

**Universidad Autónoma de Madrid**

---

**From the Selected Works of Javier André Murillo Chávez**

---

November, 2017

# La problemática jurídica detrás de la resurrección mediante CGI de actores y/o actrices fallecidos/as

Javier André Murillo Chávez, *Pontificia Universidad Católica del Perú*



Available at: [https://works.bepress.com/javier\\_murillo/52/](https://works.bepress.com/javier_murillo/52/)

---

# LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DETRÁS DE LA RESURRECCIÓN MEDIANTE CGI DE ACTORES Y/O ACTRICES FALLECIDOS/AS

JAVIER ANDRÉ MURILLO CHÁVEZ\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CÓMO SE RECONSTRUYE Y/O REVIVE A UN INTÉRPRETE MEDIANTE LA TECNOLOGÍA? III. ASPECTOS Y PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE LA RESURRECCIÓN DIGITAL DE ACTORES Y/O ACTRICES FALLECIDOS/AS. IV. REFLEXIÓN FINAL. ¿ES CORRECTA LA RESURRECCIÓN DIGITAL DE INTÉRPRETES FALLECIDOS POR MOTIVOS DE GUIÓN?

## I. INTRODUCCIÓN

El vertiginoso avance de la tecnología genera que debamos aplicar viejas leyes a *fattispecies* modernas, más aún con procedimientos de reforma legislativa complicados y engorrosos que no siguen el dinamismo de la realidad actual. Entre tantos fenómenos tecnológicos disruptivos, hoy en día, la tecnología del *Computer-Generated Imagery* (CGI) ha permitido que actores o actrices fallecidos vuelvan a la vida para las producciones audiovisuales de manera espectacular, provocando toda una revolución en la industria cinematográfica. Una muestra de ello ha sido el *spin-off* de la saga de culto *Star Wars* titulado «*Rogue One: a Star Wars story*» (2016). Esta película no sólo produjo la gran emoción de los fans al ver una historia tan cercana a la trilogía clásica, sino también trajo consigo una cuestión de problemática ética<sup>1</sup> y jurídica<sup>2</sup>. Esta obra cinematográfica rompe esquemas al traer a la vida a un

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Alumno del Máster en Propiedad Industrial, Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Ex-Director de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico.

<sup>1</sup> PULVER, Andrew, «Disney deny negotiating with Carrie Fisher's estate for rights to her digital image» [en línea]. En: *Diario The Guardian - Culture: Film* (WEB). Nueva York: Guardian News and Media Limited, 13 de enero de 2017. Consulta: 30 de enero de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/8t4zns>

<sup>2</sup> AYUSO, Rocío, «Los actores se protegen de su resurrección digital» [en línea]. En: *Diario El País - Cultura* (WEB). Los Ángeles: Ediciones El País S.L., 22 de enero de 2017. Consulta: 30 de enero de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/anE1Bv>

personaje —el Gobernador *Tarkin*— cuyo intérprete —Peter Cushing— falleció en 1994, a través de CGI, por necesidad del guión<sup>3</sup> en gran espacio del largometraje. De igual manera, se utiliza la misma técnica para recrear en una escena a la joven Princesa Leia Organa, papel interpretado en 1977 por la recientemente fallecida Carrie Fisher<sup>4</sup>.

Este fenómeno genera preguntas en tres ámbitos. Primero, en el ámbito tecnológico: ¿Se puede revivir a un/a intérprete mediante la tecnología? La respuesta a esta pregunta, actualmente, es obvia; sin embargo, queda contestar ¿Cómo se hace? Luego, en el ámbito jurídico, debemos preguntarnos ¿Cómo se utiliza el ordenamiento jurídico para permitir o impedir la resurrección digital de actores y/o actrices fallecidos/as? y ¿Quiénes están habilitados jurídicamente para estos fines? Finalmente, en el ámbito ético, la difícil pregunta a contestar es la siguiente: ¿Es correcta la resurrección digital de intérpretes fallecidos/as por motivos de guión? En el presente trabajo, nos dedicaremos a estudiar e intentar formular respuestas sobre estas cuestiones; centrándonos principalmente en el ámbito del Derecho, para ver cómo el uso de clásicas instituciones jurídicas civiles es retado por la irrupción del CGI en la industria audiovisual.

## II. ¿Cómo se reconstruye y/o revive a un intérprete mediante la tecnología?

Actualmente, es totalmente posible revivir a un actor o actriz fallecido mediante tecnología CGI para que aparezca en una nueva producción audiovisual o reconstruir a un actor o actriz, fallecido/a o no, para —por ejemplo— devolverlo a la juventud. Aunque estas son tareas altamente dificultosas y costosas, incluso más que la modificación digital de personajes para darles características sobrenaturales como el caso de *Gollum* en la saga de «*The Lord of the Rings*» (2001-2014) o los *Na'vi* en «*Avatar*» (2009). En todos estos casos, se transformaba a un actor o actriz en un personaje fantástico; por el contrario, la dificultad adicional en el caso resurrección y/o reconstrucción digital de personajes consiste en que se busca la recreación de

<sup>3</sup> Es de recalcar que esta técnica ya ha sido usada para revivir a varios artistas; sin embargo, el principal motivo fue la muerte del intérprete durante el tiempo de rodaje, es decir un motivo de fuerza mayor. v.g. el personaje *Próximo* en «*Gladiator*» (2000), debido a la muerte de *Oliver Reed* durante el rodaje; igualmente, por la muerte en el set de *Brandon Lee* en la filmación de «*The Crow*» (1994); y, más recientemente, el personaje de *Brian O'Conner* en «*Furious Seven*» (2015) por el accidente automovilístico mortal de *Paul Walker*.

<sup>4</sup> Debemos mencionar que *Carrie Fisher* se encontraba viva al momento de la realización de esta escena y la misma contó con su aprobación. ROTHMAN, Michael y SANDELL, Clayton, «Carrie Fisher's Reaction to Her Latest 'Star Wars' Cameo» [en línea]. En: *Diario ABC News - Entertainment* (WEB). Nueva York: Yahoo! - ABC News Network, 05 de enero de 2017. Consulta: 30 de enero de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/pk8GCq>

la realidad y no de la ficción. Por lo tanto, cuanto más natural o real parezca la reconstrucción y/o resurrección, mayor será el éxito.

Normalmente, los casos de resurrección digital<sup>5</sup> de la imagen mediante CGI eran forzosamente realizados para terminar una producción audiovisual en la cual estaba participando el actor o actriz que fallecen antes de terminar el rodaje; sin embargo, esto cambió con la película «*Rogue One: a Star Wars story*» (2016) ya que el uso del CGI se realizó únicamente porque el equipo de producción quiso aproximar esta película a su *film* canónico más próximo: «*Star Wars: a New Hope*» (1977), grabada en tiempo que Peter Cushing estaba vivo y Carrie Fisher tenía 17 años. El proceso para revivir y rejuvenecer a estos personajes ha sido explicado por la empresa de efectos especiales *Industrial Light & Magic*<sup>6</sup>. En el primer caso, se utilizó al actor británico Guy Henry, de rasgos muy parecidos a Cushing. Henry, quien estudió la actuación del fallecido actor para parecerse en gestos y voz, fue grabado totalmente disfrazado de *Tarkin* con complejos y avanzados instrumentos de reconocimiento de gestos que digitalizaban su imagen hasta un *software* determinado mientras imitaba la interpretación de Cushing. Los especialistas de esta compañía de efectos recopilaron toda actuación previa de Cushing para realizar la adaptación digital de las grabaciones de Henry al personaje del Gobernador *Tarkin*, incluso cuadro por cuadro si era necesario. El resultado —aunque perfectible— fue muy impresionante. Por otro lado, en el caso de Leia, hicieron un matiz ya que su intervención fue mucho menor. En total hay tres planos: primero, una toma de espaldas; luego, cambio de plano aún de espaldas con su mano extendida recibiendo una tarjeta de información; y, finalmente, una toma de frente mencionando una frase. Como indica Itzkoff, «*en la primera toma, cuando Leia es vista desde atrás (con su peinado de bollos de marca registrada), ella es interpretada por una actriz de carne y hueso, Ingvild Deila. Luego, en el ángulo reverso, cuando Leia es vista desde el frente, su cara, cabello y disfraz*

<sup>5</sup> Debemos diferenciar: por un lado, **reconstrucción** es la puesta en escena digital de un actor y/o actriz con modificación radical de alguna característica real de su aspecto físico actual; *v.g.*, cuando se requiere utilizar a un actor en edad muy joven, habiendo cambiado mucho su aspecto actual. Este es el caso de Robert Downey Jr. en «*Captain America: Civil War*» (2016), donde se requería la aparición de *Tony Stark* en edad juvenil; el envejecimiento y rejuvenecimiento de Brad Pitt como *Benjamin Button* en la película «*The Curious Case of Benjamin Button*» (2008); el caso de Michael Douglas como un joven *Hank Pym* en «*Ant-Man*» (2015) o Johnny Depp como un rejuvenecido *Jack Sparrow* en «*Pirates of the Caribbean: Dead Men Tell No Tales*» (2017). Mientras que, por otro lado, será **resurrección** la puesta en escena digital de actores y/o actrices que se encuentran muertos/as al momento de producirse la nueva producción audiovisual, sean cuales sean las características reales de su aspecto físico necesarias (*v.g.*, la edad). Es decir, se podría revivir a Marlon Brando como *Vito Corleone* en «*The Godfather*» (1972) o como *Stanley Kowalski* en «*A Streetcar Named Desire*» (1951).

<sup>6</sup> ABC NEWS, «How Rogue One Created Princess Leia, Grand Moff Tarkin» [*en línea*]. En: *Red Social YouTube* (WEB). Subida: 05 de enero de 2017. Consulta: 09 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=xMB2sLwz0D0>

son una recreación digital de la Sra. Fisher, basada en grabaciones de “*A New Hope*” (La mano extendida del personaje es de la Srta. Deila)»<sup>7</sup>.

De lo señalado, sumándole algunos otros supuestos tales como la resurrección y reconstrucción animada que también ha sido realizada para la serie «*Star Wars Rebels*» (2014 - 2017) tanto de *Leia* como de *Tarkin*, vemos que estas últimas producciones de *Star Wars* nos brindan ejemplos para todos los supuestos teóricos de reconstrucción y resurrección:

- 1) **Resurrección digital por CGI de actores/actrices fallecidos/as.** Cuando se reproduce digitalmente la imagen en movimiento de un actor o actriz fallecido/a.
  - a) **Con imágenes de producción previa.** Cuando se utilizan filmaciones previas para revivir digitalmente a un actor o actriz fallecido/a en una nueva producción audiovisual, p.ej. la resurrección de los pilotos rebeldes «*Gold lider*» y «*Red lider*» en «*Rogue One: a Star Wars story*».
  - b) **Sin imágenes de producción previa.** Cuando se revive a un personaje para nuevas escenas fílmicas sin utilizar grabaciones previas del actor o actriz en vida.
    - i) **Con intervención de actor/actriz similar.** Cuando se produce la resurrección de un personaje en una nueva producción audiovisual por medio de la grabación de un actor o actriz secundario/a muy parecido al fallecido/a, p.ej. las escenas del Gobernador *Tarkin* durante la película «*Rogue One: a Star Wars story*».
    - ii) **En formato animado.** Cuando se crea una animación 2D o 3D del personaje que interpreta el actor o actriz fallecido/a, p.ej. el caso del Gobernador *Tarkin* en algunos capítulos de «*Star Wars Rebels*».
- 2) **Reconstrucción digital por CGI de actores/actrices.** Cuando se genera digitalmente la imagen en movimiento de un actor o actriz con modificación radical de alguna característica real de su aspecto físico en la actualidad.
  - a) **Con imágenes de producción previa.** Cuando se utilizan grabaciones previas para reconstruir digitalmente a un actor o actriz, p.ej. la escena frontal de la Princesa *Leia* al final de «*Rogue One: a Star Wars story*».
  - b) **Sin imágenes de producción previa.** Cuando se reconstruye a un personaje para nuevas escenas fílmicas sin utilizar grabaciones previas del actor o actriz.

<sup>7</sup> ITZKOFF, Dave, «How “Rogue One” Brought Back Familiar Faces» [en línea]. En: *Diario New York Times - Movies* (WEB). Nueva York, Theç New York Times Company, 27 de diciembre de 2016. Consulta: 09 de marzo de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/1tTGJK>.

- i) **Con actor/actriz similar detrás.** Cuando se reconstruye por medio de la grabación de un actor o actriz secundario/a muy parecida, p.ej. la escena de espaldas y de la mano extendida de la Princesa *Leia* al final de «*Rogue One: a Star Wars story*».
- ii) **En formato animado.** Cuando se reconstruye a través de una animación 2D o 3D del actor o actriz, p.ej. el caso de la Princesa *Leia*, en algunos capítulos de «*Star Wars Rebels*».



Fuente: Fotogramas de «*Rogue One: a Star Wars story*» (2016), «*Star Wars: a New Hope*» (1977) y capítulos de la primera y segunda temporada de «*Star Wars Rebels*» (2014 - 2017)

### III. ASPECTOS Y PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE LA RESURRECCIÓN DIGITAL DE ACTORES Y/O ACTRICES FALLECIDOS/AS

Siguiendo el esquema propuesto, ahora corresponde analizar la problemática jurídica que genera únicamente la **resurrección digital por CGI de actores/actrices fallecidos**; es decir, el uso de la imagen de un actor y/o actriz fallecido/a al momento de la realización de una nueva producción audiovisual. En este sentido, debemos separar dos planos: por un lado, (i) el plano fisiológico, consistente en la disposición contractual del uso *post mortem* de la imagen de un intérprete; y, por otro lado, el plano patológico, consistente en los remedios jurídicos para impedir el uso *post mortem* de la imagen de un intérprete. Analizaremos estos aspectos desde una perspectiva del Ordenamiento Jurídico español y peruano.

Para empezar debemos indicar que en España, el derecho a la propia imagen está reconocido en el art. 18.1 de la Constitución Española de 1978 y se desarrolla en la Ley Orgánica 1/1982 de 05 de mayo; mientras que en Perú, el derecho a la propia imagen es reconocido en el art. 2.7 de la Constitución Peruana de 1993 y

es desarrollado únicamente en el art. 15 del Código Civil de 1984. Intentaremos responder cómo esta antigua normativa es la única referencia a utilizarse frente a los actuales usos patrimoniales en el mercado de la imagen de intérpretes fallecidos, tales como *spot* publicitarios, *videoclips* musicales o producciones cinematográficas. Para empezar, ya el Tribunal Constitucional español ha reconocido la diferencia entre la defensa frente a intromisiones ilegítimas del derecho constitucional a la imagen vía amparo de las reclamaciones civiles sobre la explotación patrimonial de la imagen<sup>8</sup>.

Al margen de las vías de remedio diferente (acción civil o recurso de amparo), esto genera el reconocimiento de una de dos opciones<sup>9</sup>: o de (i) un derecho de imagen unitario con (a) una facultad negativa, para prohibir el uso de la propia imagen, y con (b) una facultad positiva, para disponer de la propia imagen de forma gratuita u onerosa<sup>10</sup>; o de (ii) dos derechos autónomos: (a) el derecho constitucional a la propia imagen y (b) el derecho patrimonial de disposición de la propia imagen. Este último podría ser construido desde dos modelos: el del *right of publicity*, de la jurisprudencia norteamericana<sup>11</sup>, o el de la estructura derecho *matriz* - derecho *filial*, de la doctrina alemana<sup>12</sup>. Es importante indicar que esta diferenciación se generó porque las normas, incluida la española y la peruana, están pensadas en el plano patológico, más que el plano fisiológico; en otras palabras, la normativa ha quedado desfasada pues al momento de su emisión, el legislador no pensó en la disposición patrimonial del derecho a la imagen como sucede en el mercado actual.

Como veremos, lo señalado se complica aún más cuando hablamos de la imagen de intérpretes fallecidos/as. Veamos, en el **plano fisiológico** buscamos identificar

<sup>8</sup> Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Núm. 231/1988, de 02 de diciembre. Sin embargo, con mayor claridad en el Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Núm. 81/2001 de 26 de marzo.

<sup>9</sup> Como señala: «ya sea que nos encontremos ante dos derechos distintos sobre esos bienes (uno de índole patrimonial, otro como derecho de la personalidad) o que se esté ante un derecho similar al derecho de autor (con sus aspectos morales y materiales), lo que está claro es que existen dos situaciones jurídicas bien diferentes sobre aquellos bienes, una más volcada en su protección, otra fundamentada en su explotación». IGARTUA Arregui, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 17.

<sup>10</sup> Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Persona*. 5.ª Edición. Lima: Rodhas, 2008. El Tribunal Constitucional Peruano ha recogido esta distinción en clave de facetas: positiva, por la cual uno decide cuando se usará su imagen, y negativa, por la cual uno puede prohibir el uso de su imagen. Fundamento Jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Núm. 1970-2008-PA/TC de 30 de mayo de 2011.

<sup>11</sup> Siendo este último distinto al derecho a la propia imagen, ya que «no protege cualquier tipo de utilización de la imagen de los individuos, (...), sino, específicamente, la explotación de naturaleza comercial». CAVERO SAFRA, Enrique, «El *right of publicity* y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento». En: *Revista Ius Et Veritas*. Vol. 22, Núm. 44. Lima, Asociación Civil Ius Et Veritas, 2012, p. 217.

<sup>12</sup> Cf. VENDRELL CERVANTES, Carles, *El Mercado de los Derechos de Imagen*. Navarra: Aranzadi, 2014.

(i) cuál es el instrumento jurídico que permite el uso *post mortem* de la imagen de un intérprete y (ii) quién está legitimado para suscribir el correspondiente negocio jurídico sobre el derecho a la imagen del/de la fallecido/a intérprete. Sobre la primera cuestión, para que un productor audiovisual<sup>13</sup> utilice la imagen de un actor y/o actriz fallecido/a cabe preguntarse: ¿Ante qué supuesto estamos: resurrección digital con imágenes de producción previa o sin estas? En el primer caso, donde el derecho a la imagen para la previa producción audiovisual se entiende cedida en vida por el intérprete fallecido, habrá que ver dos cuestiones:

- Si se trata del mismo productor titular de los derechos de autor sobre las grabaciones previas, entonces las imágenes podrán ser utilizadas libremente por este; no obstante,
- Si se trata de distinto productor que el titular de los derechos de autor de las grabaciones previas, las imágenes únicamente podrán ser utilizadas si se solicita una cesión de los derechos de autor al productor titular de estas.

En el segundo caso, habrá que ver si se trata de un caso con intérprete similar detrás o si se va a realizar la resurrección en formato animado. En el primer caso, el más complicado, creemos que se debe pactar un **Contrato de cesión de la imagen del/de la artista fallecido/a**<sup>14</sup>. Este contrato lleva a un difícil debate sobre la naturaleza jurídica del objeto de dicho negocio jurídico. Sabemos que el derecho personalísimo a la imagen se extingue a la muerte del autor<sup>15</sup>; sin embargo, esto no impide la posibilidad de que distintas personas que habilita la Ley —como veremos— puedan pactar con el productor el uso de la imagen *post mortem* a cambio de una contraprestación económica<sup>16</sup>. Creemos que el objeto de este contrato es la autorización o consentimiento por parte de los legitimados<sup>17</sup>, sólo así podremos

<sup>13</sup> Observamos que tanto el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) como la Ley de Derecho de Autor peruana (Decreto Legislativo Núm. 822, de 23 de abril), reconocen al productor de obras audiovisuales como el responsable y titular de los derechos sobre una obra audiovisual.

<sup>14</sup> Claramente, no podemos hablar de cláusulas de cesión de la imagen en un contrato laboral o contrato de locación de servicios, porque quien era titular de la imagen ya ha fallecido.

<sup>15</sup> Tal como reseña, exponiendo los motivos de la Ley Orgánica 1/1982, PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen*. Navarra: Aranzadi, 2003.

<sup>16</sup> Resaltamos que cuando la Ley Orgánica 1/1982, en España, señala que «*el derecho (...) a la propia imagen es irrenunciable (sic), inalienable e imprescriptible*» en el art. 1.3, sólo alude a la faceta negativa. El reconocimiento de la explotación económica de la propia imagen (enajenación) ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español en varias Sentencias, *v.g.* Núm. 231/1988, Núm. 117/1994, Núm. 81/2001, Núm. 156/2001 y Núm. 23/2010.

<sup>17</sup> Coincidimos con la tesis que señala que «*dogmáticamente, la relación entre el contrato y el consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad incorporal se explica de forma sencilla: el consentimiento o autorización es el objeto de una relación jurídico-obligatoria de*



compatibilizar este Contrato con lo que señalan el art. 15 del Código Civil peruano de 1984 y la L.O. 1/1982 española.

Siguiendo la lógica de las normas reseñadas, en España, según el art. 4 de la L.O. 1/1982, debemos entender<sup>18</sup> que se debe recabar el consentimiento de (i) la persona o persona jurídica que gestione la imagen de la persona fallecida según testamento o, en caso no exista, (ii) el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Sólo en caso de faltar todos ellos, (iii) corresponde al Ministerio Fiscal siempre que no hubieren transcurrido más de 80 años desde el fallecimiento del afectado. En Perú, según el art. 15 del Código Civil de 1984 se debe solicitar el asentimiento del (i) cónyuge, (ii) los descendientes, (iii) los ascendientes o (iv) los hermanos, exclusivamente y en este orden<sup>19</sup>. Es decir, estos son los legitimados para suscribir un negocio jurídico sobre la autorización o consentimiento de uso de la imagen del/de la artista fallecido/a.

En el segundo caso, sobre la resurrección animada, podemos dudar sobre el instrumento porque nos encontraremos con un problema de reconocibilidad, ya que debemos ver si estamos frente al uso del personaje protegido por derecho de autor en un contexto dinámico o frente al uso de la imagen del actor o actriz fallecido<sup>20</sup>. Nosotros nos inclinamos a estar frente al primer supuesto, estando como máximo ante un supuesto de colisión entre el derecho a la libertad de creación y propiedad intelectual, por un lado, frente al derecho a la memoria del/de la fallecido/a, por el otro<sup>21</sup>. En este supuesto, se utiliza un personaje ficticio, no la imagen del actor y/o actriz fallecido/a; por lo tanto, lo que se requiere es la cesión de los derechos de autor sobre el personaje para su uso en una obra audiovisual.

---

*naturaleza contractual, conformándose como una de sus prestaciones características y (...) sin perder sus rasgos teóricos y normativos distintos». VENDRELL CERVANTES, Carles, ob. cit., p. 416*

<sup>18</sup> El art. 4.2. de la Ley Orgánica 1/1982 señala «*el ejercicio de las acciones de protección civil (...) corresponde (...)»*, mas no «*el consentimiento deberán darlo (...)»*, al contrario de lo que sucede con el art. 15 del Código Civil peruano de 1984. Sin embargo, como el reconocimiento del derecho patrimonial o de la facultad patrimonial aún es implícita en el Ordenamiento Jurídico español, es el parámetro más próximo de legitimados para otorgar consentimiento del uso de la imagen *post mortem*.

<sup>19</sup> A diferencia de la Ley Orgánica 1/1982 española, el Código Civil peruano de 1984 no pone un límite de tiempo (80 años en España), ni limita a los legitimados a aquellos «*(...) que viviesen al tiempo de su fallecimiento»*, por lo que no hay ningún motivo para negar que la protección de la imagen *post mortem* en Perú es ilimitada.

<sup>20</sup> Por ejemplo, se señala que «*(...) siempre que se identifique al actor y no al personaje, es la imagen de aquél la que se utiliza y si, además, no se tenía derecho para hacerlo, cabrá la reclamación por ese uso»*. IGARTUA ARREGUI, Fernando, ob. cit., p. 36.

<sup>21</sup> A diferencia del conflicto entre libertad de expresión y derecho a la imagen al que hace referencia CAVERO SAFRA, Enrique, ob. cit., pp. 212-223.

Pasemos ahora al **plano patológico**, donde debemos averiguar a través de qué remedios jurídicos logramos impedir (i) el uso no autorizado o (ii) el mal uso de la imagen de un/a intérprete fallecido/a, pese a estar autorizado. Entonces, primero tenemos el caso en el cual se revive a un/a intérprete fallecido/a sin haber solicitado ningún permiso. En este supuesto, si bien el art. 7.6 de la L.O. 1/1982 española califica como intromisión la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga; la Ley habilita normativamente tanto la tutela inhibitoria civil, así como el recurso de amparo<sup>22</sup>. No obstante, el amparo ya no podrá ser vía idónea pues el derecho fundamental a la imagen desapareció cuando murió el/la intérprete cuya imagen se está utilizando<sup>23</sup>. Entonces, tanto en Perú como en España, se debe demandar la tutela inhibitoria civil —establecida en el art. 17 del Código Civil peruano de 1984 y en el art. 9.1 de la L.O. 1/1982 española— como vía para que cese el uso de la imagen *post mortem* del actor o actriz, incluso en supuestos en que se afecte —ya no la dignidad de la persona humana— sino la memoria de la persona fallecida. Los legitimados serán los sucesores o el curador<sup>24</sup>, como indica el art. 4 de la L.O. 1/1982 española y el art. 17 del Código Civil peruano de 1984.

Complementariamente, si el usurpador de la imagen *post mortem* ya ha obtenido un beneficio derivado del uso de la misma; procede también que los legitimados inicien una acción de resarcimiento, único remedio en Perú ya que el enriquecimiento sin causa tiene naturaleza subsidiaria<sup>25</sup>, o una acción por enriquecimiento injustificado del derecho a la imagen *post mortem* del/de la intérprete fallecido/a, opción válida y más idónea en España<sup>26</sup>. Consideramos esto último, en virtud a que la propia imagen y la imagen *post mortem* tienen, estructural y funcionalmente,

<sup>22</sup> Adicionalmente, queda señalar que el amparo, para proteger la imagen de actores/actrices en vida está únicamente reservado para aquellos supuestos en los cuales el uso de la faceta negativa implica una afectación a la dignidad de la persona, v.g. si se usara la imagen de Emma Stone o Hugh Jackman en una película pornográfica. También sucede en Perú al estar fijada como causal de improcedencia del recurso de amparo, en el art. 5.1 de la Ley Núm. 28237 —Código Procesal Constitucional peruano—, la no vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho vulnerado.

<sup>23</sup> PASCUAL MEDRANO, Amelia, loc. cit. Siguiendo el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Núm. 231/1988, de 02 de diciembre.

<sup>24</sup> Toda mención al «curador» únicamente debe ser entendida para el caso español, debido a la habilitación expresa del art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1982.

<sup>25</sup> El art. 1955 del Código Civil peruano de 1984 señala expresamente que «La acción a que se refiere el art. 1954 [enriquecimiento sin causa] no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

<sup>26</sup> Habilitado expresamente en España por el art. 9.2.d) de la Ley Orgánica 1/1982.

mucha similitud a un derecho de exclusiva propio del Derecho de Propiedad Industrial o del Derecho de Autor<sup>27</sup>.

Ahora bien, el segundo supuesto consiste en que se revive digitalmente a un/a intérprete fallecido/a con consentimiento, pero por alguna razón los sucesores o el curador no están de acuerdo con cómo viene siendo utilizada la imagen cedida. En España, se establece una revocación sin expresión de causa en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982; sin embargo, de la lectura detenida de la norma, los sucesores no están habilitados para utilizarla, únicamente la propia persona en vida<sup>28</sup>. De esta forma, creemos que tanto en Perú como en España, únicamente procedería una resolución del contrato; no obstante, esto va a depender de los términos pactados y si los sucesores logran encontrar un incumplimiento por parte del productor<sup>29</sup>. A pesar de lo señalado, creemos que las normativas de España y Perú sí deberían permitir una revocación del consentimiento por parte de los sucesores o del curador, como la establecida en el art. 2.3 pues *a fortiori* como sucede en el usufructo y el uso, incluso tratándose de bienes menos valiosos (cosas) que algo tan frágil como la memoria del difunto, el abuso por deterioro (Perú) o mal uso (España) está castigado —mínimamente— con la restitución del bien y la adjudicación del premio del bien al propietario (art. 520 del Código Civil español de 1889) o —de manera más radical— con la extinción del contrato (art. 1021.6 del Código Civil peruano de 1984). Lo coherente es que debería existir un mecanismo para que los sucesores o el curador puedan resolver o extinguir el contrato si sobreviniese un abuso o mal

<sup>27</sup> De esta forma, Fernández-Novoa citando a Díez-Picazo indica que «(...) la denominada *condictio por intromisión* desempeña una función similar o complementaria de la acción de resarcimiento por daños y perjuicios culposamente causados. (...) afirma expresamente que la denominada *condictio por intromisión* tiene singular importancia cuando un tercero explota indebidamente un bien inmaterial sobre el que recae un derecho de propiedad intelectual o industrial». Díez-Picazo, Luis, «El enriquecimiento injustificado». En: Díez-Picazo y De la Cámara Álvarez, Manuel, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 116-117. Citado por Fernández-Novoa, Carlos, *El enriquecimiento injustificado en el Derecho Industrial*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 12-13. Es importante recalcar que los criterios de las Leyes de Patentes y Derecho de Autor en que estos autores basan la aplicación de su hipótesis se parecen mucho al criterio que señala que «(...) también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», fijado en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para casos de resarcimiento por intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen de persona viva.

<sup>28</sup> Como dijimos *supra* pie de página 17, la norma tampoco contempla «el consentimiento podrán revocarlo (...)».

<sup>29</sup> Esto nos informa sobre la importancia de la redacción del Contrato de cesión de la imagen del/de la artista fallecido/a. Es de suma importancia pactar la fiscalización del uso de la imagen *post mortem* en favor de los sucesores o del curador; así como cláusulas que permitan a los sucesores o a este curador resolver el contrato en caso de no estar conformes con el uso que se viene dando a la imagen del/de la intérprete fallecido/a.

uso de la imagen del/de la artista difunto/a; eso sí, con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se generen por esta revocatoria de consentimiento<sup>30</sup>.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL. ¿ES CORRECTA LA RESURRECCIÓN DIGITAL DE INTÉRPRETES FALLECIDOS POR MOTIVOS DE GUIÓN?

La resurrección de actores y/o actrices fallecidos/as es un avance increíble de la tecnología; es una muestra de cómo, según dice Savater, «*la humanidad tiene una capacidad increíble de poner cosas en marcha, y cada vez que desarrolla una nueva tecnología, la especie se interna en un campo donde habrá cosas buenas y malas, beneficios y contrapartidas. Lo nuevo no siempre es sinónimo de bueno. Hay novedades terribles, y otras maravillosas. Y la mayoría tiene un doble rostro y hay que regularlo para que lo que nos ayuda predomine sobre lo que nos perjudica*»<sup>31</sup>. De esta forma, ante una realidad como la resurrección de actores y/o actrices fallecidos/as por medio del CGI, al Derecho sólo le queda ser instrumento —ya sea como mecanismo de cooperación jurídica o remedio jurídico— para permitir la decisión sobre la autorización del uso de la imagen *post mortem* por parte de los sucesores o el curador de la memoria de estos personajes, pues ellos en libertad son los que deberán velar por su mejor cuidado.

<sup>30</sup> Similar medida encontramos cuando se ejercita el derecho de retracto o retiro de la obra del comercio en el Derecho de Autor. Cf. Artículo 14.6 de Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española y art. 27 de la Ley de Derecho de Autor peruana. No obstante, un detalle importante es que en el caso del art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 española el resarcimiento es posterior a la revocación; consideramos que esto es correcto, pues la memoria del fallecido es mucho más frágil que la percepción sobre las convicciones intelectuales o morales del autor o los titulares del derecho de autor. En caso la obra llegase a divulgarse, pues el autor o el titular no pudo resarcir los daños previamente, cualquier perjuicio podría ser remediado por el propio autor o titular, a través de una rectificación o nueva declaración; en cambio, si se daña la memoria de un intérprete con la resurrección digital, es mucho más dificultoso reparar el daño causado, ya que no sólo la persona no está, sino que se trata de la imagen difundida por lo general en medios masivos *v.g.* televisión o salas de cine. Primarían en materia de tiempos, los intereses de los sucesores o del curador sobre el interés del productor de la nueva obra audiovisual; pese a esto, en todo caso, este último siempre podrá y deberá perseguir el resarcimiento posteriormente a la revocatoria.

<sup>31</sup> SAVATER, Fernando, *Ética de Urgencia*. Bogotá: Ariel, 2012, p. 53.