BASOZABAL (1998), p. 39, quien aclara que si la acción queda supeditada a la existencia de un daño, es al final un subtipo de acción indemnizatoria. En Chile, por prescindir de ese requisito también, PEÑAILILLO (2003), p. 106 y ss., quien por ese motivo prefiere hablar de *atribución* patrimonial impropia, en lugar de desplazamiento patrimonial impropio. Pese a esto, en jurisprudencia es posible encontrar decisiones que entienden que la exigencia no es eludible, véase Retamal Acuña con Araos Valdebenito (2015).

¹⁵³ Sin embargo, se debe reconocer que si la imagen es asociada a un determinado producto durante un lapso de tiempo, puede perder –o no– atractivo publicitario, fenómeno que podría asimilarse a un “desgaste”, al menos temporal. Asociada a un producto, pierde atractivo publicitario para un competidor (que originalmente, quizá podría haber pagado más), lo que podría configurar un daño emergente, véase n. 120.

que el empobrecimiento no se agota en una pérdida apreciable desde un punto de vista pecuniario, sino que se extiende también a las situaciones en las que el sujeto, producto del enriquecimiento injustificado del tercero, no obtiene un lucro que le habría correspondido. La tercera exigencia, puede ser más problemática en un área que es, al menos en apariencia, ajena a la patrimonialidad (y no relacionada objetivamente con una prestación), pero se podría considerar satisfecha con la antijuricidad que implica el ejercicio de un derecho subjetivo por parte de quien no es su titular, sin autorización.

No obstante, no puede obviarse que la existencia de una teoría unitaria que resuelva todas las situaciones relacionadas con enriquecimientos injustos es hoy controvertida y, por ende, discutida también la exigencia de los requisitos recién enunciados¹⁵⁴. La alternativa consiste en la identificación de las diferentes clases de relaciones que presenten conflictos de esta naturaleza (*condictios*), para luego elaborar una respuesta adecuada a esa especie de problema, de acuerdo con la ley y a los principios que rigen el ámbito jurídico particular¹⁵⁵. Dentro de las *condictios* “no prestacionales” se encuentra la denominada *condictio* por intromisión, que se

“encarga de la restitución de todos aquellos enriquecimientos que hayan sido obtenidos mediante la usurpación de un bien ajeno a través de su uso, disfrute, consumo, disposición o enajenación ilegítimos”¹⁵⁶.

161

Su fundamento –descartada la tesis de la antijuricidad, por considerarse un requisito ajeno a la configuración del enriquecimiento– consistiría en que el uso de una cosa por quien no es su titular y sin su consentimiento, se contradice con lo que se denomina el “contenido de atribución” de su derecho¹⁵⁷. Y sería aplicable al derecho a la imagen, siempre que se asuma que tiene un aspecto o contenido patrimonial, que es disponible, comerciable y transable en el mercado, y que su ejercicio es exclusivo de

¹⁵⁴ Véase BASOZABAL (1998), p. 43 y ss., con especial referencia al ordenamiento alemán.

¹⁵⁵ BASOZABAL (1998) p. 42.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p. 70. El autor, al exponer el debate sobre la cuestión en la doctrina germana, observa que esta tesis primaria por sobre la teoría de la antijuricidad, que condiciona el enriquecimiento que ha sido obtenido mediante una acción antijurídica (en el mismo sentido, BARROS (2009), p. 29, quien entiende que aun la intromisión “inocente” da derecho a la acción restitutoria también). Para un desarrollo acabado de los problemas que plantea la justificación de una acción restitutoria en hipótesis de intromisión en derecho de tercero, véase BASOZABAL (1998), p. 53 y ss.

su titular, quien tiene el monopolio sobre su explotación¹⁵⁸. Sin embargo, recientemente se ha observado que no habría coincidencia entre el ámbito de protección de la *condictio* por intromisión, con los conceptos “derechos con contenido de atribución”, en el sentido de que no sería suficiente para poder recurrir a la acción de enriquecimiento injustificado, el que se haya ejercido un derecho subjetivo absoluto por parte de un tercero sin autorización, sino que, además, es necesario que exista un

“mercado usual y razonable en que acudir como medio de determinación y valoración de la eventual ventaja patrimonial que adquiere en intromisor no autorizado; y ello, a fin de que, de este modo, la *condictio* por intromisión en derecho ajeno pueda desempeñar su función de reintegración del derecho lesionado”¹⁵⁹.

En ese orden, para satisfacer las exigencias que impone la procedencia de una *condictio* por intromisión, se requeriría la existencia de un derecho subjetivo cuyo titular tenga el monopolio exclusivo sobre el mismo; que sea ejercido sin autorización por un sujeto distinto a su titular; que de la intromisión se deriven ventajas patrimoniales de cualquier clase y que exista un mercado “usual y razonable” que permita valorar el monto de la suma a reintegrar.

¹⁵⁸ BASOZABAL (1998), p. 81. Enrique Barros, por su parte, entiende que el enriquecimiento por intromisión es factible –y típico– en el caso de los derechos de la personalidad, al menos respecto de su contenido patrimonial, atendido a que se trataría de derechos absolutos, BARROS (2009), p. 24. Cierta doctrina inglesa ha intentado construir justificaciones que sustenten la procedencia de acciones restitutorias ante hechos ilícitos (ciertos *wrongs*), desde una perspectiva de justicia correctiva, que arriban a resultados similares. Partiendo de la premisa que el derecho de propiedad concede a su titular la facultad de gozar de la cosa y de explotarla, y que el resto de la sociedad debe respetar ese derecho, se infiere que cualquier ganancia obtenida por sujetos distintos al dueño –sin causa justificante, se entiende–, queda sujeta a restitución (equiparándose los beneficios con la cosa misma, en lo que al derecho de propiedad se refiere). Esta lógica –que permite despojar de utilidades de un negocio a quien ha participado en él con su propio esfuerzo, pero a costa de bienes de un tercero– sería también aplicable a derechos asimilables al de propiedad, en la medida en que se trate de derechos absolutos (oponibles al resto de las personas) y comerciables, véase WEINRIB (2000), p. 12 y ss.

¹⁵⁹ VENDRELL (2012), p. 1155 y ss. El autor aclara, además, que la *condictio* por intromisión no debiera descartarse en los casos en que el valor de mercado es simbólico, o en apariencia inexistente (lo que sucedería con la imagen de un ciudadano “común y corriente”), ya que ese recurso –el valor de mercado– no se reflejaría en la aptitud del derecho para conferir a su titular una acción de enriquecimiento, sino que sobre el objeto de la pretensión, Vendrell (2012), p. 1157.

3.a) Precisiones

Si bien lo expuesto permite una aproximación general al problema, deja abierta una serie de cuestiones cuya complejidad amerita un análisis más pausado. En primer orden, debe tenerse presente que no parece tan clara la forma de determinación del factor al que se recurrirá al fijar el monto de la restitución. Por un lado, puede entenderse que al actor le corresponde que se le pague lo que habría cobrado de haber cedido voluntariamente su imagen al demandado, con independencia de los ingresos que le significó a este su uso no autorizado, o lo que se ahorró por no contratar a otro sujeto. En este supuesto, si bien es la existencia de un enriquecimiento (positivo o negativo) el que gatilla la procedencia de la pretensión, este no será el que sirva como índice o factor de medición del monto a conceder por la acción. Por otro, se presenta la opción que consiste en prescindir del “precio” que se le podría asignar a la imagen del perjudicado, y centrar la atribución en las utilidades que obtuvo el demandado por el uso de las imágenes, privándolo de ellas (o al menos, parcialmente). En ambas hipótesis se trata de conductas reprochables, pero que no son necesariamente reconducibles al campo de la responsabilidad civil, principalmente porque no se requiere la existencia de un daño (sin perjuicio de lo que se expresará, a propósito del lucro cesante). En España, en materia de propiedad intelectual e industrial se ha planteado que estos mecanismos –presentes en ciertos cuerpos legales para determinar la indemnización de perjuicios– se aplicarán dependiendo de las circunstancias: corresponderá restituir ganancias cuando se llegue a la convicción de que el titular habría explotado por sí su derecho, y en caso contrario, solo el precio con el que hubiese podido legitimarse el uso del derecho por parte del usurpador, pero debe cuidarse que se trata de opciones atinentes a pretensiones propiamente indemnizatorias, y no a enriquecimientos¹⁶⁰. Fuera de ese ámbito, desde una lógica estrictamente reintegradora, se ha planteado que el objeto de la pretensión restitutoria debe restringirse a

“reintegrar en el patrimonio del titular del derecho usurpado aquello que, precisamente, el ordenamiento le había atribuido en exclusiva. Y es evidente que cuando un ordenamiento asigna en exclusiva a una persona una posición jurídica absoluta sobre un bien no atribuye o garantiza a esta persona unas ganancias; sino que, simplemente, le atribuye una posibilidad de obtener ganan-

¹⁶⁰ Véase BASOZABAL (1997), pp. 1297-1298.

cias mediante la facultad jurídica de explotar por sí mismo o por medio de un tercero el bien en cuestión”¹⁶¹.

Y que solo se justificaría ampliarlo a las ganancias obtenidas por el usurpador, si se asume que dentro de la justificación de la acción se encuentra también una función “preventivo-punitiva”, ante una supuesta la necesidad de disuadir y castigar las intromisiones (por una cuestión de eficiencia)¹⁶². En este supuesto solo se justificaría el despojo de ganancias –netas– al usurpador doloso, y no al inocente, cuidándose que esta partida requeriría un tratamiento diferenciado, en consideración a que cumple una función distinta (y la acción en este caso, discutiblemente sería transmisible *mortis causa*)¹⁶³.

En el *Common Law* se ha empleado el primer mecanismo, en incumplimientos de contratos relacionados con deberes de confianza e información confidencial, y se ha planteado en más de una oportunidad en el ámbito teórico al menos–, extenderlo a hipótesis de vulneraciones a la privacidad¹⁶⁴. La doctrina anglosajona ha discutido la procedencia de la distinción –a propósito de acciones restitutorias derivadas de hechos ilícitos, y no de meros enriquecimientos injustificados–, y sobre los criterios que se deberían aplicar al optar entre ambos mecanismos. En ese contexto, se plantea que la atribución calculada sobre las utilidades netas obtenidas por el usurpador solo procedería en hipótesis fácticas dolosas, en las que el ejercicio no autorizado del derecho se hizo a sabiendas de que las ganancias superarían una eventual indemnización; o en las que se ha violado un deber de confianza, situación en la cual sería necesario tratar al demandado con una “severidad” mayor. En estos casos, se justificaría la necesidad de disuadir ciertas conductas, más que en un afán de resolver desequilibrios patrimoniales. En el resto de los supuestos, la acción no sería lo suficientemente justificada como para privar al demandado de sus utilidades, con el objetivo de entregárselas al demandante¹⁶⁵. La

¹⁶¹ VENDRELL (2012), pp. 1179-1180, con referencias a la doctrina alemana y portuguesa, y restringiendo, entonces, el alcance de la acción al valor de uso de la cosa (precio por el cual se habría autorizado al usurpador). En el mismo sentido, BASOZABAL (1997), p. 92.

¹⁶² BASOZABAL (1997), p. 93. El autor deja abierta la discusión respecto a la ausencia de una justificación coherente para la asignación de las ganancias a la víctima (y no al Estado, por ejemplo), en circunstancias de que una lógica punitiva no lo explica.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁴ Véase WITZLEB (2009), p. 345 y ss. A este respecto, Francesco Giglio entiende que la pregunta a responder es, quien –el demandante o el demandado– es el que *merece* las ganancias obtenidas por el negocio, aun cuando el demandado no habría razonablemente podido obtenerlas por sí mismo, GIGLIO (2007), p. 225.

¹⁶⁵ EDELMAN (2000-2001), p. 1.876. El autor enfatiza que este mecanismo no tendría relación con el repudio al enriquecimiento injustificado sino que sería un remedio exclusivo

ampliación de la pretensión restitutoria al despojo de ganancias se explica en una finalidad preventivo-disuasoria¹⁶⁶.

En ese orden de ideas, en el supuesto de intromisiones dolosas¹⁶⁷, sería razonable entender que si se trata de un sujeto calificable como “celebridad”, cuya imagen, incluso, se asocia a bienes y servicios en materia publicitaria, proceda una pretensión dirigida a despojar al autor de la intromisión de sus ganancias (netas), y no en caso contrario (si no es un sujeto que habitualmente lucre con su fama, atendido a que, de manera discutible, la obtención de esas ganancias podrían entenderse integrantes del “contenido de atribución”¹⁶⁸ del derecho). Sin embargo, se debe advertir que la cuestión no es pacífica, y requiere ciertas prevenciones.

Primero, es necesario despejar de la pretensión restitutoria, el ítem “beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente” en el evento de haber explotado por sí mismo el derecho, en consideración a que se trataría, en realidad, de una partida indemnizatoria, particularmente de lucro cesante¹⁶⁹. Si bien es más sencillo asimilar esta hipótesis a derechos con objetos diferentes al de la imagen (como el de autor o de marcas), se debe admitir que en este caso la cercanía con la pretensión meramente restitutoria no es menor, siendo el vector diferenciante la *previsibilidad*, y que desde luego, se presenten los requisitos típicos de la responsabilidad

para hechos ilícitos, como alternativa a la compensación. Andrew Burrows critica la tesis de James Edelman, entre otras razones porque observa un fuerte componente punitivo (más que disuasivo) en privar de todas las ganancias, sobre todo en situaciones en las que es difícil disociar lo que corresponde a utilidades, y al esfuerzo personal del usurpador (si se lo priva del monto correspondiente a esto último, se lo está castigando), insistiendo en que se trata de dos formas de calcular el monto de la restitución, y no de dos mecanismos independientes, BURROWS (2012), pp. 634-635.

¹⁶⁶ La disuasión –así como la punición– no son ajenos a mecanismos de esta naturaleza en el *Common Law*, tanto como fundamentos de *torts* como de acciones restitutorias, véase CANE (1997), p. 112 y ss.

¹⁶⁷ Por la particular configuración del derecho usurpado, no debiera dudarse en incluir aquí a la culpa grave, la cual debiera verificarse sin mayores inconvenientes cuando se trata de una intromisión primaria, esto es, quien demanda es el titular del derecho a la imagen (el fotografiado), y no un tercero cesionario de ciertas imágenes, quien ha visto como un competidor las ha usado antes que él. El operador que utilice imágenes ajenas sin mediar un acto o contrato –u otra causal de justificación–, no obraría con la mínima diligencia que se le puede exigir (y probablemente, con mala fe). Distinto es el supuesto del comprador o cesionario de las imágenes a un tercero que ya –aparentemente– es su titular, caso en el cual debiera evaluarse caso a caso, presumiéndose lo normal (la buena fe y la diligencia).

¹⁶⁸ En contra, VENDRELL (2012), pp. 1136-1137, quien entiende que el contenido atributivo no debe atender –entre otros factores– al “mero esfuerzo inversor realizado por el titular de la posición jurídica infringida, en la medida en que dichas inversiones no culminen en el reconocimiento o concesión de un derecho de exclusiva”.

¹⁶⁹ BASOZABAL (1997), p. 1296.

civil (en particular, culpa o dolo). Si la conducta del usurpador es culpable o dolosa, la víctima podría reconducir la acción al lucro cesante, siempre y cuando logre vencer las dificultades probatorias que le impone el requisito de la previsibilidad (sumado a que en la práctica, no será habitual que un sujeto “explote –comercialmente– por sí mismo” su derecho a la imagen). Cabe observar que esta “partida” indemnizatoria se asemeja al objeto de la acción que persigue los beneficios obtenidos por el infractor, mas en este caso, se refiere a las ganancias del demandado, y en el primero, a las que hipotéticamente habría obtenido el demandante (las cantidades no tienen por qué coincidir). La acción restitutoria no se origina en pérdidas del demandante –son irrelevantes a estos efectos– sino que en ganancias del demandado, dentro de las cuales se incluye cualquier ahorro¹⁷⁰.

Segundo, se debe tener presente una prevención que se origina en un reclamo teórico de cierta doctrina estadounidense en relación con las sumas de dinero que se conceden por infracciones al *Right of Publicity*. La objeción descansa en la identificación previa de los fundamentos con los que en el ámbito legislativo y judicial se ha justificado la procedencia de ese derecho en Estados Unidos, desde su reconocimiento jurisprudencial. Estos serían principalmente cuatro¹⁷¹:

- Primero, consideraciones derivadas de la concepción *Lockeana* de la propiedad privada, que se resume en que cada individuo es dueño de su propia “personalidad” y, a su vez, del producto del trabajo que obtenga con su esfuerzo personal¹⁷². En ese orden, el valor “económico” de la identidad de cada *celebridad* le corresponde a ella misma, porque responde de manera principal al producto de su propio esfuerzo¹⁷³. Este argumento atribuye en exclusiva los beneficios que se asocian a la imagen de un sujeto, a su titular e impone la necesidad de corregir cualquier desviación que se los conceda a un tercero, sin más.
- Segundo, el repudio al enriquecimiento injustificado, respecto al cual las consideraciones son similares a las aquí expuestas, y a las que se agregan las prevenciones de carácter moral¹⁷⁴.

¹⁷⁰ WEINRIB (2000), p. 19. Es relevante la prevención, ante la natural tendencia a confundir las pérdidas de la víctima con las ganancias del ofensor, dada la frecuencia con que en la práctica pueden coincidir (en el sentido de que la indemnización reclamada por el demandante puede ser análoga –cualitativa y cuantitativamente– a las ganancias obtenidas por el demandado). Véase CANE (1997), pp. 112-113.

¹⁷¹ TAN (2008), p. 928 y ss.

¹⁷² LOCKE (19809, p. 18 y ss.

¹⁷³ En este sentido NIMMER (1954), p. 216.

¹⁷⁴ TAN (2008), p. 932 y ss.

- Tercero, que el reconocimiento a la prerrogativa implica una motivación para el sujeto a crear una identidad publicitaria “atractiva”¹⁷⁵.
- Y cuarto, uno que aboga por una distribución eficiente de los recursos, en este caso publicitarios (cuya utilidad radica en la importancia de la publicidad en el comercio, atendido que otorgaría transparencia e información relevante a los consumidores)¹⁷⁶. Si no se atribuye a una sola persona el valor comercial de su imagen, esta termina diluyéndose entre todos los operadores, y, en consecuencia, va perdiendo completamente su valor.

Tres de estos cuatro motivos con que se intenta justificar la atribución de la titularidad económica de su imagen a una persona tienen en común considerar al *Right of Publicity* como uno análogo al derecho de propiedad, al tratarlo con cánones similares y atribuirle características comunes.

Sin embargo, se les ha objetado –sobre todo a los dos primeros–, que se fundarían en una premisa que es, al menos, discutible. Consiste en asumir que el valor de la imagen de un sujeto, que asociado a un producto incrementará hipotéticamente sus ventas, responde en forma exclusiva al mérito de su titular. Esta proposición omitiría que el valor correspondería, en parte, al esfuerzo del titular de la imagen y, en parte, a la concurrencia de otros factores ajenos al sujeto, en particular a la industria de la publicidad y, curiosamente, al público. Para llegar a esta conclusión, se identifican tres características principales de lo que se podría considerar una *celebridad* o *persona famosa*. Estas son que sería una “identidad pública” creada por la industria de la cultura y el público (la audiencia), diferente al ser humano individual; a su vez, una mercancía o producto y, por último, un “signo cultural” en constante formación, que en ciertos casos representa mucho más que la persona humana que le dio origen (tienen múltiples significados culturales, que trascienden al sujeto)¹⁷⁷. Si se acepta la concurrencia de estas particularidades hay que hacerse cargo del papel de operadores diferentes al titular, en la construcción de una personalidad “valiosa” cuya imagen es susceptible de comercializarse a un precio atractivo. Uno de esos operadores sería la audiencia, que percibiría un sujeto diferente al ser humano “celebridad”, y va participando activamente en la construcción de un personaje, que puede o no coincidir con la persona humana¹⁷⁸. Otro lo constituyen los productores de la industria cultural y

¹⁷⁵ TAN (2008), p. 934 y ss. El autor aclara que la diferencia de esta justificación con la de la *Lockean labor theory* radica en que en la primera se presenta como una motivación, y en esta última, como una recompensa (en la práctica, la línea es difícil de identificar).

¹⁷⁶ Es lo que se insinúa en POSNER (1978), p. 411.

¹⁷⁷ TAN (2008), p. 949.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 950.

de espectáculos (diseñadores de medios, publicistas y cualquier otro que contribuya a la creación y propagación de la “personalidad famosa”), los que –según el caso– pueden también ejercer cierta influencia en el valor que se le atribuye en el mercado, a la imagen de la celebridad¹⁷⁹. En consecuencia, lo que se ha intentado demostrar es que el valor de la imagen de –al menos– parte de las celebridades, responde no solo a su esfuerzo propio. En la actualidad sobran ejemplos de sujetos que gozan de cierto reconocimiento del público y de los “medios”, por circunstancias ajenas a su mérito personal y, ocasionalmente, fáciles de detectar (piénsese, por ejemplo, en el participante de un *reality show*, comparado con un deportista o escritor exitoso). Todo lo anterior sería un motivo para tomar con precaución, la cuantificación de una restitución de beneficios obtenidos con el ejercicio no autorizado de la imagen de un sujeto. Sin embargo, se trata de una prevención teórica que no está exenta de críticas. La principal se resume en que aun asumiendo que la “celebridad” habitualmente no es la única creadora de esta “popularidad” económicamente explotable (y reconociendo que, incluso, en ella juegan factores fortuitos), al momento de resolver quién debe ser el titular de ese valor económico asociado a la fama, las opciones no incluyen al “dominio público” (como se podría pensar), sino que se restringirían a la “celebridad” (que puede o no ameritar beneficiarse con su fama), y un tercero “extraño” que se ha apropiado de ella en forma ilegítima. Por lo tanto, la pregunta a responder no sería si la víctima merece o no esos beneficios desde un punto de vista moral, sino que si el sujeto que ha usurpado de la imagen de un tercero tiene o no derecho a conservar los beneficios obtenidos. Y entre esos dos extremos, parecería más adecuado inclinarse por el primero¹⁸⁰.

Por último, es importante detenerse en la cuestión de la supuesta incompatibilidad de la acción indemnizatoria con la restitutoria. Por un lado, hay quienes entienden que el perjudicado que se encuentra en una hipótesis de perseguir tanto una indemnización como la restitución de beneficios, debe optar por uno de los dos caminos, dependiendo del que le resulte más atractivo (deberá hacer un juicio hipotético del monto de la indemnización y contrastarlo con el resultado del mismo ejercicio, sobre las ganancias). El principal motivo –hay otros– sería que si se opera sobre los beneficios obtenidos por la infracción se estaría condonando tácitamente el ilícito¹⁸¹ (y obrando en contra de sus propios actos), el que

¹⁷⁹ TAN (2008). p. 955.

¹⁸⁰ En este sentido, HALPERN (1995), p. 871 y ss.

¹⁸¹ BARROS (2009), p. 66. En Inglaterra, pese a que los motivos no están tan claros, la doctrina asentada es que el demandante debe escoger entre el camino compensatorio y el restitutorio, BURROWS (2012), p. 627 y ss.

se vería obligado a tolerar. Aunque es discutible, debiera prevalecer la tesis contraria, ya que se trata de acciones con funciones, presupuestos fácticos y requisitos diferentes¹⁸². Es más, cuando se trata de derechos de la personalidad, en la práctica se estaría afectando bienes jurídicos distintos: el contenido moral del derecho de la personalidad y su contenido patrimonial, motivo que deja en evidencia la que ambas acciones debieran ser compatibles¹⁸³. El derecho a la imagen protege aspectos íntimamente ligados a la dignidad humana y, a su vez, intereses patrimoniales, derivados de los productos del ejercicio del mismo. Por estos motivos, parece coherente compatibilizar ambas pretensiones, aunque se deriven de la vulneración del mismo derecho¹⁸⁴.

3.b) Derecho chileno

Al igual como ha ocurrido en legislaciones comparadas con tradiciones similares, el repudio al enriquecimiento injustificado no habría sido recogido de manera expresa en legislación chilena como un principio general, ni tampoco cuenta con una tradición jurisprudencial respetable¹⁸⁵. Sin embargo, no puede obviarse que se encuentra contemplado en el *Código Civil* en ciertas hipótesis específicas¹⁸⁶, y que según cierta doctrina autoriza-

¹⁸² BASOZABAL (1998), p. 104; en el mismo sentido VENDRELL (2012), p. 1.164. Luis Díez Picazo recuerda que en España, en un principio los tribunales, por prudencia, no aceptaban la compatibilidad de acciones, y consideraban a la acción restitutoria como subsidiaria, tendencia que en la actualidad ha sido abandonada (y se permite su acumulación con la acción indemnizatoria). Véase DÍEZ-PICAZO (2007), p. 123. A favor de la compatibilidad en el ordenamiento inglés, GIGLIO (2007), p. 217.

¹⁸³ BARROS (2009), p. 71, el autor se muestra reticente a la compatibilidad de acciones como regla general.

¹⁸⁴ Aunque pudiere parecer forzado, la hipótesis del cirujano que pierde la mano sufrirá un perjuicio extrapatrimonial (el dolor y el daño corporal) y, además, uno patrimonial (lucro cesante), derivados ambos de la protección de su derecho a la integridad física.

¹⁸⁵ Los fallos que lo recogen son aislados. Pueden verse los reseñados en FUEYO (1990), p. 470 y ss.; los citados en PEÑAILILLO (2003), p. 129, n. 172, y alguna otra sentencia esporádica que lo aplica (o que, derechamente, rechaza que se lo pueda invocar como fuente autónoma de obligaciones, véase Sociedad Corral y Alcaino Limitada con CODELCO Chile [2015]). En general, las referencias al enriquecimiento injustificado suelen hacerse para justificar el rechazo de acciones (como argumento para desechar una acción que, de acogerse, produciría un enriquecimiento injustificado), más que para dar lugar a acciones restitutorias de beneficios obtenidos de manera injusta por el demandado. En épocas recientes, se lo ha invocado para resolver casos que se relacionan con el art. 2316 del *Código Civil*, donde se dispone una acción restitutoria para el perjudicado por un acto doloso, contra el tercero que se hubiese aprovechado de él, véase Corporación de Fomento de la Producción con Energías S.A. (2013).

¹⁸⁶ Además de los que tradicionalmente se citan por la doctrina en materia de Derecho Civil –véase Fueyo (1990), p. 443 y ss.–, se puede sumar, por ejemplo, el inciso

da, tácitamente podría considerársele fuente de obligaciones, con asidero legal en los arts. 578 y 1.437 del *Código Civil*, sumados al fundamento de la equidad¹⁸⁷. A lo anterior, se pueden sumar al menos dos normas especiales, que permiten, de manera expresa, fijar montos en razón de beneficios obtenidos a costa de la intromisión en derechos de terceros. Uno es la Ley de Propiedad Industrial¹⁸⁸, pero esta circunscribe las ganancias a un factor para determinar la indemnización de perjuicios, de una forma casi idéntica a la ley española del ramo¹⁸⁹, y similar a la redacción original del art. 9.3 de la ley orgánica 1/1982 del mismo país, en lo correspondiente a los criterios para calcular el daño moral¹⁹⁰. En estos casos, en realidad, no se trata de una pretensión restitutoria por enriquecimiento, sino que indemnizatoria por daños, siendo los beneficios un factor de cuantificación de la indemnización, pero no parte de una acción restitutoria¹⁹¹. Y

primero del art. 361 del *Código de Comercio*, que contempla expresamente una acción por enriquecimiento: “La modificación cuyo extracto no ha sido oportunamente inscrito en el Registro de Comercio no producirá efectos ni frente a los socios ni frente a terceros, salvo el caso de saneamiento en conformidad a la ley y con las restricciones que ésta impone. Dicha privación de efectos operará de pleno derecho, sin perjuicio de la acción por enriquecimiento sin causa que proceda”.

¹⁸⁷ PEÑAILILLO (2003), p. 123. Para los reparos que se han formulado a este recurso, véase DIEZ PICAZO (2007), pp. 116-117.

¹⁸⁸ El art. 108 de la ley N° 19.039 otorga al demandante la opción de que la indemnización de perjuicios se determine de acuerdo con las utilidades dejadas de percibir; a las utilidades obtenidas por el infractor; o al precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por el otorgamiento de una licencia. Esta norma contiene una forma de computar la indemnización de perjuicios –particularmente, el lucro cesante– a opción del demandante. Su génesis se encuentra en la jurisprudencia alemana de fines del siglo XIX, desde donde evolucionó (no sin críticas) para ser luego recogida por el legislador español a propósito de la Propiedad Intelectual, Industrial y de Marcas, respectivamente –véase BASOZABAL (1997), p. 1263 y ss.–, y luego, por el chileno. Para comentarios respecto al art. 108, véase BARRIENTOS (2008b), p. 135 y ss.

¹⁸⁹ Véase el art. 140 de la ley 1/1996, que fija el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁹⁰ El texto original del art. 9.3 –véase n. 126– incorporaba al final como factor adicional para calcular el monto de la indemnización de perjuicios, “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. En una reforma al *Código Penal* del año 2010, se incluyó una modificación al art. 9 de la ley orgánica, que eliminó esa oración, agregándose en forma expresa en el mismo artículo, como una acción independiente, la “apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”. Carles VENDRELL entiende que esta “nueva” acción tampoco es propiamente de enriquecimiento injustificado, por estar supeditada a la ilegitimidad de la intromisión, VENDRELL (2012), n. 263.

¹⁹¹ BASOZABAL (1998), p. 173. Esta forma de calcular indemnizaciones no es exclusiva del terreno legislativo. La doctrina inglesa ha observado la misma práctica por parte de los tribunales (sin mandato normativo), donde ocasionalmente se calcula la indemnización compensatoria, tomando como referencia el eventual beneficio que habría obtenido la

otro, es la Ley de Propiedad Intelectual¹⁹², que establece expresamente la posibilidad de que el infractor sea condenado a pagar las ganancias que haya obtenido, siempre y cuando no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios, lo que constituiría una acción de restitución por enriquecimientos, establecida con una aparente finalidad disuasoria.

Ahora bien, la restitución de ganancias por intromisión en el caso del derecho a la imagen en nuestro país requiere ciertas observaciones. Primero, tener presente que existen opiniones que discuten su procedencia sin un respaldo legislativo sólido: En apariencia se trataría de una prerrogativa que no cuenta con consagración ni regulación legal (expresa) y, por lo tanto, no existirían criterios predefinidos en el ordenamiento en relación con su protección (en otras palabras, no bastaría con fijar el concepto de contenido de atribución, sino que, además, se requeriría una protección definida por el legislador)¹⁹³. No obstante, la supuesta ausencia normativa puede ser suplida en este caso recurriendo a la consagración constitucional del derecho a la vida privada, que en sentido amplio incluiría el derecho a la imagen. En ese orden, existiría una norma expresa que establecería la existencia del derecho, con lo que se podría entender cumplida la exigencia teórica que permitiría la procedencia de una *condictio* por intromisión en él, en nuestro ordenamiento¹⁹⁴.

víctima en caso de haber ejercido su derecho de la forma que lo hizo el demandado, véase ROGERS (2004), p. 758.

¹⁹² El art. 85 E de la ley N° 17.336 establece como factores de determinación del perjuicio patrimonial, entre otros, el valor de venta de los bienes sobre los que recae la infracción y, además, la posibilidad expresa de condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios.

¹⁹³ VENDRELL (2012), p. 1.139. El autor ilustra su argumento con el “pretendido” derecho de imagen sobre las cosas, apuntando que la reproducción de la imagen de una construcción sin autorización de su propietario, por antijurídica que sea la conducta, no debiera conceder al dueño una acción de enriquecimiento dirigida a restituir en su patrimonio la ventaja patrimonial obtenida por quien explota la imagen.

¹⁹⁴ No parece una solución atractiva, invocar aquí el inciso primero del art. 907 del *Código Civil*: “El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Según una parte autorizada de la doctrina española, en el artículo equivalente del *Código español* (455) se recoge el fundamento de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno –DÍEZ-PICAZO (2007), p. 127; en el mismo sentido, Basozabal (1997), p. 222 y ss.; y con prevenciones, Vendrell (2012), pp. 1162-1163, y en particular n. 219–. Pero la norma concede los frutos que se podrían haber percibido, solo en las hipótesis de mala fe, resolviendo en sentido contrario aquellas en las que el usurpador está de buena fe (lo que sería algo contradictorio con una lógica exclusivamente reintegradora, que en esencia prescinde de juicios de valor respecto a la conducta del demandado), y aparenta, además, ser una regla destinada a resolver problemas relacionados con la restitución de cosas corporales, y aquí la naturaleza del bien protegido es completamente diferente. Asimismo, se podría agregar (con menor énfasis

Segundo, tener presente también que el “valor de mercado” de la imagen de una persona puede ir desde cero a sumas altísimas, pero que no siempre responde a mérito de la víctima. En el caso de la propiedad intelectual, parece más natural que se establezca la restitución de ganancias, porque se trata de un derecho esencialmente patrimonial, y que recae sobre un objeto cuyo valor por regla general se ha adquirido por el trabajo –la creación intelectual– de su titular¹⁹⁵. En cambio, en el derecho a la imagen, esto no siempre es así. En el caso del “ciudadano normal”, que no es interesante ni atractivo para la sociedad, su valor será siempre cercano a cero, motivo por el cual una pretensión por enriquecimiento se justificaría, pero calculada solo sobre la base de lo que el usurpador le debería haber pagado por usar su imagen en ese caso puntual¹⁹⁶ (sin perjuicio de las eventuales dificultades fácticas que implicará la fijación del monto), pero no a las ganancias que haya obtenido. Y, en consecuencia, debería darse lugar a la pretensión, aun si el infractor no tiene ganancias o registra pérdidas. Si se trata de una persona “célebre”, que habitualmente lucra con su imagen, podría abrirse la posibilidad de despojar de ganancias al usurpador, si está de mala fe.

Y tercero, no se debiese considerar una acción subsidiaria, atendido que ese “requisito” se justificaría cuando se funda la acción con el recurso exclusivo de la equidad¹⁹⁷. Incluso, si el carácter subsidiario consiste en su reserva a situaciones en que falta una regla específica que solucione el conflicto, se podría afirmar que en este escenario es donde se carecería de normas específicas, motivo por el cual no sería un obstáculo insalvable. Por los motivos indicados, se debe entender, además, que la acción es perfectamente compatible con una indemnizatoria.

quizá), que tampoco parece claro que se pueda recurrir a la analogía con los frutos, cuya existencia no responde, en esencia, al trabajo del usurpador ni del usurpado (en otras palabras, se producen constantemente, con prescindencia en muchos casos, del esfuerzo del poseedor). Menos razonable se ve invocar aquí el inc. 2° del art. 2316: “El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”, que, si bien contempla una acción restitutoria –BARROS (2006), p. 163; PIZARRO (2009), p. 683–, está supeditada a la concurrencia de un delito civil, con lo que se hace indispensable el daño. Sin embargo, podría ser de utilidad en casos de intromisiones a un titular “secundario”, esto es, al cesionario del derecho a la imagen de una persona que podría invocarlo para dirigirse contra el usurpador no doloso (tercer adquirente de los derechos sobre la imagen), siempre que concurren los otros supuestos de la norma.

¹⁹⁵ El mismo razonamiento se puede hacer respecto a la Propiedad Industrial.

¹⁹⁶ En el Derecho alemán, se condicionaba las pretensiones por enriquecimiento a la acreditación de que el particular, dado el caso, habría cedió su imagen, rechazándolas en caso contrario, WAGNER (2005), p. 175. En la actualidad la jurisprudencia de ese país considera irrelevante que el titular del derecho hubiese autorizado o no la intromisión a cambio de una contraprestación, VENDRELL (2012), p. 1152.

¹⁹⁷ DIEZ PICAZO (2007), p. 123.

Una de las escasas ocasiones en las que se ha planteado en Chile una pretensión por enriquecimiento injusto, en una hipótesis relacionada con ejercicio ilegítimo del derecho a la propia imagen, fue en relación con el uso no autorizado de videograbaciones de dos menores, en la publicidad de una multitienda, durante más de trece años¹⁹⁸. Se había demandado una indemnización de perjuicios por daño moral y patrimonial (lucro cesante) y, además, la restitución de los beneficios que la demandada había obtenido producto de la campaña. En primera instancia, se concedió solo la indemnización por daño moral (cien millones de pesos), y se desestimó la acción restitutoria, bajo el razonamiento de que no había forma de medir la incidencia que podría haber tenido la campaña publicitaria, en las ganancias de la empresa, olvidando quizá, que la empresa sí se ahorró el tener que pagar honorarios a las demandantes por usar su imagen. El fallo fue confirmado en segunda instancia, y la Suprema, sin pronunciarse sobre el enriquecimiento injustificado, resolvió rechazar la demanda por prescripción. Cabe destacar que las imágenes se habían utilizado hasta la época de la presentación de la demanda, circunstancia que, si bien no evitó que se considerase prescrita la acción (la Corte entendió que el reproche a la demandada era exhibir las imágenes sin autorización, y la demandante confesó haber iniciado negociaciones –que luego fracasaron–, con más de cinco años de antelación a la demanda), sí podría haber tenido otro desenlace, si se hubiese puesto atención a la acción restitutoria, que fue rechazada en primera instancia, y respecto a la cual no hay rastro posterior, posiblemente porque la parte demandante se abstuvo de incluirla en sus recursos.

¹⁹⁸ Bertero Hola con Comercial Eccsa S.A. (2010). Se trató de dos mujeres que habían sido por ese periodo las figuras principales de la campaña “48 horas de Ripley”, supuestamente sin autorización. La demandada alegó que las actrices, siendo menores y representadas por su madre, habían accedido participar en la campaña publicitaria, y contra el pago de un honorario único. Las demandantes, por su parte, alegaban no haber prestado su autorización, y que el hecho de que la demandada utilizase su imagen de manera persistente, y durante un lapso de trece años, les había causado diversos daños patrimoniales y morales que consistían, principalmente, en el hecho de que eran asociadas por la comunidad como la cara visible de la empresa publicitada, lo que les habría traído diversos problemas y, además, les había impedido participar en publicidad de otras empresas, pues supuestamente al ofrecer sus servicios a otros potenciales empleadores, estos las rechazaban. En 1ª instancia se había resuelto que la campaña era propiedad de la demandada, motivo por el cual podía ejercer los atributos que el dominio le conferiría, y que en consideración a que existía un contrato en el que las demandantes habían autorizado a la productora para usar sus imágenes sin un plazo determinado, y a que nunca se habían opuesto a ello de manera formal, se habían rechazado las pretensiones de daño emergente y lucro cesante.

VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar, considerando la ausencia de una consagración formal y explícita del derecho a la imagen en Chile, parece adecuado entender que el derecho a la imagen en nuestro ordenamiento se encuentra comprendido en el derecho a la vida privada. Esto pasa por considerar a este último en sentido amplio, y no como una prerrogativa que protege exclusivamente los aspectos “privados” de un individuo. En este caso, el recurso a la privacidad se explica en el sentido de que cada sujeto tiene la facultad de controlar la captación y difusión de su imagen y de otros elementos que permitan identificarlo, con el objetivo de mantenerse en el anonimato. De esta forma, se vulnera su derecho a la imagen, tanto cuando las imágenes se han captado en lugares privados como en lugares públicos. La jurisprudencia, sobre todo en materia de recursos de protección, se ha inclinado estas últimas décadas por reconocer el derecho por esta vía, o invocando al derecho de propiedad, particularmente cuando el conflicto se produce en un contexto relacionado con la publicidad. Este fenómeno ha facilitado, a su vez, que se hayan resuelto en forma congruente casos en los que se han solicitado indemnizaciones de perjuicios por vulneraciones al derecho a la imagen.

En segundo lugar, la extensión que deba darse al concepto de “imagen” para estos efectos, está ligada a la necesidad de contar con una figura que permita proteger la identidad de un sujeto. Si se considera que actualmente no existe en el ordenamiento nacional un mecanismo que resuelva los conflictos relativos al uso –lucrativo o no– de la identidad de una persona, se puede justificar que, al menos para estos efectos, el concepto de imagen deba extenderse a todas las figuras que permitan la identificación de una persona. Si bien en esta oportunidad se hizo un análisis meridianamente restrictivo (obviándose hipótesis más bien lejanas, como lo que se entiende por “retrato literario”, por ejemplo), no debiera haber problemas en aplicar la mayoría de las soluciones aquí propuestas, a escenarios similares al del derecho a la imagen, con las prevenciones del caso. En consecuencia, sobre todo para casos de uso publicitario de nombres, voz, imitaciones y otros que técnicamente escapan de una concepción estricta de imagen, lo correcto sería proceder como ha resuelto en más de una oportunidad la jurisprudencia estadounidense en materia de *Right of Publicity*, en el sentido de que

“lo importante no es *cómo* se ha producido la apropiación de la identidad, sino que el hecho mismo de que esa identidad ha sido *utilizada* por un tercero”,

sin su autorización.

En tercer lugar, en relación con las herramientas que el ordenamiento jurídico debe amparar al sujeto que ve vulnerada su imagen, hay que distinguir tres objetivos diferentes (con sus correspondientes fundamentaciones), dos de los cuales no se relacionan de manera directa con la responsabilidad civil. Primero, la posibilidad de obtener cesación de una vulneración, esto es, que la o las imágenes sean retiradas de la plataforma desde donde son difundidas o exhibidas. Esta se puede perseguir mediante el recurso de protección, e indirectamente en una acción de responsabilidad civil, cuando la difusión de la imagen cause un daño indemnizable. El segundo, la acción indemnizatoria por responsabilidad civil, que tendrá por objetivo que el titular de la imagen cuyo uso no autorizado le ha generado perjuicios, sea resarcido. Al respecto, la indemnización de perjuicios puede dirigirse a perseguir el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Pese a que en la jurisprudencia nacional no han prosperado casos de daño patrimonial, no habría mayores obstáculos teóricos para la concesión de indemnizaciones tanto por daño emergente como por lucro cesante, pero circunscritos a hipótesis de uso publicitario. El daño emergente se podría configurar en lo que se denominaría la “dilución” de la imagen de un sujeto, que se produciría cuando es usada para una finalidad publicitaria determinada. Como ha sido ya asociada a una campaña publicitaria relativa a una marca o producto específico, su valor en el mercado podría decaer para promocionar otras marcas o productos, sobre todo si corresponden a competidores. No se trata aquí de “pérdidas”, sino que sencillamente del escenario en que la imagen, al no ser exclusiva a un producto determinado, simplemente “vale menos” para otros potenciales clientes. En todo caso, esta es una cuestión de hecho que deberá acreditarse, y que posiblemente será de extraña ocurrencia. El lucro cesante debiera corresponder, en su caso, a los beneficios que el titular del derecho habría obtenido de manera previsible, en el evento de que hubiese explotado por sí mismo el derecho (y que producto de la usurpación, no pudo obtener). El daño no patrimonial, por su parte, es el que ha suscitado mayor jurisprudencia (si no el único). Respecto a este, la principal prevención consiste en insistir que no debiera bastar la sola vulneración al derecho a la imagen para que aquel se entienda configurado, sino que, además, debe acreditarse fehacientemente el daño en cada caso. Esta clase de daño no se agota con la sola lesión en el derecho a la imagen (y en ninguno de los derechos a la personalidad, más allá del papel que puedan representar las presunciones judiciales), sino que consistirá, en su caso, en las consecuencias dañosas que pudiese tener esa lesión (las alteraciones físicas o psicológicas que se deriven de la vulneración). Y, por último, más problemática parece ser la admisibilidad de una pretensión restitutoria de beneficios obtenidos por el ejercicio ilegítimo del derecho

a la imagen. Si bien el escenario legislativo actual carece de fundamentos sólidos, es posible identificar recursos en el *Código Civil* que permitirían la construcción de una justificación coherente. Esta permitiría perseguir, al menos, la suma de dinero que el usurpador le debería haber pagado a la víctima, en el supuesto de que esta le hubiese cedido voluntariamente su imagen, y en casos de imágenes de sujetos que con frecuencia lucran con su imagen, despojar, además, de las ganancias netas que haya obtenido el usurpador. Esta acción sería plenamente compatible con la indemnizatoria, atendido que se fundan en presupuestos distintos, y persiguen objetivos diferentes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGATE, Andrea (2013). “Il Diritto all’Immagine”, en Serafino Ruscica. *I Diritti della personalità*. Lavis: Wolters Kluwer.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2007). *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2008). “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una recepción adecuada”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° IV. Santiago.
- 176 ANTERION, Karine y Olivier MORÉTEAU (2005). “The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in France”, in Helmut KOZIOL; Alexander WARZILEK, *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massmedien. The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media*. Viena: Springer Wien New York.
- ANTEQUERA Parilli, Ricardo (2012). *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Madrid: Reus.
- APLIN, Tanya (2007). “The Future of Breach of Confidence and the Protection of Privacy”. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, N° 7. Oxford.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana (1997). *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Madrid: Civitas.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35. N° 1. Santiago.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). “El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial”. *Ius et Praxis*. Vol. 14, N° 1. Talca.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009). “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en Enrique BARROS BOURIE, M^a Paz GARCÍA RUBIO, Antonio Manuel MORALES MORENO. *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- BARTZ, Aaron A. (1997-1998). "And Where it Stops, Nobody Knows: California's Expansive Publicity Rights Threaten The Federal Copyright System". *Southwestern University Law Review*. Vol. 27. California.
- BASOZABAL, Xabier (1997). "Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual". *Anuario de Derecho Civil*, vol. I, N° III. Madrid.
- BASOZABAL, Xabier (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madrid: Civitas.
- BÉNÉJAT, Murielle (2013). "Les Droits sur les Données Personnelles", in Jean Christophe Saint-Pau. *Droits de la Personnalité*. Paris: Lexisnexus.
- BERTRAND, André (1999). *Droit à la vie privée et droit à l'image*, París: Litec.
- BIRKS, Peter (2005). *Unjust Enrichment*. 2ª ed. Oxford: Claredon Law Series.
- BLACK, Gillian (2011). *Publicity Rights and Image*. Oxford: Hart.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P. (2008). *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*. Barcelona: Bosch.
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José (2010). *Personas y derechos de la personalidad*. Zaragoza: Reus.
- BURROWS, Andrew (2012). *The Law of Restitution*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- CANE, Peter (1997). *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart.
- CASTALDI, Carole (2008). *L'Exploitation commerciale de l'Image des personnes physiques*. Bruselas: Bruylant.
- CASTILLA BAREA, Margarita (2011). *Las Intromisiones Legítimas en el Derecho a la Propia Imagen*. Navarra: Thomson Reuters.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- CONTRERAS NAVIDAD, Salvador (2012). *La protección del honor, la intimidad y la propia-imagen en internet*. Navarra: Aranzadi.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2001). "La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 8. Antofagasta.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2001). "El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980", en Enrique NAVARRO (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*. Santiago: ConoSur. Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/vida-privada-y-constitucion.pdf> [Fcha de consulta: 1 de diciembre de 2015].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2006). "Sobre la responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación social por atentados a la honra, intimidad e imagen". *Información Pública*. Vol. 4, N° 2. Disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/resp-civil-de-periodistas.pdf> [fecha de consulta: 29 de abril de 2015].

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CZARNOTA, Paul (2012). "The Right of Publicity in New York and California: A critical analysis". *Villanova Sports & Ent. Law Journal*. Vol. 19. Pensilvania.
- DANNEMANN, Gerhard (2012). *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. Oxford: Oxford University Press.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2007). "La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense", en José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, *Veinticinco años de Aplicación de 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*. Navarra: Aranzadi.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2007). "Delitos que vulneran la intimidad de las personas: análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno". *Ius et Praxis*. Vol. 13. N° 1. Talca.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed. Navarra: Thomson Civitas. Vol. 1.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis (1995). *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios*. Concepción: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Fondo de Publicaciones.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2000). "Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil". *Revista Actualidad Civil*. N° 2. La Rioja.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen Aída (2009). "Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño", en Carlos PIZARRO WILSON, *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LegalPublishing.
- EDELMAN, James J. (2000-2001) "Unjust Enrichment, Restitution, and Wrongs". *Texas Law Review*. Vol. 79. Texas.
- EPSTEIN, Richard A. & Catherine M. SHARKEY (2012). *Cases and Materials on Torts*. New York: Wolters Kluwer.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2014). *Privacidad*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- FUEYO LANERI, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GALAND-CARVAL, Suzanne (2001). "Non-Pecuniary Loss Under French Law", in W.V. HORTON ROGERS. *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*. Viena: SpringerWienNewYork.
- GALGANO, Francesco (2004). *Diritto Civile e Commerciale*. Padova: Cedam. Vol. 1.
- GIGLIO, Francesco (2007). *The Foundations of Restitution for Wrongs*. Portland: Hart.
- GILIKER, Paula (2014). *The Europeanisation of English Tort Law*. Oxford: Hart.
- GRIMALT SERVERA, Pedro (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Madrid: Iustel.
- GORDLEY, James (2007). *Foundations of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

- HALPERN, Sheldon W. (1994-1995). "The Right of Publicity: Maturation of an Independent Right Protecting the Associative Value of Personality". *Hastings Law Journal*. Vol. 46. New York.
- HASSLER, Théo (2014). *Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*. Estrasburgo: LexisNexis.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando. "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española" (1990), en Pablo Salvador CODERCH (dir.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando (1991). *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos.
- LARRAIN PÁEZ, Cristián Andrés (2009). "Aproximación a los Punitive Damages", en Carlos PIZARRO WILSON, *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LegalPublishing.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2013). "El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 40. N° 3. Santiago.
- LE TOURNEAU, Philippe (2014). *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'Indemnisation*. Paris: Dalloz.
- LOCKE, John (1980). *Second Treatise of Government*, Indianapolis: Hackett (edición de la original del año 1690). Disponible en <https://books.google.cl/books?id=RvY8If-nPrQC&printsec=frontcover&dq=john+locke&hl=es&sa=X&ved=0CEAQ6AEwBmoVChMIh6OOwcrvxgIVyhSQCh3HZApO#v=onepage&q&f=false> [fecha de consulta: 15 de julio de 2015].
- MARKESINIS, Basil *et al.* (2004). "Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help)". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 52. Texas.
- MARTÍN CASALS, Miquel (1990). "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", en Pablo Salvador CODERCH (dir.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto (2001). "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen". *Revista de Derecho Mercantil*. N° 242. Madrid.
- MATURANA POZO, Bernardita Jesús (2014). "Protección penal de la privacidad. Artículos 161-A y 161-B del Código Penal". *Actualidad Jurídica*. Vol. 29. Santiago.
- MARTRON, Hélène (2011). *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*. Poitiers: L.G.D.J.
- MASSON, Jean-Pol (2009i). "Le droit à l'image", en Jean-Louis RENCHON. *Les droits de la personnalité*. Bruselas: Bruylant.
- MAZEAUD, Henri et León, Jean MAZEAUD, François CHABAS (1997). *Leçons de Droit Civil. Les personnes*. Paris: Montchrestien.
- MCCARTHY, J. Thomas (1994-1995). "The Human Person as Commercial Property: The Right of Publicity". *Columbia-VLA Journal of Law & The Arts*. Vol. 19. New York.

- NIMMER, Melville B. (1954). "The Right of Publicity". *Law & Contemporary Problems*. N° 19. Durham.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007). "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización". *Ius et Praxis*, N° 2. Talca.
- NOGUEIRA MUÑOZ, Pablo (2010). *El derecho a la propia imagen*. Santiago: Librotecnia.
- PANTALEÓN, Fernando (1993). "Comentarios al artículo 1.902", en Cándido PAZARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ, *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- PEÑA ATERO, José Ignacio (2001). "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas". *Revista de Derecho Público*. N° 63. Tomo I. Santiago.
- PEÑA ATERO, José Ignacio (2002). "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilenas". *Revista de Derecho Público*. N° 64. Santiago.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los Bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PETIT, Franck (1998). "Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales". *Dalloz Affaires*. N° 117. Paris.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2000). "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información". *Ius et Praxis*. Vol. 6. N° 1. Talca.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2009). "La acción de restitución por provecho de dolo ajeno", en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: LegalPublishing.
- PLAZY, Jean-Marie (2013). "Le Droit au Nom", in Jean Christophe SAINT-PAU. *Droits de la Personnalité*. Paris: Lexisnexis.
- POLITOFF L., Sergio, Jean Pierre MATUS A., María Cecilia RAMÍREZ G. (2005). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POSNER, Richard A. (1978). "The Right of Privacy". *Georgia Law Review*. Vol. 12. N° 3. Georgia.
- PROSSER, William L. (1960). "Privacy". *California Law Review*. Vol. 48. California.
- PROTO, Massimo (2012). *Il Diritto e l'Immagine*. Milán: Giuffrè.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe (2012). "La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code Civil". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 2. Paris.
- RENET, Thierry (2004). "Image des biens". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. N° 3. Paris.
- ROGERS, W.V. Horton (2004). *Winfield and Jolowicz On Tort*. 16ª ed. London: Sweet & Maxwell.
- SAINT-PAU, Jean Christophe (2013). "Le Droit au Respect de la vie privée", in Jean Christophe SAINT-PAU, *Droits de la Personnalité*. Paris: Lexisnexis.

- SALVADOR CODERCH, Pablo (1990). “El concepto de difamación en sentido estricto”, en Pablo Salvador CODERCH (dir.). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo XI.
- TAPIA R., Mauricio (2008). “Fronteras de la vida privada en el derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 11. Santiago.
- TAN, David (2008). “Beyond Trademark Law: What the Right of Publicity can learn from Cultural Studies”. *Cardozo Arts & Entertainment*. Vol. 25. N° 3. New York.
- VENDRELL CERVANTES, Carles (2012). “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV. Fascículo III. Santiago.
- VERDA Y BEHAMONTE, José Ramón de (2011). “Intromisiones legítimas en el Derecho a la Propia Imagen autorizadas por ley”, en José Ramón DE VERDA Y BEHAMONTE, *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*. Navarra: Thomson Reuters.
- VIDAL MARÍN, Tomás (2001). *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VINEY, Geneviève, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL (2013). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4ª ed. Paris: L.G.D.J.
- VISINTINI, Giovanna (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Astrea. Tomo II.
- VON BAR, Christian (2000). *The Common European Law of Torts*. Oxford: Claredon Press. Vol. 2.
- WARREN, Samuel D. & Louis D. BRANDEIS (1890). “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review*. N° 5. Massachusetts.
- WAGNER, Gerhard (2005). “The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Germany”, in Helmut KOZIOL y Alexander WARZILEK. *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massmedien. The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media*. Viena: SpringerWienNewYork.
- WARZILEK, Alexander (2005). „Comparative Report“, in Helmut KOZIOL und Alexander WARZILEK, *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massmedien. The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media*. Viena: SpringerWienNewYork.
- WEINRIB, Ernest J. (2000). “Restitutionary Damages as Corrective Justice”. *Theoretical Inquiries in Law*. Vol. 1. Tel-Aviv.
- WITZLEB, Normann (2009). “Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy”. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 29. N° 2. Oxford.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2014). “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en L. Fernando Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil*. 5ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi.

ZAPPARONI, Rosina (2004). "Propertising Identity: Understanding The United States Right Of Publicity And Its Implications - Some Lessons For Australia". *Melbourne University Law Review*, vol. 2. Melbourne.

Jurisprudencia citada

Sindicato Interempresa de Trabajadores Futbolistas Profesionales de Chile con Salo Editores Limitada (1981): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 1981 (protección). *RDJ*, tomo 78, Santiago, II, sección 5ª, pp. 311-317.

Caszely Garrido y otros con Salo Editores Limitada (1982): Corte Suprema, 18 de agosto de 1982 (apelación protección). *RDJ*, tomo 79, Santiago, II, sección 5ª, pp. 111-118.

María Soledad M. W. con diario *La Tercera de La Hora* (1985): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1985 (protección). *Gaceta Jurídica*, x, N° 65, Santiago, pp. 58-60

Alvarado Solari con diario *La Cuarta* (1989): Corte de Apelaciones Santiago, 1 agosto 1989 (protección). *RDJ*, tomo 86, Santiago, II, sección 5ª, pp. 126-129.

Manuel Ricardo B.B. con Clínica Alemana (1992): Corte Suprema, 16 de diciembre de 1992 (apelación protección). *Gaceta Jurídica*, N° 150, Santiago, diciembre, pp. 42-44.

182 Hilda Orellana con Caja de Compensación (1997): Corte de Apelaciones Valparaíso, 27 marzo 1997 (protección). *RDJ*, tomo 94, Santiago, III, sección 5ª, pp. 245-251.

Jara Pizarro con Polla Chilena de Beneficencia y otra (1997): Corte Suprema, 17 de noviembre de 1997 (apelación protección). *Gaceta Jurídica*, N° 209, Santiago, noviembre, pp. 49-51.

Rischmaui Grinblatt con Consorcio Periodístico de Chile S.A. Copesa (1997): Corte Suprema, 9 de septiembre de 1997 (apelación protección). *Gaceta Jurídica*, N° 207, Santiago, septiembre, pp. 57-60.

Cavieres Logan con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile y otros (2002): Corte Suprema, 15 de enero de 2002 (apelación protección).

Ustovic Kaflik y otra con Sáez Infante (2002): Corte Suprema, 30 de enero de 2002 (apelación protección). *RDJ*, tomo 99, Santiago, I, sección 5ª, pp. 20-26.

Valdivieso Fuentealba con Televisión Nacional de Chile (2003): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 2003 (protección). *RDJ*, tomo 100, Santiago, I, sección 5ª, pp. 49-52.

Gonzalez Ramírez con VTR Banda Ancha S.A. y otro (2003): Corte Suprema, 29 septiembre de 2003, *RDJ*, tomo 100, Santiago, II, sección 5ª pp. 117-121.

Bustamante con Editorial Televisa Chile S.A. (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 2004 (apelación, responsabilidad civil).

- López Campos con I. Municipalidad de Arica (2006): Corte Suprema, 30 de noviembre de 2006 (casación, responsabilidad civil).
- Larraín Fuenzalida y otra con Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes 'CONACE' (2004): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2004 (apelación protección), *Revista Fallos del Mes*, N° 528, Santiago, 2004, p. 2877.
- Sindicato Interempresas de Futbolistas Profesionales con Panini Chile S.A. (2005): Corte Suprema, 14 de julio de 2005 (protección), *RDJ*, tomo 102, Santiago, II, sección 5ª, pp. 1076-1082.
- Villamizar Cárdenas con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. (2006): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2006 (apelación protección).
- Flexinor Limitada con Asociación Gremial de Pequeños Agricultores y Comerciantes de Iquique (2007): Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007 (cumplimiento contrato, casación en el fondo).
- Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea la unidad de análisis financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos (2003): Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2003 (rol 389-03).
- Mora Queirolo con Banco BHIF (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de noviembre de 2007 (responsabilidad civil, apelación).
- González Rodríguez con Fondo Nacional de la Discapacidad 'FONADIS' (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de marzo de 2008 (protección).
- Giacaman Varas con Italmod S.A. y otra (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de junio de 2008 (protección).
- Cruz Llancamil con Fisco de Chile (2009): Corte de Apelaciones de Temuco, 6 de abril de 2009 (Casación forma apelación).
- Caroca Rodríguez, con Electrónica Sudamericana Ltda. (2009): Corte Suprema, 9 de junio de 2009 (apelación protección).
- Rudzajz Guzmán con Masisa S.A. (2009): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de diciembre de 2009 (casación en la forma y apelación).
- Salazar Leiva con Ministerio de Obras Públicas (2009): Corte Suprema, 7 de diciembre de 2009 (apelación protección).
- Sindicato Interempresa de Futbolistas Profesionales con SODIMAC S.A. (2010): Corte Suprema, 4 de enero de 2010 (apelación protección).
- Rosario con Dimeiggs S.A. (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2010 (apelación, responsabilidad civil).
- I.A.L.U. con I. Municipalidad de Purén (2010): Corte de Apelaciones de Temuco, 5 de marzo de 2010 (protección).
- Zurita Casanova con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2010 (protección).
- Inai Sandoval con Ministerio de Salud (2010): Corte Suprema, 13 de abril de 2010 (apelación protección)

- Olguín Matus con Empresa el Mercurio S.A.P (2010): Corte de Apelaciones de Santiago 13 de mayo de 2010 (casación y apelación, responsabilidad civil).
- Solís Cerna con Servicio Nacional de Turismo (2010): Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de septiembre de 2010 (protección).
- Huaiquilao Huaiquilao con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2010 (protección).
- Riquelme Oliva con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de noviembre de 2010 (protección).
- Vega Morales con Paris Administradora Centro Ltda. (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2011 (despido injustificado, apelación).
- Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad interpuesto en autos sobre un reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia (2011): Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011 (rol 1849-2010).
- Guiloff Rosenberg con Red Televisiva Megavisión S.A y otras (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de junio de 2011 (protección).
- Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que sancionaba el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (2011): Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2011 (rol 1894-2011).
- Pakomio Higgs con Hüber Mardones y otros (2011): Corte Suprema, 11 de agosto de 2011 (casación forma y fondo, responsabilidad civil).
- Arellano Díaz con Almacenes París Ltda. (2011): Corte Suprema, 19 de octubre de 2011 (casación en el fondo, responsabilidad civil).
- Yáñez Godoy con Distribuidora Importadora Laipe (2011): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2011 (apelación protección).
- Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad interpuesto en autos sobre un reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia (2012): Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2012 (rol 1990-2010).
- Bertero Hola con Comercial Eccsa S.A. (2012): Corte Suprema, 12 de octubre de 2012 (apelación responsabilidad civil).
- Tremigual Lemui con I. Municipalidad de Osorno (2012): Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de diciembre de 2012 (apelación, responsabilidad civil).
- Corporación de Fomento de la Producción con Energas S.A. (2013): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2013 (casación en el fondo, responsabilidad civil).
- Claude Reyes con Producciones y Talleres La Toma Limitada (2014): Corte Suprema, 18 de marzo de 2014 (apelación protección).
- Cordero Velásquez con Red de Televisión Chilevisión S.A. (2014): Corte Suprema, 19 de marzo de 2014 (casación fondo, responsabilidad civil).

Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad interpuesto en autos sobre indemnización de perjuicios caratulada Becerra Márquez con Universidad de Valparaíso (2014): Tribunal Constitucional, 13 de mayo de 2014 (rol 2454-13)

Becerra Márquez con Universidad de Valparaíso (2015): 4° Juzgado Civil de Valparaíso, 16 de febrero de 2015 (primera instancia, responsabilidad extracontractual).

Valdivia Jara con Goic Simunovic y otro (2015): Corte Suprema, 10 de marzo de 2015 (casación fondo, responsabilidad civil).

Marré Grez con Banco Santander-Chile (2015): Corte Suprema, 24 de junio de 2015 (casación fondo, responsabilidad civil).

Sociedad Corral y Alcaino Limitada con CODELCO Chile (2015): Corte Suprema, 18 de agosto de 2015 (casación fondo, cobro de pesos).

Retamal Acuña con Araos Valdebenito y otros (2015): Corte Suprema, 27 de agosto de 2015 (casación en el fondo, responsabilidad civil).

Valderrama Bustamante con Jerez Lara (2015): Corte Suprema, 14 de septiembre de 2015 (protección).

Normas legales citadas

Constitución Política: art. 19.

Código Civil: arts. 578, 907, 1437, 2316 y 2333.

Código de Comercio: art. 361.

Código Penal: art. 161 A.

Código del Trabajo: arts. 145 I y 152 bis F.

Ley N° 17.366, sobre Propiedad Intelectual: art. 85 E.

Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial: art. 108.

Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del Periodismo: arts. 16 y 30.