

# EL DERECHO DE IMAGEN APLICADO AL DEPORTE

IMAGE RIGHTS APPLIED TO SPORTS

DIREITOS DE IMAGEM APLICADOS AO ESPORTE

YAMILA MORALES MALDONADO (\*)

Fecha de recepción: 28 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 8 de julio 2023.

**RESUMEN.** El derecho de imagen, derecho de la personalidad, hoy en día adquirió gran relevancia a nivel general, pero a nivel del deporte aún más. Mediante este trabajo se analizará el derecho de imagen aplicado al Deporte. Partiendo desde la base de qué es lo que se entiende por imagen, para luego conocer qué es el derecho de imagen, cuál es su regulación tanto nacional como internacional, y el rol que desempeña el mismo en el mundo del deporte actual.

**PALABRAS CLAVES.** Derecho. Imagen. Deporte. Propiedad. Usos libres.

**ABSTRACT.** Image rights, as right of personality, have acquired significant relevance nowadays in general, but even more so in relation to sports. Through this paper, image rights applied to sports will be analyzed. We will start from the basis of what is understood by image, to then explore what image rights are, their national and international regulation, and their role in the world of sports today.

**KEY WORDS.** Right. Image. Sports. Ownership. Free uses.

**RESUMO.** O direito de imagem, direito da personalidade, hoje adquiriu grande relevância a nível geral, mas ainda mais a nível desportivo. Através deste trabalho o direito de imagem aplicado ao esporte será analisado. Partindo da base do que se entende por imagem, para depois compreender o que é o

---

(\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Correo electrónico: yamilamm16@gmail.com

direito de imagem, qual é a sua regulamentação nacional e internacional e o papel que desempenha no mundo do esporte na atualidade.

**PALAVRAS - CHAVES.** Direito. Imagem. Esporte. Propriedade. Usos livres.

## Introducción

Para comenzar con este análisis, considero de gran relevancia definir qué es lo que se entiende por derecho de imagen, y, por lo tanto, que es la “imagen”.

Si tomamos una definición de la RAE, la imagen es “imagen, del latín *imāgo*, -*inis*., Figura, representación, semejanza y apariencia de algo.” (Real Academia Española, s.f.). Por lo tanto, podemos deducir de esta definición que la imagen es la apariencia de algo, ya sea de una cosa o de una persona, la imagen es eso que se exterioriza, que no es interno, algo que los demás podemos ver, representarnos, apreciar.

En ese sentido, BERDAGUER MOSCA sostiene que “Hay una primera noción clásica, y unánimemente aceptada, que entiende la imagen como la apariencia física de la persona” (BERDAGUER J. (2021)). Noción que continúa con la definición antes mencionada, haciendo referencia a aquella imagen exterior de la persona, lo visible.

Por su parte, HOWARD sostiene que:

La imagen es uno de los signos que individualizan físicamente a una persona dentro de la sociedad a la que pertenece, por lo que ineludiblemente, toda persona tiene un derecho a su imagen, y no puede concebirse que exista un orden jurídico civilizado que lo niegue (HOWARD, W. (2008)).

Por lo tanto, sabiendo que la imagen es aquello exterior de la persona, el signo más característico, que la representa e individualiza frente al resto de la sociedad, ahora debemos preguntarnos ¿Qué es el Derecho de imagen?

## Derecho de imagen

El derecho de imagen es definido por BUGALLO como “un derecho personalísimo, que integra los derechos de la personalidad de cada ser humano, incontestablemente.” (BUGALLO B. (2016))

Como ya fue mencionado, Howard sostiene que toda persona tiene derecho a su imagen, y en ese mismo sentido se manifiesta BUGALLO.

Que sea un derecho de la personalidad de cada ser humano implica que, por el simple hecho de ser persona nos pertenezca a cada uno de nosotros, nos son inherentes, y los mismos están ligados a nuestra propia dignidad.

Así mismo, el derecho de imagen de una persona posee otra característica, y es que podemos disponer del mismo, es decir, podemos obtener beneficios económicos de nuestra propia imagen, porque como señala Howard, cuando disponemos de nuestra imagen, la negociamos y adquirimos beneficios económicos de ella, pero no realizamos una enajenación definitiva de la misma.

¿Cuál es el alcance del Derecho de imagen?

BUGALLO sostiene que el alcance de este derecho es más amplio que un rostro o silueta, en ese sentido afirma que “(...) Abarca no solamente el rostro, la silueta característica, sino también todo otro tipo de expresión perceptible de la personalidad de alguien, en tanto implique una relación específica con cada persona. También integran la “forma” de identificar a alguien (...)” (BUGALLO B. (2016)).

Es decir, que el derecho de imagen es más abarcativo que la simple apariencia física de una persona, pudiendo incluir su forma de vestir, su peinado, su caminar, su voz, cualquier otro rasgo o expresión que de algún modo logre distinguir a esa persona. Recuerdo que, en sus clases de Propiedad Intelectual, la profesora BUGALLO ponía de ejemplo la cara de alguien sonriendo y el sombrero gacho, y como inevitablemente todos pensábamos en Gardel, eso es un claro ejemplo de que la imagen de una persona es más amplia que simplemente su rostro o aspecto físico.

Otro claro ejemplo, ya acercando el tema al ámbito del deporte, si pensamos en una persona de cabello rizado de color rubio y bigote, es muy probable que todos pensemos en el “Pibe” Valderrama, su peinado ya integra su imagen, y se ha vuelto distintivo, a tal punto que el día que decidió cambiar su corte de pelo, el hecho fue noticia a nivel mundial, y todos los sitios webs se hicieron eco de ella, con comentarios como “El exfutbolista publicó una foto en la que se luce sin su clásica melena” publicado por el sitio web “El comercio”.

Por lo tanto, entendemos que el derecho de imagen abarca todo rasgo, característica o expresión de la persona que sea lo suficientemente individualizadora de la misma.

## **Marco legal**

En cuanto a su regulación nacional, por tratarse de derechos inherentes a la persona humana, se encuentran implícitamente regulados en los artículos 72 y 332 de nuestra Constitución. El artículo 72, establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías realizada por la Constitución no excluye a otros que sean inherentes a la personalidad humana, como lo es en este caso; por otro lado, el artículo 332 refiere a que los preceptos de

nuestra Constitución no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación específica.

Además, el derecho de imagen posee una regulación específica, aunque breve, en los artículos 20 y 21 de la Ley N° 9.739 de 1973, aún vigente, denominada Ley de Derecho de Autor.

El art. 20 de la presente Ley, establece que “Las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta, comprendido el derecho de reproducción, siempre que hayan sido ejecutados de encargo.”

Por lo tanto, surge de este artículo que cualquier forma artística que represente a una persona, es de propiedad de la persona representada, incluyendo el derecho a reproducirla, es decir, a copiarla, volverla a producir, etc, siempre y cuando esa representación surja de un encargo realizado por la persona representada.

Por ejemplo, estaríamos en dicha situación cuando un futbolista, decide realizarse fotos, y para ello contrata a un fotógrafo, es decir, le encarga a un fotógrafo que le realice esas fotografías, por lo tanto, son de su propiedad y tendrá derecho a reproducirlas, por ejemplo, publicarla en sus diferentes redes sociales.

Y continúa “Se exceptúa toda obra hecha espontáneamente por el artista, con autorización de la persona representada, en cuyo caso el autor tendrá sobre ella la plenitud de los derechos como tal.”

Sin embargo, si lo que existe es una obra espontánea, sin encargo, los derechos los conserva el autor de la obra, y no la persona que es representada, siempre que medie autorización de ella.

Siguiendo con el ejemplo, si este futbolista fuera caminando por la calle, y un fotógrafo le preguntara si puede sacarle una foto, si el jugador responde afirmativamente, esa fotografía le pertenece al fotógrafo, por ser una obra espontánea y contar con autorización. Bugallo considera que incluso si no hay una respuesta afirmativa, pero por ejemplo hay una pose por parte del sujeto a fotografiar, estaríamos de todos modos frente a una autorización.

En conclusión, este artículo 20 lo que regula es la titularidad de la forma artística que representa a una persona, centrándose en si hubo o no un encargo, y en caso de espontaneidad, si hubo o no autorización, para determinar quién será el titular de la misma.

Por otro lado, el artículo 21 establece que:

El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.

La persona que ha dado su consentimiento puede revocarlo, resarcien-  
do daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines cientí-  
ficos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos  
de interés público, o que se hubieren realizado en público.

El primer inciso de este artículo, refiere a la comercialización del retrato  
de una persona, estableciendo que la misma se puede comercializar siem-  
pre que medie consentimiento expreso de la persona, o en caso de muerte,  
de sus cónyuges, hijos o progenitores.

Cuando el artículo hace referencia a consentimiento expreso, debe en-  
tenderse en un consentimiento para comercializar, por lo tanto, la autori-  
zación a la que hace referencia el artículo 20, que refiere a permitir esa foto-  
grafía o forma artística, no sería, un consentimiento para comercializar la  
obra, sino simplemente para producir esa foto o forma artística.

Sin embargo, la jurisprudencia a este respecto es variada, y en algunos  
casos se ha entendido que el consentimiento a la fotografía, también im-  
plicaba el consentimiento a la comercialización, porque el fin de tomar esa  
fotografía no era otro que luego comercializarla (Caso Hotel Balmoral de  
1993), como puede ser el caso de una campaña fotográfica de una marca  
deportiva con gran variedad de deportistas, que tiene como fin vender la in-  
dumentaria que ellos lucen en la foto, el consentimiento a la foto implicaría  
el consentimiento a su comercialización, porque precisamente ese es el fin  
por el cual la foto se lleva a cabo.

BUGALLO entiende que “La ley dice “expreso” ... no exige que sea escri-  
to, ni ninguna otra formalidad en particular. De modo que puede tratarse  
de la expresión indubitable de tolerancia del uso, de manera que implique  
que admite conscientemente la utilización” (BUGALLO B. (2016)).

Por lo tanto, por expreso podría entenderse tanto el consentimiento ver-  
bal y escrito, como también la tolerancia al uso.

Sin embargo, la jurisprudencia suele proceder de manera estricta a la  
hora de evaluar que el consentimiento sea “expreso”, inclinándose por ma-  
nifestaciones que resulten inequívocas, pero no significa que por ello deban  
ser escritas.

En cuanto a la expresión “comercializar”, es entendida como poner en el  
comercio, es decir, reproducir ese retrato a cambio de un precio, de las di-  
versas maneras que ese retrato pueda ser reproducido, que, dado el avance  
de la tecnología, cada vez surgen más.

Continuando con el análisis de este artículo, se establece que ese con-  
sentimiento de comercialización es revocable, por la persona que lo ha  
dado, debiendo en ese caso pagarse daños y perjuicios.

La mayoría de la doctrina, entiende que quien puede revocar ese consentimiento es únicamente la persona que lo brindó, en ese sentido BERDAGUER sostiene que:

Interpretado literalmente, el texto únicamente permite que la facultad de revocación sea ejercida por la persona que ha manifestado su asentimiento, lo que parece excluir la posibilidad de que otros sujetos- en especial los que adquieren legitimación post mortem (...) puedan ejercer el derecho de revocación (...)” (BERDAGUER, J. (2021)).

Por último, el inciso tercero de este artículo hace referencia a las excepciones a la regla general del consentimiento, y establece una serie de usos libres de publicación de un retrato, cuando ese retrato se relacione con fines científicos, didácticos, culturales o con hechos o acontecimientos que sean de interés público, o que se hubieren realizado en público.

En estos casos, no será necesario el consentimiento del retratado, ya que son situaciones donde se hace primar al interés general, por sobre el interés particular del retratado, siempre y cuando se esté en alguno de esos supuestos expresados anteriormente, lo que deberá evaluarse en cada caso concreto.

Por fines científicos podemos entender al empleo de esas imágenes para la investigación, lo que redundaría en beneficios para la sociedad en su conjunto; fines didácticos sería utilizar dichos retratos a nivel educativo, de enseñanza; culturales, este fin es más amplio que los anteriores, se entiende que “en esta hipótesis se encartan las actividades destinadas al mejoramiento de las facultades intelectuales y morales del hombre, considerado como individuo y como miembro de la comunidad” (FAGLIOLI, M y SANGUINETTI, L (2019) p. 193- 204).

Además, el artículo agrega hechos o acontecimientos que sean de interés público o que se realizaron en público, lo que da lugar a una amplitud de posibilidades y situaciones, por lo que se debe ser cauteloso al analizar si una situación es o no de interés público. Que sea de interés público significa que importe, interese al público, ya sea en general, o a grupos en particular, que sea noticia. Sin embargo, no cualquier interés público es considerado suficiente para que se aplique esta excepción, no alcanza con cualquier tipo de curiosidad o interés de la comunidad en general, BERDAGUER sostiene que debe ser un interés idóneo para justificar esa intromisión “(..) no se identifica con un mero interés del público, sino de un interés que es percibido como digno y respetable a partir de un enfoque objetivo (...)” (BERDAGUER, J. (2021)).

Por lo tanto, habría que observar en cada caso en concreto si estamos frente a una situación de interés público o no.

En último lugar, el artículo hace referencia a hechos o situaciones que se realizaron en público, es decir, se realizaron en lugares públicos, donde las personas los pueden ver, pero además de eso, la actitud de esas personas no es de resguardarse o esconderse, porque si esa persona se encuentra en un lugar público, pero su actitud es de reserva, de no querer exhibirse, esa situación no puede considerarse abarcada por esta excepción.

De todas maneras, la circunstancia de que una situación o hecho sea de interés general o se haya realizado en público, no permitiría poder ampararse en estas excepciones cuando se pretende utilizar ese retrato con fines publicitarios o comerciales, eso ya dejaría de ser un uso libre, así es entendido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

En conclusión, con lo que respecta a los usos libres, siempre debemos estar al caso concreto, analizando cada circunstancia para saber si encaja dentro de alguna de las excepciones, y además debemos tener presente que lo que comenzó siendo un uso libre, puede dejar de serlo luego, cuando se cambian los fines con los que ese retrato se pretende utilizar.

Por ejemplo, la imagen de Suarez sosteniendo y besando la Copa cuando Uruguay salió campeón de América en 2011, es un retrato de uso libre, dado a su interés general, sin embargo, si el día de mañana se pretende vender una remera con la impresión de esa imagen, desde mi punto de vista, dejaría de ser un uso libre, pasando a ser un uso comercial.

## **Regulación específica del derecho de imagen a nivel deportivo**

Con respecto al derecho de imagen aplicado al fútbol, el Estatuto de la AUF hace referencia a este derecho en su art. 77. En dicho artículo se establece que la AUF es la titular de todos los derechos que surgen de las competiciones que la misma organiza, o de las que participan sus selecciones, sin embargo, más adelante establece que “sin perjuicio de los derechos de imagen que correspondan a los participantes de tales competencias y actos conforme a la legislación aplicable”.

Por lo tanto, podemos ver que a nivel Estatuto de AUF, se encuentra reconocido el derecho de imagen de los participantes de las competencias que ellos organizan o de las que sus selecciones participan.

Este artículo del Estatuto de AUF, es similar en cuanto al contenido, al artículo 67 del Estatuto de la FIFA, que regula los derechos en competiciones y actos, pero este último, en ningún momento hace referencia a los derechos de imagen de los participantes de sus competiciones.

Sin embargo, existe una circular de FIFA, la número 1171, denominada “Requisitos Mínimos para contratos estándar de jugadores en el fútbol

profesional”, que alude a los derechos de imagen. Así, en el punto 6.1 se establece que el jugador y el club deben ponerse de acuerdo sobre cómo van a ser explotados esos derechos, y en el punto 6.2 se recomienda que el jugador pueda explotar sus derechos de imagen por sí mismo, y que el club podrá explotar los derechos de imagen del jugador como parte del equipo.

Saliendo del ámbito del fútbol, encontramos la regulación de la Carta Olímpica, en su norma 40, donde establece que:

Los competidores, oficiales de equipo y miembros del personal de equipo que participan en los Juegos Olímpicos podrán permitir que su persona, nombre, imagen o actuaciones deportivas sean explotados con fines publicitarios durante los Juegos Olímpicos de conformidad con los principios adoptados por la comisión ejecutiva del COI.

Dicha carta, permite que los participantes (incluyendo además a los oficiales de equipo y a los miembros del personal), puedan explotar su imagen con fines publicitarios durante los Juegos.

## **Derecho de Imagen – Jurisprudencia**

Los conflictos relacionados con los derechos de imagen no son ajenos al mundo del deporte, al contrario, dada la relevancia que el deporte reviste para las diferentes sociedades, y para el mundo en general, así como los deportistas individualmente considerados, el tema de los derechos de imagen cobra especial importancia.

La imagen de los deportistas, es quizás, de las imágenes más valiosas en el mundo en cuanto a apreciación pecuniaria, por lo tanto, los conflictos que genera son muy relevantes, dadas las sumas que están en juego. Asimismo, su imagen genera gran interés por la sociedad, siendo muchas las veces en las que se intenta hacer uso de las excepciones del art. 21, para evitar el pago de estos derechos.

A nivel nacional, contamos con varios casos destacados sobre el derecho de imagen de deportistas, hay dos que son principalmente los más conocidos, uno refiere a Obdulio Varela, y el otro a Milton Wynants.

### **Caso Obdulio Varela**

Obdulio Varela, conocido como “El negro Jefe”, fue un futbolista uruguayo, capitán de la selección nacional durante el Mundial de 1950, donde Uruguay se consagró Campeón del Mundo, el mismo falleció en 1996.

En este caso del 2008, sucedió que una empresa fabricaba y distribuía un juego de trivia, y en el tablero del mismo, aparecía un retrato de Obdulio, al igual que en una de las cartas del juego.

Por lo tanto, la hija del futbolista y su nieto, deciden iniciar una reclamación indemnizatoria, ya que se estaba utilizando la imagen de Obdulio en un producto que se comercializaba, sin la autorización de los familiares de éste (se requeriría autorización de su “cónyuge, hijos o progenitores” debido a que el retratado había fallecido).

Como fuere mencionado, la reclamación la inicia su hija y su nieto. El art. 21 solo hace referencia a hijos, no así a nietos, sin embargo, el TAC 3º entendió que ambos tenían legitimación activa, considerando comprendidos a los demás descendientes del difunto dentro del concepto de “hijos”.

En cuanto al fondo del asunto, es decir, a determinar si hubo o no un uso ilícito de la imagen de Obdulio Varela, el Tribunal consideró que no existió uso ilícito, ya que el juego tenía un fin didáctico, encontrándose por lo tanto amparado dentro de las excepciones establecidas por el art. 21 de la Ley de Derecho de Autor.

Además, sostienen que:

el deporte está calificado en forma general como un aspecto de la cultura. (...) En suma, es un hecho notorio que la figura de Obdulio Varela forma parte del acervo cultural según el imaginario colectivo uruguayo, en tanto actuó en un deporte de masa que integra la noción de cultura bajo cualquier enfoque antropológico que se haga; y tal participación es de claro destaque y amerita la transmisión a los demás integrantes de la sociedad”. TAC 3º, (2008) Caso Obdulio Varela y Juego de Trivia 2 (Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXXIX (2009) p. 147)

En conclusión, no se hace lugar a la reclamación de los descendientes de Obdulio por entender que el retrato del mismo se usó con fines didácticos, y que, además, el jugador forma parte del acervo cultural uruguayo, quedando su retrato comprendido dentro del uso libre de la imagen.

Asimismo, esta sentencia revista gran relevancia en cuanto a la interpretación extensiva que realiza del término “hijos” a la hora de analizar la legitimación activa de la hija de Obdulio y su nieto.

Sin embargo, existe otro caso del TAC 2º, “Caso Obdulio Varela y Juego de Trivia 1”, donde sí se hace lugar a la reclamación de los descendientes, entendiendo que la empresa que elabora y distribuye el juego persigue fines de lucro, por lo que se debió recabar el consentimiento de los descendientes, quedando la situación por fuera de los usos libres del retrato previstos por el art. 21.

Para el Tribunal, la naturaleza del juego de mesa “Trivia Royal Uruguay” es esencialmente recreativa (destinado al entretenimiento, pasatiempo, distracción, solaz y esparcimiento de los participantes), sin

perjuicio de su contenido didáctico, en atención a los temas (de interés general) a que refieren la preguntas a contestar por los jugadores.

Y la palmaria finalidad de la empresa Disma SA al poner en el mercado este juego de mesa (dentro de su giro habitual) es, a juicio de la Sala, predominantemente la obtención lícita de ganancias o utilidades (finalidad comercial), y no la de hacer estrictamente un aporte a la cultura nacional (como lo hubiera sido por ejemplo un tratado de historia deportiva uruguaya en el que se hubiera incluido la imagen del deportista Obdulio Varela).

Por ende, rige en la especie la prohibición del artículo 21 inciso 1o. de la Ley 9739 (“El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.”). (Sentencia TAC 2° 362/2007).

### **Caso Milton Wynants**

Milton Wynants, reconocido ciclista uruguayo, en el año 2000 obtuvo una medalla de plata en los Juegos Olímpicos de Sydney. Cuando regresaba a su ciudad se encontró con carteles de bienvenida con su nombre, y el logo de un reconocido banco.

Milton Wynants decidió demandar al banco, por entender que utilizó su nombre, su imagen, con fines de publicidad. Lo que se colocó en esta pancarta de bienvenida fue el nombre del ciclista, y se consideró que el nombre individualiza a la persona, teniendo así la misma tutela que la imagen.

Por su parte, el Banco basó su defensa en el hecho de que Wynants había consentido la utilización de su nombre en dichas pancartas, sosteniendo que él estaba enterado de que el Banco iba a realizar esa acción y a pesar de ello Wynants no la cuestionó.

El TAC 6° sostuvo que era carga del Banco probar que había existido un consentimiento expreso por parte de Wynants, y que el mismo no resulto probado, concluyendo que, por lo tanto, la acción del Banco careció de consentimiento, siendo un uso ilegítimo de la imagen del retratado.

El nombre constituye una forma de identidad, de individualización de la persona humana y merece idéntica tutela que la imagen o el retrato, es decir, la que proporciona la Ley N° 9739 y, en particular, su art. 21. (...). El quid de la cuestión, pues, consiste en establecer si el actor prestó su consentimiento y si lo hizo en la forma legalmente establecida. Gamarra distingue la voluntad expresa de la tácita. Señala que la primera reviste mayor jerarquía y que la diferencia entre ambas estriba en la mayor o menor aptitud del medio empleado para exteriorizar la voluntad. Define, luego, la expresa como aquella en que la voluntad emerge

directa e inmediatamente del medio empleado, “cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que este asume”. En cambio, la voluntad tácita se infiere de las circunstancias, “cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico”. Es menester recurrir a un procedimiento lógico de deducción que, interpretando la conducta asumida por el sujeto deduzca de ella su intención (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XI, ps. 191-195). Negado el consentimiento “expreso” por parte del accionante (art. 21 inc. 1), la carga probatoria de su existencia correspondía a la parte demandada (art. 139.1 CGP). Como enseña Viera, “los hechos negativos se prueban justificando la existencia del hecho positivo contrario” (Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 79). Desde la óptica de la norma jurídica, el onus probando recaía sobre la demandada en cuanto ésta había aducido la existencia de consentimiento. Corresponde consignar, en primer lugar, que la entidad bancaria accionada no relató -en forma clara y precisa- la forma en que el Sr. Wynants habría consentido el uso de su nombre. De forma por demás lacónica, a fs. 172 se establece tal afirmación. En el capítulo respectivo (III) y bajo el título de “El consentimiento del actor”, solo se afirma -en lo pertinente- que “Milton Wynants consintió el uso de su imagen porque siempre lo asumió como lo que fue. Una bienvenida desprendida de toda connotación económica”. Y concluye la contestación señalando que “el hecho de no haber mediado comunicación alguna... prueba inexorablemente el consentimiento de éste a la publicación efectuada...” (fs. 182-183). (Sentencia TAC 6° 293/2007).

## **Caso fotografía de jugadores de fútbol**

Existen dos casos que refieren a fotografías de jugadores de fútbol uruguayos.

El primero, se trata de un álbum de figuritas donde se utilizó la imagen de futbolistas. El álbum y las figuritas eran gratuitos, venían de regalo con el periódico, sin embargo, se debía comprar el periódico para acceder a ellos. Además, el periódico ofrecía grandes premios entre quienes completaran el álbum, y en el mismo se auspiciaban bebidas famosas, auspicios que incluso quedaban superpuestos a los retratos de los jugadores.

En este caso, el JLC de 6° sostuvo que

JLC 6 Caso Fotografía Jugadores de Fútbol (1972) No es necesario el previo consentimiento de los jugadores de fútbol cuando la reproducción del retrato persigue un fin de información u otros fines científicos, culturales o electorales. Si bien el diario El País cumpliendo fines informativos y por razones de interés general en materia deportiva se encuentra legalmente habilitado para la reproducción de imágenes de los jugadores

de fútbol como la hacen habitualmente los periódicos, sin requerir previamente el consentimiento de estos, dicho consentimiento es necesario si las reproducciones se hicieron en forma de “álbum” accesorio al diario mismo, ofreciendo grandes premios entre concursantes que la llenaran pegando las imágenes de los jugadores de fútbol que parcial y periódicamente en el espacio reservado aparecía en el diario mencionado, álbum que además, auspiciaba una conocida bebida cuyo aviso se superponía en algunos lugares de las reproducciones.(BERDAGUER, J. (2021)).

Podemos ver que lo que comienza siendo un uso libre de la imagen, contemplado dentro de las excepciones del art. 21 de la Ley de Derecho de Autor, puede luego dejar de serlo, cuando existe un cambio en la finalidad con la que ese retrato es empleado.

En cambio, en el segundo caso de los jugadores de fútbol, que se produjo en 1995, se publica un álbum de fotografías adhesivas, que contenía retratos de jugadores, y se distribuye de manera gratuita con el periódico El Observador. Ante esta publicación, otro periódico realiza una acción de amparo contra éste, sosteniendo que había obtenido una cesión de derechos de imagen para la utilización de cromos. No son los propios retratados los que accionan, sino que es otra sociedad comercial.

En esta oportunidad TAC 2º entiende que no se configura la ilegitimidad manifiesta, que es requerida para este tipo de acciones.

### **Caso José María Giménez contra Pae**

En el caso Josema, un Pae umbandista utilizaba en redes sociales un video de Josema de hacía muchos años (incluso en ese entonces el jugador era menor de edad), para promocionar sus servicios de “brujería” en redes sociales. Ante esto, Josema decide demandar alegando que se viola su derecho de imagen, y que, además, a raíz dicha publicidad del Pae, podrían peligrar contratos publicitarios que él tenía en ese momento con una importante marca de bebidas.

En este caso, se condena al Pae, se le exige que cese de inmediato el uso de la imagen del futbolista, y, además, se le pide a distintas redes sociales y buscadores que se bloqueen todas las referencias donde se vincule a José María Giménez con el Pae.

En función de esto, la jueza concluye que “teniendo en cuenta que el derecho de imagen es un derecho constitucional y legalmente protegido, y que también es un derecho constitucionalmente protegido la no injerencia arbitraria en la vida privada de la persona”, el pae que realiza trabajos “para el bien y para el mal” utilizó la imagen de Giménez de forma “manifiestamente ilegal”.

Así, la jueza hace lugar a la acción de amparo de Giménez y condena al pae a cesar de inmediato el uso de la imagen del futbolista por cualquier medio, “incluso su nombre, fama y prestigio”, con fines publicitarios.

La jueza pide que se gestione ante Facebook, Whastapp y YouTube que desde las cuentas de las redes sociales del pae no se publiquen imágenes de Giménez. También le pide a Google, Microsoft y Yahoo que bloqueen en sus buscadores toda referencia que vinculen a “Pay Virgino o Pay Virginio de Ogun a José María Giménez o Josema Giménez”. (ANÓNIMO, (2015)).

A raíz de estos casos, podemos observar que la jurisprudencia es variada, y que debe estarse al caso concreto para saber si la situación queda o no comprendida dentro del uso libre de la imagen, o si en cambio es necesario recabar consentimiento.

Asimismo, es claro que un retrato de un futbolista puede quedar comprendido dentro del uso libre, y luego, al cambiarse la finalidad para la que ese retrato es utilizado, puede dejar de estarlo, como es el caso de las figuritas de los álbumes antes mencionados, o como sería el caso de que utilizaran la fotografía de un jugador de la selección en un partido, para promocionar una marca, o para merchandising, sin su consentimiento.

## **Cesión de derechos de imagen**

Como fuere mencionado, se puede disponer de los derechos de imagen, aun cuando son derechos de la personalidad, ya que el titular de los mismos no se desprende definitivamente de ellos.

Quizás a nivel mundial, los deportistas son de las personas que más negocian con su imagen, dado que el deporte adquiere una gran relevancia en la sociedad toda, y esa relevancia alcanza también a sus protagonistas. Por lo tanto, cualquier deportista podría poner en el comercio su imagen, explotarla con fines comerciales, de hecho, eso es lo que sucede en el mundo, los deportistas explotan su imagen y a cambio de ellos obtienen grandes ganancias.

El art. 21 de la Ley de Derecho de Autor, establece que el retrato de una persona no se puede poner en el comercio si no hay autorización de ésta, por lo tanto, mediando autorización, el retrato puede ser puesto en el comercio, puede realizarse una explotación patrimonial del mismo.

En cuanto al derecho de imagen, BERDAGUER entiende que existe un titular originario del retrato, de la imagen, que es el propio retratado, y por otro lado existe un titular derivado, que es quien realiza con el titular originario un negocio de transmisión o cesión, o un negocio de autorización o licencia.

El autor sostiene que existen dos modalidades mediante las que se puede disponer la explotación patrimonial del derecho de autor.

En el caso de la cesión, dice BERDAGUER, se produciría “un cambio de titularidad en el mismo, de modo que el cedente se desposee de esa titularidad”. Por lo tanto, luego de una cesión, los derechos de explotación patrimonial le corresponderán al adquirente.

Los deportistas pueden realizar cesiones de su derecho de imagen a favor de terceros, estableciendo plazos, en que formatos va a ser explotada su imagen, cuál va a ser la contraprestación que recibirán a cambio, etc.

Por otro lado, BERDAGUER, siguiendo a Delgado, habla de la autorización, y sostiene que en ese caso “la autorización simple para explotar una obra protegida por el derecho de autor es una dispensa conferida para que un tercero la explote, sin perder el autor la titularidad de las facultades patrimoniales”. (BERDAGUER, J. (2021)).

Como podemos ver, la ley solo exige un requisito para que una persona pueda explotar la imagen de otra, y es que exista “consentimiento expreso”.

### **Consentimiento expreso**

En ese sentido, GONZÁLEZ MULLIN sostiene que se deberá ver en cada caso concreto si existió o no un consentimiento expreso, y como fue mencionado anteriormente, y de acuerdo a los casos analizados, la jurisprudencia es muy estricta a la hora de evaluar si existió o no consentimiento.

Por ejemplo, en el caso de Milton Wynants no consideraron como un consentimiento el hecho de que el ciclista no se haya comunicado con el Banco para negarse a que se coloque la pancarta, la no comunicación en contrario no es un consentimiento.

Además, como se observa en esa sentencia, la jurisprudencia considera que la carga de la prueba de que existió un consentimiento es de quien lo alega, por lo tanto, quien alegue que un deportista consintió el uso, la explotación de su imagen, deberá probarlo, sabiendo que nuestros tribunales son muy exigentes a la hora de evaluar ese consentimiento expreso.

Sin embargo, que la jurisprudencia sea exigente a la hora de evaluar el consentimiento, no significa que tenga que existir un consentimiento por escrito o que se exija algún tipo de solemnidad. El consentimiento perfectamente podría ser verbal, y no dejaría de ser expreso.

GONZÁLEZ MULLIN considera, además, que el mismo se puede acreditar a través de cualquier medio de prueba admitido por nuestro ordenamiento jurídico, a modo de ejemplo nombra el caso del Hotel Balmoral,

donde se entiende que el consentimiento a la fotografía también implicaba un consentimiento a su explotación, dado que el fin de tomar esas imágenes no era otro que ser utilizadas para publicidad.

Resumiendo, cualquier deportista podrá disponer de su derecho de imagen, estableciendo los términos de dicha explotación, así como podrán hacerlo terceras personas siempre que exista un consentimiento expreso, que no implica que sea escrito, el cual deberá ser probado por quien lo alega.

## **Derechos de imagen individuales**

En el mundo del deporte, se entiende que existen derechos de imagen colectivos y derechos de imagen individuales.

Los derechos de imagen colectivos son “aquellos derechos que refieren a la imagen de quienes participan en el espectáculo deportivo” (GÓNZALEZ MULLIN, H (2019) p. 23 a 46).

Estos derechos, se entiende por la doctrina, que se ceden por parte de los deportistas a sus respectivos clubes.

Asimismo, los deportistas tienen su derecho de imagen individual, y en éstos nos centraremos.

El derecho de imagen individual de un deportista, puede a su vez dividirse en dos tipos, como señala GONZÁLEZ MULLIN, por un lado, está el derecho de imagen individual del deportista vinculado a la institución que lo contrató, y por otro lado el derecho de imagen individual que no tiene ningún tipo de vinculación con el club o institución que lo contrata.

El primero, es decir, el derecho de imagen individual vinculado con la institución, refiere a los derechos de imagen que tiene el deportista como integrante de esa institución. Por ejemplo, sería el caso de que un determinado cuadro de Fútbol utilice la imagen de un futbolista de su institución para promocionar el equipamiento deportivo, o un determinado partido, etc.

GONZÁLEZ MULLIN entiende que aquí se deberá estar al caso concreto para saber si el deportista cedió o no al club o institución su derecho de imagen, ya que aún en caso de que el deportista decida no cederlo, podrá de todas maneras cumplir con el contrato de trabajo que tiene con la institución. Es decir, pueden cederse o no, no se entiende que exista una cesión, como si lo hay en el caso de los derechos de imagen colectivos.

Por último, encontramos el derecho de imagen individual del deportista, que no se vincula con la institución por la que fue contratado.

En este caso, cuando se habla del derecho de imagen no vinculado a la institución, siguiendo a GONZALEZ MULLIN, se habla de la explotación que el deportista pueda realizar de su propia imagen, mediante diversos contratos con empresas o con algunas marcas.

Actualmente, casi todos los deportistas profesionales a nivel mundial explotan su imagen, llegando incluso en algunos casos a percibir más ingresos por explotación de su imagen, que por el desempeño de su profesión, como es el caso del futbolista Cristiano Ronaldo.

Su imagen, por lo tanto, es muy valiosa, lo que les exige preservarla, cuidarla, evitar escándalos, malas conductas, etc., porque una vez que deciden explotar su imagen y vincularse con empresas o marcas, su reputación influye directamente en la reputación de la marca o empresa con la que se vincularon.

Cuando una marca decide patrocinar a un deportista exitoso, éste se convierte de inmediato en embajador de su marca y por consecuencia en uno de los rostros de la misma. La relación comercial entre ambas figuras trasciende los límites de una mera transacción económica y constituye con frecuencia un vínculo mediante el cual los valores y la imagen de ambas se encuentran íntimamente entrelazados, por lo que un mal comportamiento por parte del atleta puede impactar directamente en la reputación de las empresas que le apoyan.

Los beneficios y riesgos de vincular su reputación a las acciones de una figura del deporte nacional o internacional son bien conocidos por las marcas, que cada vez toman más medidas para protegerse de ser relacionadas con las prácticas irresponsables de los atletas y con frecuencia deciden dar por terminado su vínculo antes de ser alcanzadas por los problemas. (ACOSTA, C (2016) párrafo).

## **Conclusiones**

Luego de realizado este abordaje sobre el derecho de imagen, y específicamente sobre su aplicación en el mundo del deporte, podemos arribar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el derecho de imagen es considerado un derecho de la personalidad, y por tanto, se tiene por el simple hecho de ser persona. Como tal, se encuentra comprendido dentro de la regulación de los artículos 72 y 332 de la Constitución.

La imagen es considerada como la representación exterior de una persona, aquello que se ve, sin embargo, su alcance es más amplio que la apariencia física, puede incluir además un peinado, un estilo, una forma de vestir, la voz, el nombre, etc.

En cuanto a su regulación específica, encontramos los artículos 20 y 21 de la Ley N° 9739, quizás antigua pero aún vigente. En dichos artículos se regula por un lado el tema de la titularidad del retrato, y por otro, la explotación comercial de la imagen, la cual exige como regla el consentimiento del retratado.

Cuando hablamos de consentimiento, debemos tener presente que el mismo debe ser expreso, siendo la jurisprudencia estricta a la hora de interpretar este punto, lo que no significa que deba ser solemne, la carga de probar dicho consentimiento corresponde a quien lo alega. Asimismo, es importante destacar que el consentimiento puede ser revocado por quien lo prestó, resarcido daños y perjuicios.

Sin embargo, se establecen excepciones a la regla del consentimiento, es el caso de los usos libres, situaciones en las que no se requerirá el consentimiento del retratado, deberá estarse a cada caso concreto para ver si la situación queda o no amparada en los usos libres.

En lo que al deporte se refiere, existen regulaciones específicas en los Estatutos de AUF, en la Carta Olímpica, y en circulares de la FIFA.

En cuanto a su disposición, se puede disponer de éste, ya que el titular nunca se desprende definitivamente de su derecho. Por lo tanto, todo deportista puede explotar su imagen, ponerla en el comercio, cederla, estableciendo condiciones como tiempo, formas de explotación, contraprestación, etc.

En definitiva, este derecho es de suma importancia para los deportistas en la actualidad, ya que constituye una gran fuente de ingresos y mueve importantes sumas de dinero, lo que genera que muchas personas usen ilícitamente la imagen de deportistas para obtener réditos económicos. Por todo ello, es importante que puedan contar con una protección legal efectiva frente a los usos ilícitos que se pretendan hacer de su imagen.

En ese sentido, dada la su importancia, conviene preguntarnos si la actual regulación, que data del año 1973, se adapta a la actualidad a los efectos de comprender los nuevos mecanismos y formas de explotación de la imagen y es suficiente para la efectiva tutela y protección de este derecho.

## **Bibliografía consultada**

BERDAGUER MOSCA, J. (2021) *Protección de la imagen en el Derecho Civil de Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria.

BUGALLO, B. (2016) La imagen y nuestros derechos. Cada vez más presente. Derecho Comercial Beatriz Bugallo. <http://derechocomercialbeatrizbu->

gallo.blogspot.com/2016/11/la-imagen-y-nuestros-derechos-cada-vez.html?m=1

BUGALLO, B. (25 de noviembre de 2016) El inciso paparazzi. Derecho Comercial Beatriz Bugallo, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2017/12/el-inciso-paparazzi.html?m=1>

FAGLIOLI, M y SANGUINETTI, L (2019) El Derecho a la Imagen en Derecho Uruguayo - Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (35) 193- 204.

GONZÁLEZ MULLIN, H (2019) Derechos de imagen en el futbol profesional. Aspectos de interés y análisis del Proyecto de Ley en estudio en el Parlamento- Revista de Derecho del Deporte (2) pags. 23 - 46.

HOWARD, W. (2008) Derecho de la Persona. Universidad de Montevideo

IRRAZABAL, G (2013) Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (22) 181-186.

Real Academia Española. (s.f.). Imágen. En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/imagen>

Anuario de Derecho Civil Uruguayo (XXXIX) (2009) Fundación de Cultura Universitaria, pag 147.

## **Noticias**

ACOSTA, C (2016) 10 deportistas que perdieron patrocinadores por portarse mal – Expok. <https://www.expoknews.com/10-deportistas-que-perdieron-patrocinadores-por-portarse-mal/>

ANÓNIMO (2015) Acción de amparo contra Pae umbandista por extorsionar a Josema Giménez Subrayado. Recuperado de <https://www.subrayado.com.uy/accion-amparo-contrapae-umbandista-extorsionar-josema-gimenez-n49339>

ANÓNIMO (2015) Condenan a un Pae que extorsionaba a Josema. El País. <https://www.elpais.com.uy/informacion/condenan-pae-extorsionaba-josema.html>

BLACKSHAW, I. (2019). Claves para entender los derechos de imagen en el mundo del deporte OMPI. [https://www.wipo.int/ip-outreach/es/ip-day/2019/understanding\\_sports\\_image\\_rights.html](https://www.wipo.int/ip-outreach/es/ip-day/2019/understanding_sports_image_rights.html)