

EL RIGHT OF PUBLICITY ESTADOUNIDENSE EN LA LEY DEL DERECHO SOBRE LA PROPIA IMAGEN

*Pedro Cabán Vales**
*Louanna N. Cruz Rivera***

Resumen

El 13 de julio de 2011 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen. Esa legislación incorpora a nuestra jurisdicción, procedente del derecho estadounidense, el llamado *right of publicity*, al regular una causa de acción en daños y perjuicios debido a la utilización no autorizada de la imagen o identidad de una persona con fines comerciales o publicitarios. Hasta la publicación de este escrito, no se ha discutido integralmente el alcance y efecto

* Catedrático Asociado, Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; B.A., J.D., Universidad de Puerto Rico. Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Correos electrónicos: pcaban@juris.inter.edu; pedro.caban@gmail.com. Agradezco encarecidamente al Dr. José Ignacio Rubio San Román y a la Dra. Rosa María Moreno Flórez, del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid, por su asistencia durante una estancia de investigación que realicé en esa institución mientras trabajaba en varios proyectos entre los que se encontraba este artículo. Agradezco igualmente a la Universidad Interamericana de Puerto Rico, su Administración Central y su Facultad de Derecho, y al Banco Santander por conferirme la Beca Iberoamérica, la cual me permitió financiar la estancia de investigación indicada. Agradezco al profesor José E. Hernández Acevedo, director del Departamento de Ciencias Sociales del Recinto Metropolitano de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, por su asistencia para localizar bibliografía valiosa sobre este tema. Agradezco también al licenciado Álex López Echegaray, uno de los asesores legislativos que trabajó en la redacción de la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, por concederme una entrevista que resultó de gran provecho para la preparación de este trabajo. Agradezco, por también haber accedido a entrevistarse conmigo, a la licenciada Dora M. Peñagaricano, quien fue presidenta de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico durante la época en que se tramitó y aprobó la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen. Finalmente, agradezco a mi asistente de investigación, Gabriela Cabrera Soldevila, por su ayuda en la edición de este escrito.

** J.D. Universidad Interamericana de Puerto Rico; B.A. Universidad de Puerto Rico. Correo electrónico: lnaomi01@hotmail.com.

de esa legislación en nuestro ordenamiento jurídico, en donde previamente se ha reconocido jurisprudencialmente una acción por violación al derecho a la propia imagen a partir de normas y doctrinas de tradición civilista.

Abstract

On July 13, 2011, the Puerto Rico Legislature approved a law that incorporates into our jurisdiction, from United States Law, the so-called right of publicity, by regulating a cause of action in damages due to the unauthorized use of a person's image or identity for commercial or advertising purposes. Until the publication of this article, the scope and effect of this legislation in our legal system has not been fully discussed, although the jurisprudence has recognized a cause of action for violation of the right to one's own image based on norms and doctrines of the civil law tradition.

| | |
|-------------------------------|-----|
| I. Introducción..... | 497 |
| II. Concepto..... | 498 |
| III. Denominación..... | 500 |
| IV. Antecedentes..... | 503 |
| V. Imagen..... | 512 |
| VI. Estándar de conducta..... | 517 |
| VII. Conclusiones..... | 521 |

I. Introducción

El 13 de julio de 2011, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* (en adelante *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* o Ley Núm. 139-2011).¹ La legislación indicada regula una causa de acción en daños y perjuicios debido a la utilización no autorizada de la *imagen o identidad* de una persona con fines comerciales o publicitarios.²

El Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante *TSPR*) reconoció una causa de acción por ese tipo de conducta en el año 2008.³ Para ello, se amparó *principalmente* en el derecho constitucional a la intimidad y en el articulado del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual.⁴ Sin embargo, la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* no se limitó a codificar lo resuelto por la jurisprudencia, sino que amplió sus contornos al incorporar en nuestra jurisdicción, procedente del derecho estadounidense, el llamado *right of publicity*.⁵

A lo largo de los años, se han publicado en Puerto Rico varios textos que analizan la *construcción* doctrinal y jurisprudencial del Derecho a la Propia Imagen.⁶ En lo

¹ Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA §§ 3151-3158 (2017). El proyecto de ley que eventualmente se convirtió en la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, así como otros documentos del historial legislativo pueden ser localizados en el sitio de internet de la Oficina de Servicios Legislativos de Puerto Rico, específicamente en la sección dedicada al trámite legislativo de las medidas para el cuatrienio 2009-2012: <http://www.oslpr.org/buscar/>. Véase P. del S. 1750 de 16 de septiembre de 2010, 4ta Ses. Ord., 16ta Asam. Leg. Presentado por los Senadores Rivera Schatz, Arango Vinent, Peña Ramírez y Soto Villanueva (en adelante P. del S. 1750).

² A pesar de que la legislación utiliza expresamente la palabra *imagen*, la definición estatutaria del concepto es tan amplia que su ámbito de aplicación se describe mejor con referencia a la palabra *identidad*. Esto coincide a su vez con el alcance de las normas que sirvieron de modelo a la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*. En otra sección de este escrito se discute más a fondo el concepto *imagen* al amparo de la Ley Núm. 139-2011.

³ *Vigoreaux v. Quizno's*, 173 DPR 254 (2008).

⁴ *Id.* en las págs. 261-63, 268, 273, 280-81.

⁵ Entrevista con el licenciado Álex López Echegaray, Asesor Legislativo en el Senado de Puerto Rico (abril de 2014) (indicando que en el diseño de esta legislación se utilizó como modelo el *right of publicity* según formulado en varias jurisdicciones de Estados Unidos) [en adelante Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray]; Entrevista con la licenciada Dora M. Peñagaricano, expresidenta de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados de Puerto Rico (marzo de 2019) (indicando que en el diseño del anteproyecto que trabajó la Comisión de Propiedad Intelectual se consideraron todas las legislaciones sobre *right of publicity* vigentes en Estados Unidos) [en adelante Entrevista con la Lcda. Dora M. Peñagaricano]. Véase, además, Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1885.

⁶ Véase, e.g., JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON ESTADOS UNIDOS 1031-44, 1053-54 (2010); Alejandra C. Martínez Méndez, *Las cámaras y los derechos constitucionales: hacia donde se inclina la balanza de intereses*, 48 REV. JUR. UIPR 597 (2014); Luis Daniel Dávila Pernas, *Derecho a la propia imagen: ¿Derecho patrimonial o vertiente del derecho a la intimidad?*, 44 REV. JUR. UIPR 137 (2010); Efrén Rivera Ramos, *Derecho Constitucional*, 78 REV. JUR. UPR 625 (2009); Alberto Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil*

que respecta a la Ley Núm. 139-2011, a pesar de que se han publicado trabajos que analizan algunas de sus disposiciones,⁷ al día de hoy no se ha discutido integralmente el alcance y efecto de esa legislación en nuestro ordenamiento jurídico.⁸ El objetivo primordial del presente trabajo es comenzar a llenar ese vacío mediante el análisis de los antecedentes de la ley y algunas de sus disposiciones.

II. Concepto

Se ha definido el *right of publicity* como el “derecho inherente de todo ser humano a controlar el uso comercial de su identidad”.⁹ Este ha sido clasificado como un derecho de *propiedad intelectual*¹⁰ cuyo objeto es el valor comercial de la

y *Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II): una propuesta alternativa al borrador de la comisión de revisión*, 74 REV. JUR. UPR 1 (2005) [en adelante Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II)*]; Roberto Colón Cortés, *Reconstruyendo la casa de cristal: la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de los daños ocasionados al Derecho a la Intimidad*, 72 REV. JUR. UPR 695 (2003); Sarah Yenit Rosado Morales, *El derecho al nombre como atributo de la personalidad y su reconocimiento en los códigos civiles modernos*, 35 REV. JUR. UPR 277 (2001); Demetrio Fernández Quiñones, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 70 REV. JUR. UPR 713 (2001); Luis M. Villaronga, *Derecho Constitucional*, 66 REV. JUR. UPR 391 (1997).

⁷ PEDRO G. SALAZAR, *LA PROTECCIÓN LEGAL DEL AUTOR PUERTORRIQUEÑO 73-75* (2da ed. 2013); Wilda Irizarry Toro, *El derecho al olvido (The Right to be Forgotten): una propuesta innovadora para la protección digital a la intimidad*, 56 REV. DER. PR 61, 78 (2016); Hiram Meléndez Juarbe, *Propia imagen y campañas políticas*, DERECHO AL DERECHO (14 de agosto de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/08/14/propia-imagen-y-campanas-politicas/>.

⁸ Meléndez Juarbe, *supra* nota 7 (“La ambigüedad generada por esta ley no ha sido ampliamente discutida”).

⁹ 1 J. THOMAS MCCARTHY, *THE RIGHTS OF PUBLICITY & PRIVACY* § 1:3 (2da ed., 2018) [en adelante 1 MCCARTHY] (“*the right of publicity is simply this: it is the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*”) (traducción suplida). Véase, además, INMACULADA HIGUERAS, *VALOR COMERCIAL DE LA IMAGEN: APORTACIONES DEL RIGHT OF PUBLICITY ESTADOUNIDENSE AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN* 23 (2001).

¹⁰ A menos que se especifique o del contexto surja algo diferente, a lo largo de este artículo utilizamos la nomenclatura *propiedad intelectual* en su acepción angloamericana, esto es, como un término genérico para denominar “todas aquellas áreas jurídicas que involucran la creatividad intelectual”. SALAZAR, *supra* nota 7, en la pág. 61; SALVADOR FRANCISCO RUIZ MEDRANO, *LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES EN EL MUNDO* 25, 31 n.1 (2011). En la tradición civilista existe algún autor que utiliza la expresión de este modo inclusivo. CARLOS-JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA, *UNA NUEVA SISTEMATIZACIÓN JURÍDICA DE LAS PROPIEDADES ESPECIALES* 86 (2da ed. 1992) (*citando a* Azcárate, quien utiliza la acepción genérica descrita). Sin embargo, lo más común en la sistemática civilista es utilizar la frase *propiedad intelectual* para referirse exclusivamente a los derechos de autor. SALAZAR, *supra* nota 7, en la pág. 61; RUIZ MEDRANO, *supra* nota 10, en la pág. 31 n.1; RODRÍGUEZ GARCÍA, *supra* nota 10, en la pág. 86. Optamos por la denominación en su acepción angloamericana porque las fuentes jurídicas que sirvieron de antecedentes para la adopción del *right of publicity* en Puerto Rico, mediante la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, provienen del derecho estadounidense.

identidad de una persona.¹¹ Tal conjunción de elementos personales, propietarios y comerciales ha llevado a que la doctrina científica afirme que el derecho de publicidad es de naturaleza *sui generis*.¹²

En términos generales, los elementos de la identidad personal que pueden ser protegidos al amparo de este derecho son: el nombre, incluso los apodos, nombres artísticos o seudónimos; la imagen, cualquiera que sea el medio por el cual se plasme; la interpretación de un *personaje* que el público identifica especialmente con un artista; la voz o sonidos distintivos; y objetos asociados a una persona.¹³ No obstante, la extensión precisa del derecho varía de jurisdicción en jurisdicción.¹⁴

El *right of publicity* confiere a su titular la facultad de explotar comercialmente su identidad con exclusión de terceras personas.¹⁵ Al tratarse de un derecho de propiedad con un objetivo comercial, es enajenable y transferible.¹⁶ En algunas jurisdicciones, el derecho tiene duración *post mortem*, esto es, su existencia continúa más allá de la muerte de su titular original.¹⁷ En esas jurisdicciones, que son la

¹¹ Véase 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §§ 1:3, 1:7; 2 THOMAS McCARTHY, THE RIGHTS OF PUBLICITY & PRIVACY § 10:7 (2da ed. 2018) [en adelante 2 McCARTHY]. Véase, además, Daniel Gervais & Martin L. Holmes, *Fame, Property & Identity: The Purpose and Scope of the Right of Publicity*, 25 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 181, 194-95 (2014). A pesar de que el *right of publicity* tiene semejanzas con otras ramas de la propiedad intelectual, tales como el derecho de marcas y el de *copyright*, el derecho de publicidad tiene sustantividad propia con respecto a esas disciplinas. La diferencia fundamental es que los antecedentes del derecho de publicidad se fijan en el derecho a la intimidad y su objeto es vindicar el control de la persona sobre el valor comercial de su identidad, mientras que el derecho de marcas, por ejemplo, tiene como objetivo evitar el fraude y la competencia desleal. Esto provoca que, a pesar de las similitudes, haya que tomar en cuenta algunos elementos diferentes para dilucidar una y otra acción y que no exista interdependencia entre ellas; esto es, se puede ser titular de un derecho de publicidad sobre la identidad de una persona, pero no tener un derecho de marca sobre su nombre, o viceversa. 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §5:6; 2 McCARTHY, *supra*, nota 11 §§10:6-10:7.

¹² Específicamente, se ha afirmado lo siguiente: “*It is more accurate to think of [the right of publicity] as a sui generis mixture of personal rights, property rights, and rights under the law of unfair competition then [sic] to attempt, Procrustean-like, to fit it precisely into one of those categories*”. 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §5.6 (citando a S.J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 28 BULL. COPYRIGHT SOC’Y 111, 112 (1980)). En el mismo sentido, se ha indicado que:

[T]he law defines the right of publicity as a form of “property” right. This categorization is helpful in making decisions about such issues as transferability, standing to sue, choice of law, descent after death and the statute of limitations. In addition, the act of infringing on the right of publicity can properly be viewed as a commercial “tort,” as well as a form of “unfair competition.”

2 McCARTHY, *supra* nota 11, §10:6.

¹³ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4:46-4:88.

¹⁴ Paul Cirino, *Advertisers, Celebrities and Publicity Rights in New York and California*, 39 N.Y.L. SCH. L. REV. 763, 765 (1994) (“*To complicate matters further, the states recognizing the right of publicity do so to varying extents*”).

¹⁵ HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 142-43.

¹⁶ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 1.7; HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 142-43.

¹⁷ 2 McCARTHY, *supra* nota 11, § 9:3.

mayoría entre aquellas que reconocen el derecho objeto de discusión, el derecho de publicidad puede ser objeto de transmisión *mortis causa*.¹⁸

La violación del *right of publicity* confiere a su titular la facultad de presentar una acción de daños y perjuicios dirigida a obtener la indemnización de los daños y a recobrar el valor comercial apropiado sin su consentimiento.¹⁹ Asimismo, el demandante tendrá disponible el remedio de *injunctio* para impedir que continúe la utilización no autorizada de su propiedad.²⁰

III. Denominación

Se atribuye al juez Jerome Frank haber acuñado el nombre *right of publicity* para designar al derecho objeto de discusión.²¹ No existe consenso en cuanto a su denominación correcta en el idioma español. La Ley Núm. 139-2011 indica que el estatuto será conocido como: “*Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*”.²² A lo largo del estatuto se utiliza la expresión *derecho a la propia imagen*, cualificada por la exigencia de que esta sea utilizada con *propósito comercial o publicitario* para que el estatuto sea aplicable.²³

El nombre seleccionado por el legislador puertorriqueño es demasiado restringido, en términos conceptuales, para denominar el derecho objeto de regulación en la legislación. El *right of publicity* abarca *la identidad* de la persona o sujeto titular del derecho, no solamente su imagen.²⁴ La Ley Núm. 139-2011 adopta esta concepción amplia al definir *imagen* como: “nombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o *cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona*, ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción”.²⁵ Ello así, a pesar del nombre de la legislación, sus disposiciones abarcan todos los elementos de identidad antes descritos y los tribunales deben interpretar el estatuto de manera que refleje ese grado de amplitud. En última instancia, lo óptimo sería cambiar el nombre de la legislación para que refleje de modo fiel el derecho que regula.

¹⁸ Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 214.

¹⁹ *Id.* (“*The right of publicity . . . is a right inherent to everyone to control the commercial use of identity and persona and recover in court damages and the commercial value of an unpermitted taking*”). Véase, además, 2 McCARTHY, *supra* nota 11, § 10:6 (“*the act of infringing on the right of publicity can properly be viewed as a commercial ‘tort,’ as well as a form of ‘unfair competition’*”).

²⁰ 2 McCARTHY, *supra* nota 11, § 11:21.

²¹ *Id.* § 1:26. Véase *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2do Cir. 1953).

²² *Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen*, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRÁ §3151 (2017).

²³ Por ejemplo, véase *Id.* § 3153.

²⁴ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4:46-4:88.

²⁵ 32 LPRÁ § 3151(c) (énfasis suplido).

Obsérvese también que la denominación escogida por el legislador, Ley del Derecho sobre la Propia Imagen, podría llevar a confusiones porque da la impresión de que el estatuto regula todas las modalidades de ese derecho, lo cual es erróneo.²⁶ La Ley Núm. 139-2011 regula solamente la hipótesis en que la identidad o *imagen* de una persona se utiliza con propósitos comerciales sin su consentimiento. La Ley limita expresamente su ámbito de aplicación para excluir las situaciones en las que se usa la imagen de una persona con propósitos expresivos de tipo político, artístico, académico, investigativo, periodístico, deportivo, de crítica o de comentario, o cuando la imagen o identidad de la persona se utiliza de modo accesorio.²⁷

Esta exclusión, sin embargo, no significa que la imagen o la identidad puedan utilizarse en esos contextos sin permiso; lo que implica es que esas situaciones seguirán siendo sancionadas conforme a la jurisprudencia interpretativa de la constitución y del articulado del Código Civil por responsabilidad civil extracontractual,²⁸ según

²⁶ Un ejemplo de una expresión equívoca a la que puede dar pie la Ley se encuentra en el siguiente fragmento:

En Puerto Rico, al igual que en España, se reconoce el derecho a la propia imagen. La Ley de Derecho sobre la Imagen define el concepto de la imagen como “nombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona, ante un observador o escucha promedio, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción.” Vázquez Bote explica que “[j]urídicamente se considera imagen la proyección o representación de la propia figura mediante cualquier procedimiento. ... Sobre esa imagen se reconoce un derecho, inherente a la personalidad, que solo puede actuar, normalmente, el sujeto de la misma.

La Ley del Derecho sobre la Propia Imagen fue creada para subsanar una laguna que existía en nuestro ordenamiento sobre legislación protectora del derecho a la propia imagen. Con la promulgación de esta ley se tiene disponible como remedio un interdicto y también una acción de daños y perjuicios. Evita que se utilice la imagen de un individuo para fines “comerciales, mercantiles o publicitarios” sin el consentimiento del individuo. Como podemos observar esta ley está limitada a propósitos comerciales. Solo protege la imagen como derecho patrimonial. Esto significa que alguien puede publicar una foto de un tercero en una página web sin el consentimiento de este y si no es para fines pecuniarios la ley no lo puede proteger.

Irizarry Toro, *supra* nota 7, en la pág. 78 (notas omitidas). La aseveración anterior es formalmente correcta con respecto al alcance de la Ley Núm. 139-2011. Sin embargo, resulta equívoca con respecto al ámbito de protección del Derecho a la Propia Imagen en Puerto Rico el cual trasciende lo dispuesto en la legislación objeto de estudio. Esto es así porque el TSPR ha decretado la protección de tal derecho al amparo del derecho constitucional a la intimidad y de las normas del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual, protección la cual no está supeditada al propósito comercial de la expresión. Véase, e.g., Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000); Colón v. Romero, 112 DPR 573 (1982). Véase, además, López Tristani v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006); Bonilla Medina v. PNP, 140 DPR 294 (1996).

²⁷ 32 LPRA § 3157. Véase, además, Sánchez v. Pérez, KLAN201700373, 2018 WL 1317281 (Sentencia de 30 de enero de 2018) (resolviendo que la Ley Núm. 139-2011 no es aplicable a un caso donde la imagen se utilizó para un reportaje noticioso sin fines comerciales o publicitarios).

²⁸ El Tribunal de Apelaciones ha llegado a esta misma conclusión. Carrasquillo v. PNP, KLAN201201333, 2012 WL 4753899 (Sentencia de 13 de agosto de 2012) (indicando que la Ley Núm. 139-2011 no es aplicable en un caso donde la imagen se utilizó para fines de propaganda política y el demandante reclama violación a su derecho a la intimidad, no derecho de publicidad).

los parámetros fijados por el TSPR.²⁹ Esta es otra razón que aconsejaría cambios en la denominación escogida por el estatuto. Como mínimo, se debería añadir el calificativo *comercial* al nombre *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*.

La Asamblea Legislativa parece haber escogido la nomenclatura que aquí se critica porque no pudo dar con una traducción al español que recogiera íntegramente el concepto *right of publicity* tal como existe en Estados Unidos.³⁰ Sin embargo, la doctrina científica y la jurisprudencia puertorriqueña han utilizado la nomenclatura *derecho a la publicidad* para referirse al derecho objeto de discusión.³¹ Incluso, en la Exposición de Motivos de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* se utiliza esa expresión.³² En otras jurisdicciones de habla hispana, la mayoría de las fuentes jurídicas se refieren al derecho por su nombre en inglés escrito en bastardillas: *right of publicity*.³³ También se ha utilizado la denominación *derecho de publicidad*.³⁴

Por nuestra parte, entendemos que la mejor solución es utilizar en español la denominación *derecho de publicidad*, que nos parece la más conveniente,³⁵ y alternarla por el nombre del derecho en inglés escrito en bastardillas, *right of publicity*, como hacen la mayoría de los autores de habla hispana. De esta manera, se utiliza en español una nomenclatura correcta y eficaz en términos idiomáticos,

²⁹ Bonilla v. PNP, 140 DPR 294 (1996); Colón v. Romero, 112 DPR 573 (1982). Véase, además, López v. Maldonado, 168 DPR 838 (2006); Pérez Vda. Muñiz v. Criado, 151 DPR 355 (2000).

³⁰ Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray, *supra* nota 5.

³¹ Vigoreaux, 173 DPR en las págs. 259, 260-61, 266; Dávila Pernas, *supra* nota 6, en las págs. 141-42, 157.

³² Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1885.

³³ Véase, e.g., STS, 14 de septiembre de 2011 (ROJ STS 6861/2011); Cristián Larraín Páez, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno*, 26 REV. CHILENA DE DER. PRIVADO 119, 141 n.85 (2016); Enrique Cavero Safrá, *El Right of Publicity y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento*, 44 IUS ET VERITAS 212 (2012); José Miguel Ceballos Delgado, *Aspectos generales del derecho a la propia imagen*, 15 REV. LA PROPIEDAD INMATERIAL 61, 67 (2011).

³⁴ Íñigo de la Maza Gazmuri, *La explotación comercial no consentida de la imagen: el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense*, en 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 181-197 (José Ramón de Verda y Beamonte coordinador, 2007).

³⁵ Desde el punto de vista del uso correcto de la lengua española, tanto *derecho de publicidad* como *derecho a la publicidad* serían construcciones correctas. *Derecho*, DICCIONARIO PANHISPÁNICO DE DUDAS (2005). Sin embargo, la construcción *derecho de publicidad* es similar a la que corresponde a las categorías genéricas o afines en las que está enmarcado el derecho objeto de discusión: derecho de propiedad y derecho de propiedad intelectual. Véase DICCIONARIO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (2016). Además de esa virtud, la denominación que aquí seleccionamos tiene la ventaja adicional, frente a la construcción *derecho a la publicidad*, de acentuar el contraste con la denominación *derecho a la propia imagen*. Esta virtud es particularmente deseable para diferenciar este último derecho, que se enmarca en el derecho constitucional a la intimidad, del *right of publicity*, aquí nombrado en español *derecho de publicidad*, que se concibe como un derecho propietario.

pero, habida cuenta de que esta todavía no es aceptada uniformemente, se recurre a la opción más extendida de utilizar el nombre del concepto en inglés escrito en itálicas. La solución indicada tiene la virtud añadida de propender a una mayor variedad y agilidad en la utilización del lenguaje al evitar repeticiones.

En cualquier caso, y a pesar de los reparos que hemos expresado, utilizaremos la nomenclatura *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* para referirnos a la legislación objeto de estudio habida cuenta de que ese sigue siendo el nombre oficial del estatuto. Hasta tanto la legislatura no realice enmiendas técnicas para cambiar o ampliar el nombre de la ley en el sentido señalado, será difícil uniformar y sistematizar la denominación de este derecho en nuestra jurisdicción.

IV. Antecedentes

A. Estados Unidos

El *right of publicity*, como categoría autónoma y con denominación propia, se originó en Estados Unidos entre 1953 y 1954.³⁶ Previo a esa fecha, las reclamaciones por utilización comercial no consentida de la identidad se canalizaban a partir de las acciones por violación al derecho a la intimidad, particularmente por invasión a la privacidad.³⁷ No obstante, las acciones de daños y perjuicios por violación a los *privacy rights*, según concebidas en Estados Unidos, resultaban insuficientes para proteger a figuras públicas porque tales acciones estaban predicadas en “el derecho a ser dejado solo”, condición imposible de cumplir para personas ya conocidas públicamente.³⁸ Tal insuficiencia allanó el camino para el surgimiento del derecho de publicidad como una categoría autónoma:

The inability of the right of privacy to protect celebrities was addressed in the 1953 decision, Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. In Haelan, the Second Circuit created a “right of publicity” that protects against the unpermitted commercial use of a person’s identity and creates the right to grant exclusive use of that identity:

We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made “in

³⁶ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 1.4.

³⁷ *Id.* § 1.7.

³⁸ Michael Decker, *Goodbye, Norma Jean: Marilyn Monroe and the Right of Publicity’s Transformation at Death*, 27 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 243, 249 (2009) (“A shortcoming of the privacy model for celebrities is privacy law’s focus on the right to be left alone, which fails to protect those already well-known to the public”).

gross”, i.e., without an accompanying transfer of a business or of anything else. Whether it be labelled [sic] a “property” right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag ‘property’ simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth.

This right might be called a “right of publicity.” For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures.

The language used in Haelan laid the groundwork for the right’s development.³⁹

Ello así, el derecho de publicidad, al ser de carácter propietario, opera libremente en el ámbito patrimonial sin las limitaciones o restricciones que tradicionalmente acompañan a los derechos de la personalidad, como es el caso del derecho a la intimidad:

[T]he right of publicity recognizes a property right in identity that can be legally separated from the person in a way that privacy rights cannot:

[P]ersonality is commodified and becomes ‘something in the outside world, separate from oneself’. *For this reason, commodified personality can endure long beyond the living self of the individual who creates it and can also be owned and used by persons other than its creator.*⁴⁰

³⁹ *Id.* en la pág. 250 (citando a *Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2do Cir. 1953)) (citas y notas omitidas).

⁴⁰ 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1:26 (citando a Post, *Rereading Warren & Brandeis: Privacy, Property and Appropriation*, 41 CASE WESTERN L. REV. 647, 668 (1991)) (énfasis suplido). Véase, además, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995):

The interest in the commercial value of a person’s identity is in the nature of a property right and is freely assignable to others. *Early cases questioned the transferability of commercial rights in a person’s identity because of the historical connection with privacy rights, which are not generally transferable.* The reluctance to recognize assignments was eventually overcome through the development of a distinct right of publicity. *An assignment of the right of publicity transfers ownership to the assignee, who has standing to assert the right against others. However, an assignment of the right of publicity transfers only the right to exploit the commercial value of the assignor’s identity; the personal interests protected under the right of privacy are not transferable, and thus invasions of those rights by third persons remain actionable by the assignor.*

RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995) (énfasis suplido).

El *right of publicity* es un derecho de ámbito estatal, pues no existe un ley federal al respecto.⁴¹ En la actualidad, alrededor de treinta y tres estados de Estados Unidos reconocen la existencia del derecho de publicidad, bien jurisprudencialmente, como parte del *common law*, o por medio de legislación.⁴² Según indicado, la amplitud del derecho reconocido varía en cada jurisdicción.⁴³ Por ejemplo, al día de hoy solo veinticinco estados reconocen la existencia de un *right of publicity post mortem*.⁴⁴ Por otra parte, en algunos estados se ha reconocido que objetos inanimados pueden ser parte de la *identidad* de una persona para propósitos del derecho a la publicidad,⁴⁵ postura que ha sido criticada.⁴⁶

El derecho de publicidad ha tenido un desarrollo particularmente amplio en el estado de California.⁴⁷ Esto se debe, en parte, a que en jurisdicciones como esa tienen prominencia: la industria de cine; deportistas famosos; y avances tecnológicos que facilitan tomar la imagen de una persona y difundirla, hacer películas y transmitir eventos deportivos.⁴⁸

B. Puerto Rico

En el diseño de las disposiciones de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, se consideraron todas las legislaciones sobre *right of publicity* entonces vigentes en Estados Unidos.⁴⁹ En ese proceso, las legislaciones de California, Florida y, en menor medida, la de Indiana ocuparon un lugar destacado.⁵⁰ Ello así, el análisis de las legislaciones sobre derecho de publicidad vigentes en Estados Unidos previo a la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, junto con la interpretación que se le hubiera dado a tales legislaciones hasta ese momento, resultan de gran valor y utilidad para interpretar el alcance de la Ley Núm. 139-2011 de Puerto Rico.⁵¹

⁴¹ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 1:2.

⁴² *Id.* § 6:2.

⁴³ Cirino, *supra* nota 14.

⁴⁴ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §§ 6:2, 9:17.

⁴⁵ *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9no Cir. 1974); *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395, 1399 (9no Cir. 1992).

⁴⁶ Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 190; Rosina Zapparoni, *Propertising Identity: Understanding the United States Right of Publicity and Its Implications - Some Lessons for Australia*, 28 MELB. U.L. REV. 690, 709-14 (2004) y autores allí citados.

⁴⁷ Larraín Páez, *supra* nota 33, en la pág. 141 n.85; De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 187.

⁴⁸ Larraín Páez, *supra* nota 33, en la pág. 141 n.85; HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 13-14.

⁴⁹ Entrevista con la Lcda. Dora M. Peñagaricano, *supra* nota 5.

⁵⁰ Entrevista con el Lcdo. Álex López Echeagaray, *supra* nota 5.

⁵¹ Véase, *cf.*, e.g., *Benítez v. Vargas*, 184 DPR 210, 245 (2012) (“Cuando un estatuto es copiado o adoptado de una ley extranjera o de otra jurisdicción, se presume que se adopta con la interpretación

Según indicado anteriormente, el bien jurídico protegido por el *right of publicity* es la “identidad” de la persona, particularmente su derecho a controlar el uso comercial de esta.⁵² En Puerto Rico, ese interés jurídico está amparado estatuariamente de modo expreso desde el 13 de julio de 2011 cuando se aprobó la Ley Núm. 139-2011. No obstante, el TSPR había conferido a esos intereses jurídicos un grado de protección *comparable, aunque no idéntico al de esa legislación*, desde el 29 de febrero de 2008, fecha en que emitió su opinión en *Vigoreaux v. Quizno*’s.⁵³ Esa decisión es la más reciente en una trayectoria jurisprudencial que, a partir de 1982, ha reconocido la existencia de una causa de acción en daños y perjuicios para reparar las violaciones al derecho a la intimidad en su vertiente de derecho a la propia imagen.⁵⁴

El TSPR ha definido el derecho a la propia imagen como aquel en virtud del cual:

[T]oda persona puede oponerse a que se reproduzca su efigie o se obtengan pruebas fotográficas de la misma, por personas a quienes no hayan concedido autorización expresa o tácita. Se extiende la prohibición a reproducir la imagen de otro en el teatro, el cine o la televisión; y comprende no solo la publicación de la imagen sino también la confección, dibujo o pintura de la misma sin autorización cuando se oponga a legítimos intereses del afectado, en especial si según el objeto de la fotografía o el modo y forma de su obtención resulta escandalosa o tuvo lugar contra la voluntad conocida del perjudicado. La autorización para hacer una fotografía no incluye la autorización para publicarla, ya que la publicación afecta a la personalidad del interesado más intensamente que el simple hecho de retratarlo. La autorización para ser publicada puede incluir alguna

que se le ha dado hasta ese momento en la jurisdicción de donde procede”) (*citando a R.E. BERNIER Y J.A. CUEVAS SEGARRA, APROBACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN PUERTO RICO 451 (Publicaciones JTS, 2da ed. 1987)*). Véase, además, Jorge M. Farinacci Fernós & Gabriela Rivera Vega, *El uso de fuentes transnacionales en el derecho puertorriqueño I*, 51 REV. JUR. UIPR 189, 192 (2017) (“En el contexto del Derecho comparado, una fuente persuasiva puede referirse a una norma de otra jurisdicción que influyó directamente en la elaboración de la norma propia”).

⁵² HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 23; Arlen W. Langvardt, *Musicians, Politicians and the Forgotten Tort*, 27 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 429, 437-40 (2017); Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en las págs. 183, 185, 222. Véase, además, 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1.3 (“*the right of publicity is simply . . . the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*”).

⁵³ *Vigoreaux v. Quizno*’s, 173 DPR 254 (2008).

⁵⁴ *Id.*; *Bonilla v. PNP*, 140 DPR 294 (1996); *Colón v. Romero*, 112 DPR 573 (1982). Véase, además, *Pérez Vda. Muñiz v. Criado*, 151 DPR 355 (2000); *López v. Maldonado*, 168 DPR 838 (2006).

limitación cuya amplitud se determinará según la interpretación del caso concreto.⁵⁵

En su génesis, la jurisprudencia del TSPR se apoyó en fuentes civilistas para clasificar el derecho a la propia imagen como parte del de intimidad y subsumir a este último dentro del grupo más amplio de los derechos de la personalidad.⁵⁶ Ello así, delineó los elementos de la causa de acción y delimitó sus contornos a partir de: la doctrina científica española, según influenciada por la alemana; y la jurisprudencia puertorriqueña y estadounidense sobre libertad de expresión.⁵⁷

En esta primera etapa de la jurisprudencia puertorriqueña sobre el derecho a la propia imagen, que va desde *Colón v. Romero Barceló*, decidido en 1982,⁵⁸ hasta *López Tristani v. Maldonado*, resuelto en 2006,⁵⁹ el TSPR debió enfrentar el reto de equilibrar el derecho a la propia imagen con el derecho a la libre expresión sobre asuntos políticos, históricos o de interés público.⁶⁰ En dicho período, además, fijó los parámetros para renunciar parcialmente al derecho a la propia imagen en el contexto de una transacción judicial.⁶¹

En esa línea de casos, el TSPR estableció también que el derecho a la propia imagen está sujeto a varias limitaciones; es decir, existen varias situaciones en las cuales se puede publicar la imagen de una persona sin su consentimiento. Estas excepciones, las cuales han sido reiteradas por el tribunal en varias ocasiones, son defensas oponibles que tendrán a su disposición los demandados en casos sobre derecho a la propia imagen: publicación o toma de fotografías en la llamada historia contemporánea no referida a la vida privada, siempre y cuando la persona sea una figura accesoria; cuando así lo justifique un interés público o un serio interés artístico; cuando el derecho constitucional a la libertad de expresión del demandado prevalezca sobre los intereses del sujeto fotografiado; o que el acto se considere socialmente adecuado por ser conforme a derecho en atención a la ordenación

⁵⁵ *Colón*, 112 DPR en la pág. 578 (citando a J. SANTOS BRIZ, EL DERECHO DE DAÑOS 178-79 (Ed. Rev. Der. Privado 1963) (énfasis suplido). Véase, además, *Vigoreaux*, 173 DPR en las págs. 263-64; *Bonilla*, 140 DPR en la pág. 301.

⁵⁶ *Colón*, 112 DPR en las págs. 577-81; *Bonilla*, 140 DPR en las págs. 309-12. Entre los autores citados con aprobación por el TSPR en relación con la *construcción* doctrinal de los derechos de la personalidad, véase JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 29, 54-57 (1976) (indicando que el derecho a la propia imagen es una manifestación del “Derecho a la integridad moral” que es uno de los grupos de tipos de derechos de la personalidad).

⁵⁷ *Colón*, 112 DPR en la pág. 578; *Bonilla*, 140 DPR en las págs. 300-01; *Pérez Vda. Muñiz*, 151 DPR en las págs. 371-72.

⁵⁸ *Colón*, 112 DPR en la pág. 573.

⁵⁹ *López*, 168 DPR en la pág. 838.

⁶⁰ *Bonilla*, 140 DPR en la pág. 294; *Colón*, 112 DPR en la pág. 573; *Pérez Vda. Muñiz*, 151 DPR en la pág. 355.

⁶¹ *López*, 168 DPR en las págs. 848, 855-60.

ético-social de la vida en común.⁶² Tampoco habrá responsabilidad cuando medie el consentimiento del afectado para la toma de la imagen o la publicación.⁶³

Como puede colegirse de lo anterior, la mayor parte de las limitaciones indicadas vienen dadas por la necesidad de balancear el derecho a la propia imagen, corolario del derecho constitucional a la intimidad, con el derecho constitucional a la libre expresión. El choque entre esos dos derechos constitucionales resulta inevitable en vista de que, tal como ha reconocido el TSPR, el derecho a la propia imagen no es meramente una protección de la intimidad, sino que es también una limitación a la libertad de expresión.⁶⁴

En la etapa más reciente de esta trayectoria jurisprudencial, marcada por el precedente establecido en *Vigoreaux v. Quizno's*, del año 2008, el TSPR debió balancear la vindicación de los daños causados por el uso no autorizado de fotografías con el derecho a la libre expresión en el ámbito comercial o publicitario.⁶⁵ En ese caso, el TSPR concluyó “que el uso no autorizado de la *identidad* de una persona para mercadear un producto o proponer una transacción comercial no es permisible y da lugar a una causa de acción por violación al derecho a la propia imagen, valor tutelado por el derecho a la intimidad”.⁶⁶

Esta fue la primera ocasión que se reconoció, en Puerto Rico, la existencia de una causa de acción en daños y perjuicios extracontractuales por la utilización comercial o publicitaria no autorizada de la imagen de una persona. En ese proceso, dicho foro expandió el marco de intereses jurídicos tutelados por su jurisprudencia para proteger el derecho a la propia imagen en tanto fuente de patrimonio o riqueza. Así, sin repudiar las fuentes civilistas que en una primera etapa dieron fundamento a la causa de acción por violación al derecho a la propia imagen en tanto derecho de la personalidad, citó también las fuentes jurídicas estadounidenses relacionadas con el *right of publicity*:

De otro modo, en la doctrina civilista se ha planteado la existencia de un derecho patrimonial a la imagen, relativamente ajeno al derecho de la personalidad. Esta es la normativa que ha adoptado la jurisprudencia federal y el derecho común anglosajón de gran parte de los estados, bajo la figura del derecho a la publicidad (“right of publicity”). Al amparo de esta protección patrimonial, que se caracteriza como un derecho de propiedad intelectual, el sujeto tiene derecho a participar económicamente en la comercialización de su propia imagen, su nombre

⁶² *Vigoreaux v. Quizno's*, 173 DPR 254, 264-65 (2008).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* en la pág. 266.

⁶⁵ *Id.* en la pág. 264.

⁶⁶ *Id.* en la pág. 280.

o su parecido. S.L. Dogan y M.A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 (Núm. 4) Stan. L. Rev. 1161 (2006); F. Igartúa Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, págs. 76–98; O’Callaghan, *op. cit.*

Aunque se puede decir que el valor económico de la imagen de una persona es de naturaleza intangible, ésta puede tener un valor comercial o publicitario que responda a las características y esfuerzos particulares de la persona en un ámbito determinado. En el mundo contemporáneo, la explotación de las imágenes de artistas y celebridades es indudablemente un gran negocio, que se utiliza constantemente en los mercados lucrativos de publicidad. A su vez, la utilización no autorizada de la imagen de una persona para propósitos comerciales, sin su remuneración o consentimiento, generalmente da lugar a una causa de acción en daños por violación al derecho a la publicidad de la persona afectada. R. Schechter y J. Thomas, *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, St. Paul, Thomson & West, 2003, págs. 263–269.⁶⁷

Al exponer lo anterior, el TSPR reafirmó tácitamente que la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico es una materia mixta que amalgama la tradición civilista o continental europea y la del *common law* estadounidense.⁶⁸ **Más importante aún, ese foro aceptó la monetización** de la imagen y de la identidad de una persona en nuestro derecho al abrir la puerta a la adopción del derecho de publicidad.⁶⁹ Sin embargo, el TSPR intentó hacer una síntesis entre el derecho a la intimidad, en su vertiente de derecho a la propia imagen, y el derecho de publicidad. De esta manera, se adscribió a la corriente doctrinal encarnada por William Prosser, quien vio en el *right of publicity* no un derecho nuevo, sino una instancia más de una acción en daños y perjuicios extracontractuales por violación al derecho a la intimidad:

⁶⁷ *Id.* en las págs. 266-67 (notas omitidas).

⁶⁸ Nieves Díaz v. González, 178 DPR 820, 845-46 (2010) (“aunque el derecho de daños en Puerto Rico se rige por las normas del derecho civil, a través de la jurisprudencia hemos reconocido y aplicado en nuestra jurisdicción algunas causas de acción que provienen del derecho común angloamericano o *common law*”); Ramón Antonio Guzmán, *La convivencia en Puerto Rico del “Civil Law” y el “Common Law” en el Derecho de Daños: un enfoque realista*, 43 REV. DE D.P. 209, 209–11 (2004) (“el derecho de Puerto Rico está enmarcado en los ordenamientos que los comparatistas llaman ‘mixtos’ [porque] [c]onviven, en nuestra Isla, las dos grandes tradiciones jurídicas de occidente: (i) el ‘civil law’, que preferiré llamar ‘derecho civilista’ o, casi mejor, derecho continental europeo y (ii) el ‘common law’, que resulta mucho mejor predicado con la expresión ‘derecho anglonorteamericano’”).

⁶⁹ Olgamaris Fernández Figueroa, *El cuerpo del puertorriqueño y sus derechos en la era biotecnológica*, 49 REV. JUR. UIPR 301, 325 (2015) (“En Puerto Rico ya se han expandido derechos propietarios sobre bienes no tradicionales, como por ejemplo el derecho a la propia imagen”).

De hecho, cabe señalar que el derecho patrimonial a la propia imagen —o el derecho a la publicidad— también se ha enraizado en el derecho a la intimidad. R.A. Epstein, Torts, Nueva York, Aspen Publishers, 1999, Sec. 19.3 (1999). En su célebre e influyente artículo sobre la intimidad, el decano Prosser demostró que la “privacidad” es un término sombrilla que incluye cuatro diversas causas de acción que dan lugar a la imposición de responsabilidad extracontractual. W.L. Prosser, Privacy, 48 (Núm. 3) Cal. L. Rev. 383 (1960) . . . [E]n lo pertinente, el derecho a la intimidad incluye una causa de acción contra todo aquel que se apropia indebidamente del nombre, de la imagen o del parecido de una persona para propósitos lucrativos o comerciales.⁷⁰

La adscripción del TSPR a esta tendencia puede ser vista como un intento por dar coherencia a toda su jurisprudencia sobre derecho a la propia imagen; esto es, una síntesis que permita abarcar dentro del derecho a la intimidad la protección de aspectos personales y patrimoniales de la imagen sin tener necesariamente que reconocer un derecho de propiedad autónomo. Un derecho propietario que, por otra parte, todavía no había sido reconocido por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico al momento en que se decidió *Vigoreaux v. Quizno*’s:

Ciertamente, la publicación de la fotografía no constituyó una interferencia con la esfera íntima y privada de la vida del señor Vigoreaux Lorenzana.

No obstante, y de acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, el derecho a la intimidad también incluye una causa de acción contra todo aquel que se apropia indebidamente del nombre, imagen, o parecido de una persona para propósitos comerciales. Al partir de la premisa que los objetivos de Quizno’s en la publicación del anuncio bajo nuestro escrutinio eran evidentemente comerciales, no cabe duda de que la diseminación de la fotografía configuró la utilización indebida de la imagen del peticionario. Por lo tanto, el tribunal apelativo erró al determinar que al señor Vigoreaux Lorenzana no le amparaba el derecho a la intimidad, en la vertiente del derecho a la propia imagen.⁷¹

De lo anterior se puede concluir que el TSPR pautó, en *Vigoreaux*, que el derecho constitucional a la intimidad, en su vertiente de derecho a la propia imagen, se extiende a la protección contra la utilización no consentida de la imagen con propósitos comerciales. Esto, además de subrayar que ese foro le reconoció filiación constitucional a esta acción, le planteó un reto curioso en la resolución

⁷⁰ *Vigoreaux v. Quizno*’s, 173 DPR 254, 267-68 (2008) (énfasis suplido) (notas omitidas).

⁷¹ *Id.* en la pág. 273 (énfasis suplido).

del caso objeto de análisis: a pesar de que el reclamo del demandante en *Vigoreaux* era eminentemente patrimonial, y de que la fotografía que se utilizó pertenecía a la esfera de su vida pública, el Tribunal se vio precisado a justificar constantemente que el demandante tenía una expectativa de intimidad sobre su imagen.⁷² Esto demuestra nuevamente que, a pesar de haber citado fuentes sobre el *right of publicity* donde se le clasifica preeminentemente como un derecho de propiedad intelectual que no está sujeto a las limitaciones del derecho a la intimidad, nuestro TSPR no endosó esa visión. Más bien, como indicamos anteriormente, dicho foro reconoció la utilización patrimonial de la imagen y su *monetización*, pero siempre con referencia al derecho a la intimidad.

En cualquier caso, la tendencia a la que se adscribió el TSPR de subsumir el derecho de publicidad dentro de una de las categorías delineadas por *Prosser* en 1960, ya había sido superada por la generalidad de la doctrina científica y jurisprudencial de Estados Unidos en 2008, fecha en la que se decidió *Vigoreaux*. Según discutido anteriormente, en Estados Unidos, si bien la doctrina científica reconoce la naturaleza *sui generis* del derecho de publicidad y que su origen o antecedente es el derecho a la intimidad, la tendencia dominante es considerar el *right of publicity* como un derecho de propiedad intelectual que opera en el ámbito patrimonial sin las limitaciones del derecho a la intimidad o de los derechos de la personalidad: no existe necesidad de justificar una expectativa de intimidad ni un particular daño o sufrimiento moral para invocarlo, asuntos particularmente problemáticos cuando se trata de imágenes de figuras públicas captadas en contextos públicos, como ocurrió en el caso de *Vigoreaux*; puede ser transferido libremente mediante negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*; y su existencia no tiene por qué estar supeditada a la existencia de su titular original, pudiendo tener duración *post mortem*.⁷³

Al adoptar la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, la Asamblea Legislativa de Puerto Rico se adscribió a esa tendencia dominante en Estados Unidos. Un indicio claro de esto es que utilizó como uno de sus modelos la legislación de California que, según indicado, es una de las jurisdicciones que más lejos ha ido en el reconocimiento amplio del derecho de publicidad. Tal amplitud se aprecia en varias de las disposiciones de la Ley Núm. 139-2011. Como veremos a continuación, esta legislación culmina el proceso de *monetizar* la imagen o la identidad personal en nuestro ordenamiento, proceso comenzado en *Vigoreaux v.*

⁷² *Id.* en las págs. 279, 281.

⁷³ 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 1:26. Véase, además, e.g., Decker, *supra* nota 38, en las págs. 249-50 (discutiendo cómo las limitaciones de las acciones de daños y perjuicios por violaciones al derecho a la intimidad motivaron la creación del *right of publicity* como derecho independiente); Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 194 (“*The courts have uniformly held that the right of publicity is a ‘property’ right*”).

Quizno's. Esto ha convertido el *right of publicity* en un nuevo derecho de propiedad en nuestra jurisdicción el cual podemos clasificar dentro del grupo de las propiedades especiales, particularmente la propiedad intelectual,⁷⁴ afín o similar al derecho de autor.⁷⁵

V. Imagen

La conducta sancionada por la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* es la siguiente: “*utili[zar] la imagen de otra persona con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios, sin el consentimiento previo de ésta, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos*”.⁷⁶ En la Ley objeto de estudio se define *imagen* como: “[N]ombre, fotografía, retrato, voz, firma, atributo o *cualquier representación de una persona que sirva para identificar a esa persona, ante un observador o escucha promedio*, mediante cualquier procedimiento o técnica de reproducción”.⁷⁷ De lo anterior, se deduce que el vocablo imagen incluye tanto la representación visual de la figura o efigie de una persona, como la representación de su voz o por otros medios. O sea, que la utilización no autorizada de la voz de una persona, entre otros atributos, con propósitos comerciales, también estaría sancionada por la legislación.

Es menester notar que la enumeración legislativa es *numerus apertus*. Esto se deduce del propio texto estatutario en donde se crea una clasificación residual que subsume en el concepto estatutario *imagen* cualquier representación de una

⁷⁴ Cf. RUIZ MEDRANO, *supra* nota 10, en las págs. 25, 31 n.1 (indicando que la clasificación *propiedades especiales*, según formulada en la sistemática civilista, incluye la propiedad intelectual y la propiedad industrial); Manuel Albaladejo García, *Prólogo*, en RODRÍGUEZ GARCÍA, *supra* nota 10, en la pág. 11 (“La doctrina civil suele estudiar como propiedades especiales: las aguas, minas, intelectual e industrial”).

⁷⁵ SALAZAR, *supra* nota 7, en las págs. 73-74:

[El *right of publicity*] generalmente lo ejercen con exclusividad aquellas personas famosas o conocidas por el público para reivindicar el uso no autorizado de su nombre o imagen por un tercero para fines económicos o lucrativos. *Estos reclamantes son, por así decirlo, los “autores” de su reputación vinculada con su nombre, de los rasgos de su figura y/o del sonido de su voz, características que el público identifica o reconoce y que, por consiguiente han adquirido plusvalía. Son ellos mismos su propia “obra”.* Es en este sentido que el derecho a la propia imagen se asemeja al derecho de autor.

Id. (énfasis suplido). Véase, además, Coral M. Rodríguez Vera, *Las ideas son nuestras y de nadie: alternativas a la Propiedad Intelectual y su acceso*, 86 REV. JUR. UPR 945, 948, 959 (2017) (incluyendo la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* dentro del grupo de legislaciones que protegen la propiedad intelectual en Puerto Rico).

⁷⁶ Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3152 (2017) (énfasis suplido).

⁷⁷ *Id.* § 3151(c) (énfasis suplido).

persona que sirva para identificarla ante un observador o escucha promedio. Por ejemplo, se podría infringir la ley si se utiliza a un individuo parecido a una persona famosa, haciéndolo pasar como si fuera tal persona, con propósitos comerciales.⁷⁸ En otras palabras, son muchos los métodos mediante los cuales se puede hacer una representación de una persona.

Por otra parte, es menester tener en cuenta que la doctrina viene sosteniendo que el bien jurídico protegido por el Derecho a la Propia imagen es realmente la “identidad” de la persona, no solamente su imagen.⁷⁹ Tal concepción de la protección es la que ha permitido a los tribunales estadounidenses hallar violaciones al *right of publicity* por la utilización comercial de objetos inanimados, como, por ejemplo, vehículos de motor, que sirven para identificar a una persona frente al espectador promedio, aunque ni la imagen ni el nombre del sujeto en cuestión se hayan utilizado.⁸⁰ Igualmente, se ha reconocido una violación a ese derecho por la utilización comercial, en un contexto humorístico, de un robot vestido de forma parecida a una celebridad,⁸¹ o por usar un eslogan con el que un comediante famoso

⁷⁸ Tal interpretación, amén de ser congruente con lo expresado por el TSPR en *Vigoreaux v. Quizno's* y con el propósito reparador de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, es consistente con la interpretación expansiva que se le ha dado generalmente al *right of publicity* en Estados Unidos. Véase, e.g., *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723 (S.D.N.Y. 1978) (resolviendo que una revista violentó el derecho a la propia imagen comercial del boxeador Muhammad Ali cuando publicó un anuncio en el que aparecía fotografiado un hombre parecido al demandante, desnudo y sentado en una esquina de un cuadrilátero junto a un texto que decía “*the Greatest*”). Para una discusión de ese caso y otros similares, véase Darryl C. Wilson, *The Legal Ramifications of Saving Face: An Integrated Analysis of Intellectual Property and Sport*, 4 VILL. SPORTS & ENT. L.J. 227, 269 (1997).

⁷⁹ Langvardt, *supra* nota 52, en las págs. 437-40; Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en las págs. 183, 185, 222. Véase, además, 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 1.3 (“*the right of publicity is simply . . . the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity*”); *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 971 F.2d 1395, 1398 (9no Cir. 1992). Al respecto, el Tribunal Federal de Apelaciones para el Noveno Circuito ha afirmado lo siguiente:

[R]ight of publicity reaches means of appropriation other than name or likeness, but that the specific means of appropriation are relevant only for determining whether the defendant has in fact appropriated the plaintiff's identity. The right of publicity does not require that appropriations of identity be accomplished through particular means to be actionable.

White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395, 1398 (9no Cir. 1992) (énfasis suplido).

⁸⁰ *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9no Cir. 1974) (resolviendo que podría haberse violentado el derecho a la propia imagen comercial o *right of publicity* de un piloto profesional porque algunos telespectadores, al ver un vehículo casi idéntico al que utilizaba el demandante para competir, inferían erróneamente que él era el conductor que aparecía en el anuncio). Para un comentario de esa decisión, véase HIGUERAS, *supra* nota 9, en las págs. 75-77. Para una crítica a la interpretación expansiva establecida en *Motschenbacher* y otras decisiones véase Zapparoni, *supra* nota 46.

⁸¹ *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395, 1399 (9no Cir. 1992). Para una discusión crítica de esa decisión, véase Gervais & Holmes, *supra* nota 11, en la pág. 190.

solía identificarse ante el público.⁸² Entendemos que un razonamiento análogo permitiría hallar violaciones a ese derecho cuando *la identificación de una persona* frente al espectador promedio ocurra mediante la utilización de animales. No obstante, en cuanto a la posibilidad de reconocer un derecho de publicidad autónomo para los animales, la doctrina se ha mostrado en el mejor de los casos ambivalente,⁸³ y los pronunciamientos que ha habido sobre el tema han sido contrarios a esa posibilidad.⁸⁴ Tampoco se ha reconocido que el derecho de publicidad se extienda a la protección de personas jurídicas.⁸⁵ Ello así, las controversias que han surgido en torno a la comercialización de la imagen de un animal o una persona jurídica han sido canalizadas mediante los derechos de marcas o *copyright*, no mediante el *right of publicity*.⁸⁶

⁸² Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831, 836 (6to Cir. 1983) (“[T]he ‘Here’s Johnny’ name was selected . . . because of its identification with [Johnny] Carson. . . We therefore conclude . . . that appellee . . . appropriated Carson’s identity in connection with its corporate name and its product”). Véase, además, De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 187.

⁸³ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 4:38:

I feel that the right of publicity should be kept as close as possible to its basic rationale of a natural right of every human being to control commercial uses of human identity and persona. To stretch the right of publicity beyond its basic reason for existence is to blindly follow superficial semantic analogies

Having sounded this caution, I would, if pressed, reluctantly be willing to tolerate a “slight stretching” of the right of publicity to include animals within the scope of the right. However, I would tolerate what to me is a twisting of the basic policy only because it is probably harmless. I doubt that it will open the floodgates to a menagerie of plaintiffs. It is hard to believe that Noah’s Ark will empty out and a herd of animal plaintiffs come snorting and barking into the courts. I cannot believe that it makes much practical difference whether animals have a right of publicity. Probably the only strong objections will come from legal purists who are not pet owners.

Id. (énfasis suplido).

⁸⁴ *Id.* § 4:37 (“*In sum, while there is no case law on a common law right of publicity for animals, the analogous privacy cases sound negative*”). Véase, *cf.*, Bayer v. Ralston Purina Co., 484 S.W.2d 473 (Mo. 1972) (“*The photograph of the horse used in defendant’s advertisement did not identify with plaintiff. . . . We hold there was no invasion of plaintiff’s privacy*”).

⁸⁵ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, §§ 4.37-4:38 (indicando que extender el *right of publicity* a corporaciones o animales sería extender ese derecho más allá de su razón de ser que es la protección de la *identidad del ser humano*). Véase, además, en el mismo sentido RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (“*The interest in personal dignity and autonomy that underlies both publicity and privacy rights limits application of the right of publicity to natural persons. The protection available against the unauthorized use of corporate or institutional identities is determined by the rules governing trademarks and trade names*”).

⁸⁶ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 4.39 (“*The existing law of trademarks and unfair competition provides adequate redress for the unpermitted use of the names and symbols of organizations*”); Peter Sullivan, *Don’t Mess With Grumpy Cat’s Intellectual Property!*, TRADEMARK AND COPYRIGHT LAW (6 de febrero de 2018), <http://www.trademarkandcopyrightlawblog.com/2018/02/dont-mess-with-grumpy-cats-intellectual-property/> (comentando *Grumpy Cat Limited v. Grenade Beverage, LLC, et al.*, No. SA CV 15-2063, donde se declaró con lugar una demanda por violación a los derechos de *copyright* y de marcas relacionados a la reproducción y comercialización no autorizada de la imagen de un gato).

En suma, en cuanto a la interpretación del concepto *imagen* al amparo de la Ley Núm. 139-2011, puede concluirse que el legislador puertorriqueño se ha decantado por una definición amplia, no taxativa, lo que permitirá una interpretación expansiva en casos apropiados. Esta concepción dinámica de los atributos que forman parte de la persona y los diversos medios por los cuales esta podría ser comercializada es acertada porque está a tono con la evolución acelerada de la tecnología. Esto, ya que es tarea difícil prever todos los medios por los cuales se podría hacer una representación de una persona. El alcance amplio de la definición estatutaria de *imagen* permitirá la aplicación del estatuto con independencia de tales evoluciones.

Por otra parte, de un análisis de algunas de las leyes que sirvieron de modelo a la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen*, encontramos que, al acoger la definición discutida del concepto *imagen*, el legislador de Puerto Rico adoptó una definición amplia parecida a la que brinda el estatuto de California. Por ejemplo, en la legislación de ese estado se dispone que el concepto *imagen* puede abarcar el uso no consentido del nombre, la voz, la firma, fotografía, o parecido, en cualquier manera.⁸⁷ Ello así, en California se han sancionado violaciones al derecho de publicidad por video juegos que contenían “recreaciones literales” del “parecido” de las características físicas de unos integrantes de un grupo musical haciendo la misma actividad por la cual la banda ha alcanzado y mantenido su fama.⁸⁸ También se ha encontrado que puede constituir una violación al *right of publicity* la práctica que utiliza una conocida red social consistente en colocar, sin el consentimiento de los usuarios, sus nombres e imágenes en las páginas de otros miembros de dicha red social junto a la afirmación de que le han dado “like” a ciertos anunciantes.⁸⁹

De igual forma, los tribunales de California han resuelto que pudo incurrir en violación al *right of publicity* un desarrollador de videojuegos que reprodujo en uno de sus productos las imágenes de atletas realizando la misma actividad deportiva que los había hecho famosos.⁹⁰ De la misma manera, se ha encontrado violación por el uso no autorizado del nombre anterior (nombre de pila) de un jugador de baloncesto por una compañía para promocionar uno de sus automóviles.⁹¹

⁸⁷ CAL. CIV. CODE § 3344 (2018), (“Any person who knowingly uses another’s name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner; on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person’s prior consent . . .”).

⁸⁸ No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal. App. 4th 1018 (Cal. App. 2d Dist. 2011). Véase, además, en el mismo sentido, Davis v. Elec. Arts, Inc., 775 F.3d 1172 (9no Cir. 2015) (réplicas de las características físicas de jugadores de futbol americano en un videojuego donde aparecen como personajes que pueden ser controlados practicando el deporte por el que han alcanzado y mantenido su fama).

⁸⁹ Frayley v. Facebook, Inc., 830 F. Supp. 2d 785 (N.D. Cal. 2011).

⁹⁰ In re NCAA Student-Athlete Name & Likeness Licensing Litig., 724 F. 3d 1268 (9no Cir. 2013).

⁹¹ Abdul-Jabbar v. GMC, 85 F.3d 407 (9no Cir. 1996).

En cuanto a la definición del concepto discutido en la legislación sobre *right of publicity* en el estado de la Florida, esta solo menciona nombre, retrato, fotografía o cualquier otro parecido al definir el concepto *imagen*.⁹² Esta definición no incluye de modo literal atributos tales como la firma y la voz, que sí aparecen nombrados en las legislaciones de California y Puerto Rico. Esto podría interpretarse como indicio de un ámbito de aplicación comparativamente más restringido.⁹³ No obstante, la definición contiene una categoría residual que en teoría permitiría ampliar la lista de atributos caso a caso. En el extremo opuesto a la definición de Florida se encuentra, por su amplitud, la del estado de Indiana. Esa legislación establece que el derecho de publicidad abarca elementos tales como: nombre, voz, firma, fotografías, imágenes, parecido, apariencia distintiva, gestos o manierismos.⁹⁴ Obsérvese que, al menos en términos textuales, tal ámbito de aplicación es incluso más amplio que el contemplado en las definiciones de California y Puerto Rico, que se situarían en un plano intermedio, ya que la ley de Indiana incluye elementos tales como gestos o manierismos. Por esta y otras razones, en la doctrina científica hay quienes consideran que la legislación de Indiana es la que reconoce mayor amplitud al *right of publicity* en Estados Unidos.⁹⁵

En síntesis, al interpretar la Ley Núm. 139-2011, se debe dar una interpretación liberal al concepto *imagen*. Esto, ya que el bien jurídico protegido por el estatuto es realmente la *identidad* de la persona, un concepto que abarca el de *imagen*, pero que resulta más amplio. Ello surge de una definición estatutaria del concepto *imagen* que incluye varios atributos personales adicionales a esta como objetos de protección del estatuto. Además, el texto estatuario incluye una clasificación residual que permite entender incluido dentro del concepto de *imagen* “cualquier representación de una persona que sirva para identificarla ante un observador o

⁹² FLA. STAT. ANN. § 540.08 (2018) (“No person shall publish, print, display or otherwise publicly use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose the name, portrait, photograph, or other likeness of any natural person without the express written or oral consent to such use given by . . .”).

⁹³ Véase Blair Joseph Cash, “Hasta La Vista, Funny Guys”: Arnold Schwarzenegger’s Fictional Voice Misappropriation Lawsuit Against Comedians Imitating his Voice and the Case for a Federal Right of Publicity Statute, 18 J. INTELL. PROP. L. 207, 241 (2010) (“For a sampling of statutes that do not protect one’s voice as part of one’s right of publicity, see, e.g., Fla. Stat. Ann. § 540.08”).

⁹⁴ IND. CODE ANN. § 32-36-1-7 (2018) (“As used in this chapter, ‘right of publicity’ means a personality’s property interest in the personality’s: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph; (5) image; (6) likeness; (7) distinctive appearance; (8) gestures; or (9) mannerisms”).

⁹⁵ Véase, e.g., Robert Rossi, *Jurisdictional Haze: Indiana and Washington’s Unconstitutional Extensions of the Postmortem Right of Publicity*, 57 B.C. L. REV. 297, 315 (2016) (“the Indiana state legislature . . . enacted what many scholars consider to be the broadest and most sweeping state statute governing publicity rights”); Brittany A. Adkins, *Crying Out for Uniformity: Eliminating State Inconsistencies in Right of Publicity Protection Through A Uniform Right of Publicity Act*, 40 CUMB. L. REV. 499, 518 (2010) (“the Indiana legislature . . . developed what is considered possibly to be ‘the most sweeping’ state statute governing privacy rights”).

escucha promedio”.⁹⁶ Todos estos factores, unidos a la gran semejanza que guarda la definición discutida de la Ley Núm. 139-2011 con su precedente legislativo del estado de California, una legislación que ha recibido una interpretación sumamente expansiva, confirma nuestra postura sobre el enfoque elástico del concepto *imagen* que quiso establecer el legislador puertorriqueño en el estatuto objeto de estudio.

VI. Estándar de conducta

Según indicado anteriormente, la conducta sancionada por la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* es la siguiente: “utili[zar] la imagen de otra persona *con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios, sin el consentimiento previo de ésta*, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos”.⁹⁷ En cuanto a la forma del consentimiento requerido para evitar incurrir en la responsabilidad establecida por la Ley Núm. 139-2011, la legislación establece de modo expreso que este *tiene que ser escrito*.⁹⁸ En este aspecto, la legislación de Puerto Rico se asemeja a la de Indiana,⁹⁹ y se alejó del diseño seguido en las legislaciones de Florida y California.¹⁰⁰ La exigencia de consentimiento escrito es consistente con el ánimo protector y reparador de derechos que permea la ley de Puerto Rico.

Por otra parte, en la *Ley de Derecho a la Propia Imagen* no se especifica si la conducta que puede dar pie a la imposición de responsabilidad se comete a título de

⁹⁶ Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA §§ 3151(c) (2017).

⁹⁷ *Id.* § 3152 (énfasis suplido).

⁹⁸ *Id.* § 3154. Esa disposición establece lo siguiente:

Los derechos bajo esta Ley son derechos discernibles de propiedad libremente [sic] *transferibles* en todo o en parte a cualquier persona o entidad con personalidad jurídica *a través de una transferencia escrita*, incluyendo pero no limitándose a un contrato firmado entre las partes, poderes, licencias, donaciones y testamentos, o mediante sucesión intestada.

Id. (énfasis suplido).

⁹⁹ IND. CODE ANN. § 32-36-1-8 (“*A person may not use an aspect of a personality’s right of publicity for a commercial purpose during the personality’s lifetime or for one hundred (100) years after the date of the personality’s death without having obtained previous written consent*”).

¹⁰⁰ Véase FLA. STAT. ANN. § 540.08(1)(a-c) (2018); *Weinstein Design Group, Inc. v. Fielder*, 884 So. 2d 990, 1000 n.2 (Fla. 4th Dist. App. 2004). En este último caso, en el cual se interpretó la disposición citada, se indicó lo siguiente:

The statute allows either oral or written permission from the person whose name is used, but in a case where a third party gives consent on behalf of the person whose name is to be used, the statute requires a written authorization from the person whose name is used to the consenting third party.

Weinstein Design Group, Inc., 884 So. 2d en la pág. 1000 n.2. Véase, además, 1 MCCARTHY, *supra* nota 9, § 6:53. En el caso de California, no existe un requisito expreso de consentimiento escrito ni se establece una distinción como la discutida en Florida. CAL. CIV. CODE §§ 3344-3344.1 (2018); *Newton v. Thomason*, 22 F.3d 1455, 1461 (9no Cir. 1994).

culpa, negligencia o si se incurre en responsabilidad sin necesidad de culpa.¹⁰¹ La única disposición de la Ley 139-2011 que menciona los conceptos de intencionalidad, negligencia crasa o desconocimiento es la que establece los remedios a los que puede optar el perjudicado.¹⁰² En esa disposición, tales conceptos se utilizan como criterios para atenuar o agravar la responsabilidad patrimonial, no para eximir de ella. Este es un indicio claro de que para establecer responsabilidad al amparo de la ley en cuestión no es necesario probar algún grado de culpabilidad; esto será relevante únicamente para determinar si se agrava la responsabilidad o se atenúa. Esta impresión se ve confirmada por el análisis de sus antecedentes legislativos.

En Estados Unidos, la norma mayoritaria es que las acciones por violación al derecho de publicidad son de responsabilidad sin culpa (*no fault tort*).¹⁰³ Las leyes

¹⁰¹ 32 LPRA § 3152:

Cualquier persona natural o jurídica que utilice la imagen de otra persona con fines o propósitos comerciales, mercantiles o publicitarios, sin el consentimiento previo de ésta, de la persona que posea una licencia sobre tal imagen, de los herederos en caso de haber fallecido o del agente autorizado de uno de éstos, responderá por los daños causados.

En el evento de no obtenerse el consentimiento requerido en este capítulo, la persona afectada podrá presentar una acción para detener la utilización de dicha imagen y para recobrar los daños causados, incluyendo regalías dejadas de devengar o cualquier pérdida económica resultante de la violación del derecho aquí establecido.

Id.

¹⁰² *Id.* § 3153. La disposición citada establece lo siguiente:

El tribunal, en su discreción, podrá fijar la cuantía de los daños en una cantidad que no exceda tres (3) veces la ganancia del demandado y/o la pérdida del demandante *cuando determine que la violación fue intencional o de mala fe.*

En la alternativa, el demandante podrá optar por solicitarle al tribunal, daños estatutarios. . . *En un caso en el cual el tribunal determine que la violación fue intencional o debido a una negligencia crasa, el tribunal, en su discreción, podrá aumentar la cuantía de daños estatutarios. . . .*

Cuando el tribunal determine que el demandado desconocía y no tenía razón para saber o creer que sus actos constituían una violación a los derechos del demandante, el tribunal, en su discreción, podrá reducir la cuantía de daños.

Id. (énfasis suplido).

¹⁰³ 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 3.14:

The majority rule is that, to prove a case of infringement of the right of publicity, neither intent to identify plaintiff nor intent to injure plaintiff is required. *Judge Posner of the Seventh Circuit, interpreting Illinois law and drawing an analogy to federal copyright law, stated that intent is “irrelevant” to a right of publicity claim. Similarly, a federal court held that the Arizona comparative fault statute was not applicable to a right of publicity claim because infringement of the right of publicity is a no fault tort.*

Id. (énfasis suplido) (notas omitidas). Véase RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 46 (1995) (“Unless required by an applicable statutory provision, an intent to infringe another’s right of publicity is not an element of liability. . . Similarly, a mistake regarding the plaintiff’s consent is not a defense”). Véase, además, Mark Conrad, *A New First Amendment Goal Line Defense—Stopping the Right of Publicity Offense*, 40 OHIO N.U.L. REV. 743, 755 (2014) (“Notably, there is no formal requirement of intent, or even negligence, in any definition of the right of publicity”).

de los estados de Florida e Indiana, al igual que la Ley 139-2011, son consistentes con esta tendencia al guardar silencio en cuanto a la exigencia de culpa o negligencia para la imposición de responsabilidad; las disposiciones en cuestión se limitan a establecer la responsabilidad de cualquier persona que utilice el nombre, la imagen o el parecido de una persona con propósitos comerciales o publicitarios sin su consentimiento expreso.¹⁰⁴ Ello así, si se incurre en la conducta sancionada, no habría que probar tales elementos, solo que se utilizó la imagen sin consentimiento, y que fue con propósito comercial.¹⁰⁵

Tal situación es contraria a la imperante en California cuya legislación se aparta de este modelo al requerir expresamente prueba de que la imagen se utilizó *a sabiendas* de que no había consentimiento previo para su uso con propósito comercial.¹⁰⁶ Esa disposición es claramente incompatible con lo establecido en la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* la cual no contiene tal exigencia.

¹⁰⁴ FLA. STAT. ANN. § 540.08(1) (2018). La disposición citada establece, en lo pertinente, lo siguiente:

(1) No person shall publish, print, display or otherwise publicly use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose the name, portrait, photograph, or other likeness of any natural person without the express written or oral consent to such use given by:

(a) Such person; or

(b) Any other person, firm or corporation authorized in writing by such person to license the commercial use of her or his name or likeness; or

(c) If such person is deceased, any person, firm or corporation authorized in writing to license the commercial use of her or his name or likeness, or if no person, firm or corporation is so authorized, then by any one from among a class composed of her or his surviving spouse and surviving children.

Id. Véase, además, IND. CODE ANN. § 32-36-1-8 (“*A person may not use an aspect of a personality’s right of publicity for a commercial purpose during the personality’s lifetime or for one hundred (100) years after the date of the personality’s death without having obtained previous written consent*”).

¹⁰⁵ Michael L. Richmond, *Commercial or Advertising Purpose Under Florida Statutes Section 540.08 Demystified*, 36 NOVA L. REV. 115, 127–28 (2011):

A significant difference between defamation cases and cases brought under section 540.08 occurs when dealing with private persons embroiled in matters of public interest. Only where a defendant is at fault for publishing defamatory material relating to a private person may the defamed plaintiff recover damages. In contrast, a plaintiff claiming a violation of section 540.08 need only prove the use of name or likeness for public “use for purposes of trade or for any commercial or advertising purpose . . .” The defendant would bear the burden of raising and proving any statutory defenses.

Id. (notas omitidas) (énfasis suplido).

¹⁰⁶ CAL CIV. CODE § 3344 (2018). La disposición citada establece lo siguiente:

Any person who knowingly uses another’s name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person’s prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof.

Como puede colegirse de lo anterior, el análisis sistemático de la Ley 139-2011 y de sus precedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales, demuestran que ese estatuto establece un nuevo supuesto de responsabilidad sin culpa en nuestra jurisdicción, siguiendo la tendencia dominante en Estados Unidos. El reconocimiento de una causa de acción de responsabilidad sin culpa es un suceso extraordinario en nuestro ordenamiento.¹⁰⁷ Esta decisión legislativa subraya el carácter reparador del estatuto y es indicio de una política pública consistente en dar la protección más amplia posible al derecho de publicidad,¹⁰⁸ independientemente del estatus u oficio de la parte demandante o de si es figura pública o no.¹⁰⁹ Por estas y otra razones que se han discutido a lo largo de este escrito, *la Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* debe ser interpretada liberalmente por los tribunales de Puerto Rico para proteger a la parte perjudicada, en consonancia con la intención legislativa indicada.¹¹⁰ Esta interpretación liberal no regirá, sin embargo, en

Id. (énfasis suplido). Véase, además, 1 McCARTHY, *supra* nota 9, § 6.4. Por el contrario, la causa de acción por violación al *right of publicity*, proveniente del *common law* en California, no requiere probar el elemento de conocimiento. Darren F. Farrington, *Should the First Amendment Protect Against Right of Publicity Infringement Actions Where the Media Is Merchandiser? Say It Ain't So, Joe*, 7 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 779, 795 (1997).

¹⁰⁷ En Puerto Rico, la norma general es que resulta indispensable demostrar culpa o negligencia para establecer responsabilidad. Art. 1802 del Código Civil, 31 LPRA §5141 (2015). Los supuestos de responsabilidad sin culpa en Puerto Rico se limitan a: (a) los adoptados expresamente por la Asamblea Legislativa, como por ejemplo el artículo 1810 del Código Civil, 31 LPRA § 5149 (2015), que establece que “[e]l cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeran de la misma”; o (b) situaciones en las cuales el TSPR, al llenar alguna laguna por déficit de actuación legislativa, haya adoptado una norma de ese tipo proveniente de otra jurisdicción, normalmente de Estados Unidos, como es el caso por ejemplo de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Véase Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II)*, *supra* nota 6, en las págs. 19, 21, 27.

¹⁰⁸ Cf. Bernabe-Riefkohl, *Revisión del Código Civil y la Responsabilidad Civil Extracontractual (Parte II)*, *supra* nota 6, en la pág. 20:

[C]uando el demandado usa todo el cuidado necesario pero aún así causa un daño, hay que decidir quién debe cargar con el costo del daño: el que lo sufre o el que lo causa. Si se aplica el artículo 1802 estrictamente, lo tiene que cargar el que sufre el daño porque el demandado no incurrió en culpa o negligencia. Para eliminar ese tipo de resultado, se reconoce la posibilidad de imponer responsabilidad sin prueba de culpa en algunos casos.

Id.

¹⁰⁹ Exposición de Motivos, Ley del derecho sobre la propia imagen, Ley Núm. 139 de 13 de julio de 2011, 2011 LPR 1887 (“Es importante no sólo establecer esta protección por vía estatutaria, sino que quede claro que la misma cobija a toda persona, aún a aquellas que no son figuras públicas”); Entrevista con el Lcdo. Álex López Echegaray, *supra* nota 5.

¹¹⁰ Véase, e.g., cf., Zayas Rodríguez v. PRTC, 195 DPR 720, 734 (2016) (“en cuanto a los estatutos de carácter reparador, hemos expresado que su interpretación debe hacerse liberalmente a los fines de hacer cumplir su propósito”); IFCO Recycling v. Aut. Desp. Sólidos, 184 DPR 712, 741 (2012) (indicando que, cuando el propósito de un estatuto es reparar una injusticia, su interpretación debe ser liberal). El Tribunal Apelaciones ha concluido de modo expreso que la Ley 139-2011 es un estatuto de carácter reparador y que debe ser interpretado de modo liberal. López v. Sánchez, KLAN201300260,

aquellos supuestos donde el propio legislador ha limitado la extensión del derecho de publicidad al exceptuar la aplicación del estatuto.¹¹¹ El hilo conductor de estas excepciones, formalmente estatutarias, pero realmente constitucionales, es evitar que el reconocimiento demasiado amplio del derecho de publicidad infrinja el derecho constitucional a la libertad de expresión y a la libertad de prensa.¹¹² Sin embargo, la interacción del *right of publicity* con los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa es un tema que por su amplitud y complejidad queda fuera de los contornos del presente escrito y debe ser objeto de análisis en un trabajo independiente.¹¹³

VII. Conclusiones

Con la aprobación de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* en 2011 se adoptó en Puerto Rico una modalidad del *right of publicity* o derecho de publicidad, originado en el ordenamiento jurídico estadounidense. Todas las legislaciones sobre *right of publicity* entonces vigentes en Estados Unidos, incluyendo las de los estados de California, Florida e Indiana, sirvieron de modelo al legislador puertorriqueño para delinear las disposiciones de la Ley 139-2011. Ello así, el estudio de esas

2013 WL 4710483 en la pág. 15 (“En cuanto a las leyes de carácter reparador, como la que hoy examinamos, es norma también reconocida que estas deben interpretarse liberalmente, para lograr cumplir su propósito”). Este propósito reparador amplio se expresa en otros rasgos del estatuto: la posibilidad de obtener daños estatutarios, la facultad de presentar la causa de acción sin necesidad de haber explotado comercialmente la imagen previamente, el reconocimiento del derecho de publicidad *postmortem* sin necesidad de que se haya explotado el derecho de publicidad en vida, la posibilidad de reclamar todo tipo de daños causados por la violación de ese derecho y no solo los económicos, etc. En cada una estas situaciones, el legislador puertorriqueño seleccionó las alternativas que reconocen mayor amplitud al derecho de publicidad y a los remedios ante sus violaciones.

¹¹¹ Art. 8 Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3157 (2017). Véase *cf. Zayas*, 195 DPR en la pág. 734 (indicando que, si bien los estatutos de carácter reparador deben interpretarse liberalmente a los fines de hacer cumplir su propósito, “esta interpretación liberal no puede tener el efecto de descartar la voluntad del legislador cuando se trata de una situación específicamente prevista por este y su intención sobre cómo resolverla es clara”).

¹¹² *Cf. Conrad, supra* nota 103, en las págs. 752-53 (citando a RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 47 cmt. (1995)) (“[t]he right of publicity as recognized by statute and common law is fundamentally constrained by the public and constitutional interest in freedom of expression . . . [t]he use of a person’s identity primarily for the purpose of communicating information or expressing ideas is not generally actionable as a violation of the person’s right of publicity”). Véase, además, Alain J. Lapter, *How the Other Half Lives (Revisited): Twenty Years Since Midler v. Ford A Global Perspective on the Right of Publicity*, 15 TEX. INTELL. PROP. L.J. 239, 274 (2007) (“right of publicity case law--arguably broad at times--as well as statutory provisions do nothing more than try to avoid the creation of loopholes through which advertisers can misappropriate a person’s name or likeness, while simultaneously and explicitly upholding First Amendment guarantees”).

¹¹³ Uno de los principales problemas que confronta el derecho de publicidad es que su convivencia con el derecho constitucional a la libertad de expresión ha sido particularmente problemática; esto ha llevado a algunos a abogar por la disminución o eliminación del *right of publicity*. De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en las págs. 188-89 n.45.

legislaciones junto al de la doctrina científica estadounidense resulta de gran valor para poder interpretar adecuadamente la legislación de Puerto Rico, como ha quedado demostrado a lo largo del presente escrito.

El objeto del *right of publicity* es el valor comercial de la identidad de una persona. Se trata de un derecho de propiedad especial, perteneciente a la familia de los derechos de propiedad intelectual, afin o similar a los derechos de autor. En tanto derecho patrimonial, este puede ser objeto de transmisión mediante negocios jurídicos *inter vivos* que consten por escrito o mediante sucesión *mortis causa*. Ello así, el titular del derecho de publicidad será la persona cuya identidad se usa con propósitos comerciales o publicitarios, un cesionario de este o sus herederos.

La violación de este derecho mediante su utilización no consentida legitimará a su titular a presentar una acción de daños y perjuicios y también a solicitar el remedio de *injunction* para detener el uso no autorizado de la propiedad. Tal causa de acción, al estar predicada en la usurpación de un derecho propietario y no en la violación del derecho a la intimidad, no requiere que el demandante demuestre una legítima expectativa de intimidad para prevalecer. La responsabilidad que surgirá de la violación del *right of publicity* es de naturaleza objetiva, esto es, se incurrirá en ella sin necesidad de que exista culpa o negligencia del demandado; el demandante solo tiene que probar que el demandado utilizó la imagen o identidad con propósitos comerciales o publicitarios sin estar autorizado para ello. La existencia o inexistencia de negligencia, negligencia crasa o intencionalidad será relevante solo para la atenuación o agravación de la responsabilidad.

Los antecedentes históricos del *right of publicity* pueden trazarse al derecho a la intimidad, particularmente a las acciones en daños y perjuicios por invasión a la privacidad, según concebidas en el derecho de daños estadounidense. Tal esquema jurídico se reveló insuficiente cuando el interés que deseaban vindicar los demandantes, especialmente las figuras públicas o celebridades, era exclusivamente económico, no vinculado a la violación de una expectativa de intimidad o privacidad: participar en las ganancias que la utilización no consentida de su imagen ayudaba a generar mediante la publicidad y posterior venta de productos. Asimismo, la conceptualización de la identidad de los individuos solamente como un derecho vinculado a la personalidad o intimidad dificultaba su transmisibilidad. Fue así que lo que comenzó como un *tort* o acción en daños y perjuicios por violación al derecho a la intimidad evolucionó en un derecho propietario.

El origen híbrido del *right of publicity* provoca que la doctrina científica más autorizada lo califique como de naturaleza jurídica *sui generis*. Esa hibridez genera paradojas que hacen compleja su categorización e interpretación y que apuntan a la necesidad de que se profundice en el estudio de este derecho y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico puertorriqueño.

Por ejemplo, el *right of publicity* es un derecho propietario de origen estatutario, pero su antecedente es un derecho personal de carácter constitucional como es el

de intimidad. Esto entraña la posibilidad de que en un mismo caso puedan coincidir violaciones del derecho de publicidad con violaciones al derecho a la intimidad o a la propia imagen, dando pie a la aplicación simultánea de la Ley 139-2011, las disposiciones sobre daños y perjuicios en el Código Civil, la Constitución y, en casos apropiados, incluso la Ley de Libelo y Calumnia, provocando que los tribunales tengan que interpretar armónicamente todas esas disposiciones. Esto ocurrirá cuando se utilice sin autorización con propósitos comerciales la identidad de una persona en un contexto donde estén implicados también aspectos sobre derecho a la intimidad y difamación.¹¹⁴ Para complicar las cosas más, la determinación de cuando el propósito de una comunicación es comercial y cuando es, por ejemplo, periodístico o artístico puede resultar difícil;¹¹⁵ esto, a su vez, generaría incertidumbre en torno a la aplicación de la Ley 139-2011 o la causa de acción reconocida por violación al derecho a la propia imagen al amparo del Código Civil y la Constitución.¹¹⁶

¹¹⁴ Véase, e.g., *Coton v. Televised Visual X-Orgraphy, Inc.*, 740 F. Supp. 2d 1299 (M.D. Fla. 2010) (uso no autorizado de un autorretrato de la demandante, quien es una conocida fotógrafa de profesión, para mercadear una película pornográfica). Véase, además, *Rodríguez v. Sánchez*, KLCE201601939, 2016 WL 6989361 (Resolución 31 de octubre de 2016), 2016 WL 6989361 (proveyendo no ha lugar a una solicitud de desestimación por insuficiencia de las alegaciones de una demanda en la que una menor alega difamación y violación a su derecho a la propia imagen, pues “[l]os criterios a utilizarse para ver si tiene derecho al remedio que solicita son, pues, menos rigurosos que si se tratara de una figura pública [y] se impone la protección del derecho de la parte recurrida a presentar su reclamo ante el foro judicial”).

¹¹⁵ Roberta Rosenthal Kwall, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: a Property and Liability Rule Analysis*, 70 IND. L.J. 47, 107 (1994) (“it is often difficult to make a determination as to whether a particular use is primarily commercial . . . many types of informational and entertainment uses can have strong commercial overtones”); De la Maza Gazmuri, *supra* nota 34, en la pág. 188 n.41 (“el problema es que, a menudo, resulta difícil determinar[,] en aquellos casos en que un bien o servicio se comercializa, pero a la vez posee un carácter expresivo[,] cuál de los dos debe primar”).

¹¹⁶ Ley del Derecho Sobre la Propia Imagen, Ley Núm. 139-2011, 32 LPRA § 3157 (2017) (estableciendo que la *Ley del Derecho sobre la propia imagen* no aplicará cuando se use la imagen de una persona con propósitos expresivos de tipo político, artístico, académico, investigativo, periodístico, deportivo, de crítica o de comentario, o cuando la imagen o identidad de la persona se utiliza de modo accesorio). Véase, además, e.g., *López v. Sánchez*, KLAN201300260, 2013 WL 4710483 (Sentencia de 28 de junio de 2013) (negándose a desestimar sumariamente una demanda al amparo de la Ley 139–2011 ante una defensa de inaplicabilidad por ejercicio de libertad de prensa, debido a que “la complejidad de probar los elementos que exige esa legislación, así como las defensas que han levantado las apeladas, requiere que se les permita a las partes un amplio descubrimiento de prueba antes de adjudicarse la reclamación o conceder el peso debido a las aludidas defensas”); *Ayala v. Rivera*, KLAN201600763, 2016 WL 5369286 (Sentencia de 27 de junio de 2016) (“aun si en efecto se determina que la conducta imputada a las partes demandadas constituye un ‘reportaje noticioso, expresión política, transmisión de evento deportivo o artístico, o una presentación que tenga un interés público legítimo . . .’, ello de por sí no es suficiente para eximir las de responsabilidad, pues además se exige que la actuación cuestionada ‘no sea utilizada con propósitos comerciales o publicitarios’. . . estas defensas están disponibles al medio si el propósito de la reproducción de la imagen no es ‘comercial o publicitario’ o una ‘explotación encubierta’”); *Carrasquillo v. PNP*, KLAN201201333, 2012 WL 4753899 (Sentencia de 13 de agosto de 2012) (indicando que la Ley Núm. 139–2011 no es aplicable en un caso donde la imagen se utilizó para fines de propaganda política y el demandante reclama violación a su derecho a la intimidad, no derecho de publicidad).

Por otra parte, el *right of publicity* es un derecho de propiedad intelectual de carácter patrimonial, lo que significa que el gobierno federal podría legislar y ocupar el campo con una norma uniforme, como lo ha hecho con los derechos de *copyright* o marcas. Sin embargo, hasta la fecha ha decidido no hacerlo. Ello así, el *right of publicity* permanece como un derecho estatal cuya extensión varía en cada jurisdicción. Esto, amén de dificultar aún más su estudio, genera el riesgo de que existan problemas de federalismo si en la interpretación de las leyes estatales se interfiere con derechos que provienen de legislación federal que ocupa el campo tal como ocurre con la de *copyright*.¹¹⁷

Otro de los retos que plantea la existencia del derecho de publicidad es delimitar de modo preciso cuál debe ser su alcance frente al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. Esto, toda vez que el reconocimiento de este derecho de carácter propietario conlleva una limitación concomitante de los derechos constitucionales de las demás personas.¹¹⁸ Ello así, la jurisprudencia estadounidense ha utilizado varios esquemas de análisis para determinar, caso

¹¹⁷ Véase, e.g., 17 U.S.C.A. § 301(a) (2005) (“*all legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright . . . are governed exclusively by this title . . . no person is entitled to any such right or equivalent right in any such work under the common law or statutes of any State*”); *Laws v. Sony Music Ent., Inc.*, 448 F.3d 1134, 1138, 1145-46 (9no Cir. 2006) (resolviendo que la legislación federal sobre *copyright* ocupa el campo y desplaza una reclamación sobre violación del derecho de publicidad al amparo de la ley de California porque la grabación de la voz del demandante que el demandado alegadamente utilizó sin autorización está protegida por el derecho de *copyright*); Stefan Michel, *You Can't Always Get What You Want? A Comparative Analysis of the Legal Means to Oppose the Use of Campaign Music*, 18 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 169, 178 (2018) (“*Emphasizing that Californian law recognizes an interest in one's distinctive voice . . . the court held that copyright law preempts the publicity right insofar as the entire allegedly misappropriating performance is contained within a medium that is subject to copyright*”).

¹¹⁸ Conrad, *supra* nota 103, en la pág. 744 (“*What began as a novel subset of traditional privacy rights has led courts and legislatures to create a property-based right of publicity jurisprudence that goes beyond its original goals and encroaches on the traditional First Amendment domain of protection of artistic and creative rights*”). Al respecto, el profesor Volokh ha afirmado lo siguiente:

The right of publicity may seem intuitively appealing to many people. The notion that my name and likeness are my property seems to make sense.

But, when applied to expression, “my property” is another way of saying “legally forbidden to be another’s speech”. Right of publicity law has long had to confront the First Amendment problems with such an approach, and in many areas, such as biography, news reporting, fiction, and the like, it has rightly yielded. But there is good reason to think that it hasn’t yielded far enough—that the right of publicity is unconstitutional as to all noncommercial speech, and perhaps even as to commercial advertising as well.

Eugene Volokh, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, 40 Hous. L. Rev. 904, 929-930 (2004) (énfasis suplido). Véase, además, e.g., Linda J. Stack, *White v. Samsung Electronics America, Inc.’s Expansion of the Right of Publicity: Enriching Celebrities at the Expense of Free Speech*, 89 Nw. U.L. Rev. 1189, 1222 (1995) (“*An evocable right of publicity is also an unwise restriction because it devalues and hampers the capability of commercial speech to transmit valuable noncommercial information, to provide entertainment, and to provoke social commentary*”).

a caso, si en el balance de intereses debe prevalecer el derecho de publicidad del demandante o el derecho a la libre expresión de la parte demandada.¹¹⁹ Hasta la fecha, no existe consenso entre los tribunales en cuanto a cuál *test* debe ser utilizado.¹²⁰ Mientras esto ocurre, la doctrina científica sigue proponiendo nuevos esquemas analíticos u otras formas de combinar los ya existentes para superar las lagunas y críticas que se han identificado o señalado a los esquemas existentes.¹²¹ Por la fragmentación de criterios, por la inconsistencia doctrinal, por la contradicción en los resultados a los que llegan uno y otro tribunal y por la inseguridad jurídica para las partes litigantes, el estado de cosas descrito ha sido calificado por la doctrina científica como “*caótico*”.¹²² Nuestro *TSPR* no ha estado ajeno a esta polémica, pues debió enfrentar un aspecto del problema en

¹¹⁹ Véase, e.g., Roberta Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity, the First Amendment, and the Right of Publicity*, 50 B.C. L. REV. 1345, 1356 (2009) [en adelante Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity*] (“Courts subsequent to *Zacchini* have invoked a variety of balancing tests for determining how the right of publicity should be applied in cases presenting First Amendment challenges. There are at least five basic approaches”); Matthew Savare & John Wintermute, *Right of Publicity Issues in Emerging Media*, 38 L.A. LAW. 10 (2015) (“no fewer than five First Amendment tests have been recognized in evaluating right of publicity claims”).

¹²⁰ Véase, e.g., Christine DiGregorio, *Finding a Fair Balance for the Right of Publicity and First Amendment Protections*, 33 TOURO L. REV. 995, 1003 (2017) (“The need for the balance of these two important rights is clear; however, courts are still struggling to reach a consensus on the precise way to balance these interests fairly”); James Schwabe, *Delay of Game: When Will the Supreme Court Tackle First Amendment Issue in Madden NFL? The Uncertain Future of the Right of Publicity*, 16 VA. SPORTS & ENT. L.J. 120, 135 (2016) (“Amongst all of these tests, the courts have yet to solidify the ‘right test’ for the right of publicity. . . . It is time for the Supreme Court to stabilize this area of the law and hear a case that will update the Court’s 1977 holding in *Zacchini*”); Gloria Franke, *The Right of Publicity vs. the First Amendment: Will One Test Ever Capture the Starring Role?*, 79 S. CAL. L. REV. 945, 946 (2006) (“there is a direct conflict between a celebrity’s right of publicity and the public’s right to free expression. . . . Courts, in struggling to accommodate these competing interests, have failed to articulate a clear standard to resolve the conflict”).

¹²¹ Véase, e.g., DiGregorio, *supra* nota 120, en las págs. 1016-42; Dora Georgescu, *Two Tests Unite to Resolve the Tension Between the First Amendment and the Right of Publicity*, 83 FORDHAM L. REV. 907, 935-944 (2014); Conrad, *supra* nota 103, en las págs. 780-809; Rosenthal Kwall, *A Perspective on Human Dignity*, *supra* nota 119, en las págs. 1361-64.

¹²² Savare & Wintermute, *supra* nota 119, en las págs. 10-11 (traducción suplida) (énfasis suplido):

Indeed, no fewer than five First Amendment tests have been recognized in evaluating right of publicity claims. The U.S. Supreme Court, in its only case involving the right of publicity, held that free speech protections “do not immunize the media” from right of publicity violations. The Court declined, however, to impose any standard or test to resolve the tension between these competing principles. The result has been chaotic, as lower courts have created their own ad hoc balancing tests borrowed from copyright, trademark, and other areas of the law. Such a process has engendered seemingly conflicting rulings, doctrinal inconsistencies, and uncertainties for plaintiffs and defendants.

Id. (énfasis suplido). Véase, además Franke, *supra* nota 120, en la pág. 946 (“Courts . . . have failed to articulate a clear standard to resolve the conflict, resulting in a confusing morass of inconsistent, incomplete, or mutually exclusive approaches, tests, and standards”).

Vigoreaux v. Quizno's.¹²³ Sin embargo, tal pronunciamiento es anterior a la Ley de Derecho sobre la Propia Imagen y debe ser analizado junto a la copiosa literatura jurídica que se ha generado sobre este tema durante la última década.

Estos y otros asuntos apuntan a la necesidad de que se continúe profundizando en el estudio del *right of publicity* y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico puertorriqueño. El presente escrito ha querido ser una primera aportación de nuestra parte en esa dirección mediante el esclarecimiento de algunos de los antecedentes de la *Ley del Derecho sobre la Propia Imagen* y, a partir de ello, el análisis de algunas de sus disposiciones. En ese proceso, esperamos haber provisto respuesta a alguna cuestión relevante, llamado la atención a controversias importantes a ser investigadas en el futuro y haber proporcionado puntos de referencia y fuentes jurídicas a partir de los cuales pueda iniciarse o continuarse la búsqueda de contestaciones a las preguntas planteadas o por plantearse.

¹²³ 173 DPR 254, 276-78 (2008). Véase el pasaje siguiente de la decisión citada:

Es evidente que la fotografía publicada del señor Vigoreaux Lorenzana es una exposición literal de su imagen que no tiene valor transformativo alguno que la convierta en una parodia constitucionalmente protegida para propósitos de la doctrina y la jurisprudencia. . . Como máximo, se podría considerar que ésta es una sátira con una protección constitucional muy limitada, dado el propósito comercial y mercantilista de la publicación.

Id. Tampoco ha estado ajeno a este asunto el Tribunal de Apelaciones. Véase, por ejemplo, López v. Sánchez, KLAN201300260, 2013 WL 4710483 (Sentencia de 28 de junio de 2013) (negándose a desestimar sumariamente una demanda al amparo de la Ley Núm.139-2011, ante una defensa de inaplicabilidad por ejercicio de libertad de prensa, debido a que “la complejidad de probar los elementos que exige esa legislación, así como las defensas que han levantado las apeladas, requiere que se les permita a las partes un amplio descubrimiento de prueba antes de adjudicarse la reclamación o conceder el peso debido a las aludidas defensas”).

