

## EL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.

POR OSCAR RAÚL PUCCINELLI\*

- ABOGADO. DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL (UBA)
    - PROFESOR DE "DERECHO CONSTITUCIONAL" Y "DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y TRANSNACIONAL"
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO (ARGENTINA)  
Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. DERECHO "A" Y DERECHOS "SOBRE" LA IMAGEN PERSONAL. 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA IMAGEN. 2.1. CONTORNOS ACTUALES DEL DERECHO A LA IMAGEN (PERSONAL). 2.2. EL DERECHO SOBRE LAS IMÁGENES DE BIENES. 3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN. DERECHO "A" Y DERECHOS "SOBRE" LA IMAGEN PERSONAL

Evaluar adecuadamente la temática que nos proponemos examinar remite inexorablemente a un mínimo encuadramiento previo respecto de la génesis y evolución del derecho a la imagen, para luego evaluar si las imágenes personales pueden o no ser consideradas "datos" tutelables a través de las normas del derecho de la protección de datos, y si dicha eventual protección puede extenderse a las imágenes sobre bienes.

Adelantamos desde aquí que el reconocimiento de un derecho "a" la imagen, generará a su vez derechos "sobre" las imágenes (v.gr., a su no alteración in consentida, al respeto por el entorno físico y temporal en el que fueron tomadas, etc.), y que, en definitiva, aún cuando pudiera no reconocerse un derecho autónomo a la imagen sobre los bienes, corresponde reconocer a su propietario derechos *sobre* esas imágenes.

Aclaremos asimismo, que aún cuando aludamos reiteradamente al "propietario" de los bienes sobre los cuales se pretende adjudicar un derecho a la imagen autónomo, no nos referiremos a él como titular del derecho de dominio del derecho civil, sino como propietario en sentido constitucional –esto es, en el sentido más amplio del vocablo–, y que aún cuando nos situásemos en el campo del derecho civil, como lo explica Leiva Fernández, el derecho a aprovecharse de las imágenes de bienes le corresponde en titularidad a quien tiene el uso y goce de esos bienes, que no es sólo el titular del dominio, sino en el caso del dominio desmembrado, el usufructuario, e incluso entre los titulares de derechos personales el locatario o arrendatario<sup>1</sup>.

### 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA IMAGEN

Indica Espinoza Espinoza que el término "imagen" proviene del latín *imago*, que refería a la mascarilla de cera con la que se reproducía el rostro de los difuntos, y que el derecho a la imagen hunde sus raíces en el *ius imaginum*, del Derecho Romano, una institución de derecho público a tenor de la cual se concedía un privilegio a la nobleza (extendido mucho después a la plebe, al tener acceso a los cargos otrora exclusivos de los nobles), que consistía en la facultad de exponer, en el atrio de los palacios, los retratos de sus antepasados que hubieran desempeñado magistraturas curules.

---

<sup>1</sup> Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, "La Ley", 2006-B, 689.

Había por entonces un derecho a la imagen en vida de la persona y un derecho a la imagen *post mortem*, lo que implicaba que las reproducciones de las imágenes de personas (que por entonces solo se plasmaban a través de la pintura, de la escultura y de la mascarilla funeraria), debían contar con el asentimiento del representado o de sus causahabientes.

Al abordar su génesis normativa reciente, explica además el autor que, según relata Visintini, la tutela de la imagen fue regulada por primera vez en Alemania, mediante una ley de 1907, dictada como consecuencia del clamor suscitado por el comportamiento de dos fotógrafos que habían captado al canciller Bismark sobre el lecho de muerte contra la voluntad de sus parientes. La ley adhirió a la impostación seguida por la mayoría de los juristas de la época y al encuadramiento dogmático del derecho a la imagen como derecho absoluto, entre los derechos de la personalidad y distinto del derecho al honor, en conceptualización luego tomada por una ley especial italiana de 1925 (a su vez reproducida en la ley sobre derechos del autor, n° 633, de 1941), y por el art. 10 del Código Civil italiano.

Con anterioridad a su regulación legal, destaca el autor una serie de decisiones jurisprudenciales provenientes del derecho francés, dentro de las cuales se distingue el *leading case* de 1858, conocido como el *affaire Rachel*, originado cuando la hermana de la famosa actriz de teatro contrató a un diseñador para que realizara un retrato de las facciones de Rachel sobre el lecho de muerte, el que a la postre sería sucesivamente publicado en un periódico sin el previo consentimiento del resto de los parientes. A partir del reclamo de éstos, los jueces reconocieron que “el derecho a oponerse a tal reproducción es absoluto, éste tiene su principio en el respeto que impone el dolor de las familias, el cual no podría ser desconocido sin enfriar los sentimientos más íntimos, los más respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica”<sup>2</sup>.

En los Estados Unidos, en junio de 1890, pocos meses antes de que apareciera el famoso opúsculo en el que Warren y Brandeis definían el “right to privacy”, un Tribunal de Nueva York estableció, en el caso “Marion Manola v. Stevens & Myers”, que para la circulación de retratos debía requerirse el consentimiento del fotografiado<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de estos precedentes, las primeras reacciones jurisprudenciales respondieron a lo que alguna doctrina reconoce como la primera de tres etapas de evolución del derecho a la imagen, y que abarca de 1839 a 1900, donde a la imagen se lo consideraba solamente como un aspecto más dentro del derecho de autor. Un segundo período –al cual corresponden en realidad conceptualmente los *leading cases* citados– se reconoce en entre 1900 y 1919, donde la imagen personal comienza a ser tratada como un bien esencial de la persona. Por último, se alude a una tercera etapa, entre 1920 y 1948, donde al derecho a la imagen se lo orienta dentro del marco de los derechos humanos<sup>4</sup>.

De aceptar esta clasificación, deberíamos agregar una cuarta etapa, a la cual podríamos adjudicar como inicio ese año no sólo por la adopción de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también porque también en ese año Orwell publicó su célebre *1984*, novela futurista cuya

---

<sup>2</sup> Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las personas*, Huallaga, Lima, 3ª ed., 2001, p.245/250, con cita del *affaire Rachel*, Trib. 1º inst. Seine, 16 juin 1858, D.P., 1858, 3, 62.

<sup>3</sup> Luis R. Carranza Torres, *¿Qué es el derecho a la imagen?*, en [http://www.habeasdata.org/Carranza\\_Torres\\_Derecho\\_a\\_la\\_Imagen](http://www.habeasdata.org/Carranza_Torres_Derecho_a_la_Imagen), *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2001, ps. 21/2, con cita de la “Harvard Law Review”, Vol. IV, December 15, 1890, N° 5.

<sup>4</sup> Basterra, Marcela, *Los derechos tutelados por el hábeas data: doctrina y jurisprudencia*, en Gozaini Osvaldo Alfredo (compilador), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data* Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 246, siguiendo a Ana Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen*, Civitas, Universidad de Navarra, Madrid, España, 1997, p. 22, cit. por Luis R. Carranza Torres, *¿Qué es el derecho a la imagen?*, en [http://www.habeasdata.org/Carranza\\_Torres\\_Derecho\\_a\\_la\\_Imagen](http://www.habeasdata.org/Carranza_Torres_Derecho_a_la_Imagen).

mayor virtud fue instalar fuertemente en la conciencia colectiva occidental la idea acerca de la necesidad de enfrentar los peligros que el impacto de las nuevas tecnologías, utilizadas para almacenar, procesar y transferir información, depararían sobre los derechos de las personas, especialmente cuando éstas se encontraran exclusivamente en poder de gobiernos totalitarios.

Y precisamente, ya sobre finales del siglo XX, el despliegue vertiginoso y los indudables beneficios que mostraron esas nuevas tecnologías llevaron, por un lado, a propiciar el desarrollo de toda herramienta que fomentase el crecimiento de la “sociedad de la información”, pero también, por el otro, a diseñar mecanismos jurídicos de contención de aquellas frente a los eventuales perjuicios que pudiera causar, sobre los derechos de las personas, la utilización de estos nuevos fenómenos telemáticos (v.gr., la acción de hábeas data).

En síntesis, en una sociedad donde la imagen ha reemplazado en mucho a la palabra, el derecho en estudio encontró un campo extremadamente fértil, especialmente por la enorme diversificación y divulgación de los nuevos medios de almacenamiento, elaboración y transmisión de imágenes y la popularización de la Internet como el gran medio de comunicación global.

### **2.1. CONTORNOS ACTUALES DEL DERECHO A LA IMAGEN (PERSONAL).**

Explica Sagüés que la expresión “derecho a la propia imagen” es utilizada en varios sentidos: uno de ellos, inferido del derecho a la intimidad, lo vincula con la imagen que una persona tiene derecho a conservar en su vida privada, y que implica el derecho a que esa imagen no sea difundida sin su autorización.

La segunda versión se refiere al honor, es decir, a las expresiones que pueden dañar la imagen, concepto social o reputación que se tiene de una persona.

Una tercera vertiente le reconoce a cada persona la facultad de vestirse o arreglarse como le parezca, respetando, naturalmente, a los demás y a la moral pública<sup>5</sup>.

A ellas podríamos agregar una cuarta, totalmente desvinculada de las éstas, que se relaciona con el derecho a acceder a vías de comunicación audiovisuales, en particular a la señal de televisión, y que suele esgrimirse frente a restricciones provocadas por el mercado respecto de eventos de interés público, como por ejemplo, la celebración del mundial de fútbol. Esta particular versión ha dado lugar, en países como Argentina, al dictado de normas reglamentarias de la libertad de empresa encaminadas a la difusión gratuita, en señal abierta y en directo, de los partidos de fútbol jugados por la selección argentina.

Resulta obvio que en las tres primeras versiones del “derecho a la imagen” –preferimos designarlo como “derecho a la imagen” a secas, o, en todo caso para no confundirlo con el derecho a la imagen de bienes, “derecho a la imagen personal”<sup>6</sup>– se entremezclan con los contenidos atribuidos a la intimidad, el honor y la reputación; pero ello no debe extrañar, pues, como describe O’Callaghan, “el extremo relativo a que el derecho a la imagen es un subtipo del derecho a la intimidad se manifiesta en la propia doctrina norteamericana y en la italiana, mientras que en el derecho español se separan la imagen y la intimidad, como derechos independientes, aun reconociendo las íntimas relaciones entre uno y otro y también con el honor”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Néstor P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As., 1993, t. II, p. 57.

<sup>6</sup> No pocas normas, sentencias y autoridades científicas rotulan a este derecho como derecho a la “propia” imagen, lo que resulta incorrecto, pues de lo contrario habría que aludir al derecho a la propia vida, al propio honor, a la propia intimidad, etc., salvo, claro está, que con lo de “propia” se quiera delimitar expresamente a este derecho, restringiéndolo a la imagen de la persona –por ello lo de “propia”– y con ello evitar la extensión a las imágenes de cosas de propiedad de la persona que pretende invocarlo en su favor, pero en todo caso debiera decirse “derecho a la imagen personal” o “derecho a la imagen propia”, o, como preferimos, “derecho a la imagen” a secas.

<sup>7</sup> Xavier O’Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen*, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 98.

Y es que los derechos a la privacidad, al honor y a la imagen se encuentran tan estrechamente vinculados entre sí, que de ordinario son regulados conjuntamente –lo que, v.gr., ocurre en las regulaciones habidas en las constituciones de los Estados federados argentinos que los abordaron–, y ello ha contribuido a alimentar confusiones conceptuales entre ellos. Por otra parte, y por si con esto no fuera suficiente, a esa confusión se le suman recientes extensiones doctrinales del derecho a la identidad, especialmente porque desde el ángulo doctrinal a éste ya no se lo limita a atributos predominantemente estáticos tales como el nombre o la nacionalidad, sino que también se lo extiende a otros aspectos, ya dinámicos, como la imagen pública de la persona y los propios proyectos de vida (con lo cual quedarían abarcados aspectos tales como la profesión, la reputación, las tendencias sexuales, etc.)<sup>8</sup>.

Sin embargo, actualmente la doctrina alude a un derecho a la imagen autónomo, que no responde estrictamente a ninguna de las tres hipótesis tradicionales a que referimos, pero que en nuestra opinión integra, junto con el derecho a la voz, el derecho constitucional a la identidad (en su faz extrínseca), que hasta puede predicarse de las personas jurídicas, cuando su representación visual o sonora puede ser asociada a una figura determinada, y ello con independencia de que constituya o no, simultáneamente una marca comercial.

Sobre el derecho a la voz, explica Pizarro, con cita de Huet–Weiller, Mazeaud–Chabas, Ferreira Rubio, Andrada, Rivera y Leiva Fernández, que con él ha sucedido algo similar que con la imagen, aunque con efectos más retardados en el tiempo, pues durante años la doctrina no le prestó mayor atención, valorando los atentados contra ella sólo cuando pudieren derivar en lesiones a la intimidad o al honor, y actualmente, ese “segundo rostro” de una persona, en cuanto configura “un sustituto de su presencia física que permite identificar al individuo sin ayuda de la vista”, genera para no pocos un derecho autónomo, que junto con la imagen son determinantes para configurar la *identidad personal externa de una persona*. La tutela jurídica de la voz humana es, en consecuencia, independiente de las palabras o sonidos emitidos, pero debe ser reconocible la persona a la que pertenece, lo que no significa que solamente tengan derecho a la tutela legal de su voz las personas famosas o las que por su profesión hayan adquirido cierta notoriedad, ya que todas las personas gozan de este derecho fundamental que, por cierto, puede reconocer diferentes umbrales cuantitativos de protección, según la índole de su titular y el mayor o menor interés público comprometido en la registración y difusión de la voz<sup>9</sup>.

También señala el autor que, en el derecho francés, ante la falta de una normativa específica, la doctrina y jurisprudencia han acudido por vía analógica a todo un plexo normativo, integrado por las disposiciones que regulan el derecho a la intimidad. A partir de ello, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente este derecho personalísimo, y el derecho de su titular a oponerse a la imitación de su voz, sobre

---

<sup>8</sup> Fernández Sessarego explica que el derecho a la identidad sería el conjunto de atributos y características psicosomáticas que individualizan a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo, y no otro; rasgos de la personalidad que se proyectan hacia afuera y permiten a los demás conocer a cierta persona en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano. Es la identidad dinámica, fluida, en proceso de cambio y enriquecimiento; o sea, el patrimonio ideológico–cultural de la personalidad. Suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos, la posición profesional, religiosa, ética, política y los rasgos psicológicos (Carlos Fernández Sessarego, *El derecho a la identidad personal*, “L.L.”, 1990–D–1248).

<sup>9</sup> Ver Huet–Weiller, *La protection juridique de la voix humaine*, en “Revue Trimes–trienne de Droit Civil”, n° 3, julio – septiembre de 1982, p. 497 y ss.; Mazeaud – Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, p. 933 y ss., n° 798; Ferreira Rubio, *El derecho a la intimidad*, ps. 118–119; Leiva Fernández, *El derecho personalísimo sobre la propia voz*, LL, 1990–A–845; Rivera – Leiva Fernández – Postolavka – Leal de Ibarra– Marino, ponencia presentada al “I Congreso Internacional de Derecho de Daños”, Buenos Aires, 1989; Andrada, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, p. 216. En contra: Cifuentes, *Derechos personalismos*, p. 517, § 104, quien niega que se trate de un derecho personalísimo autónomo. Cits. por Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 346/350.

todo en aquellos supuestos en que ella se realiza con fines comerciales, o para crear una situación de duda o de perjuicio. Así, los tribunales han resuelto reiteradamente que la difusión de la grabación, clandestina o no, de la voz de una cantante es antijurídica cuando no media una autorización expresa y especial para ello (Trib. Gr. Inst. París 3 déc., 1975, citado por Mazeaud – Chabas, *Lecons de droit civil, i. I*, vol. II, p. 933, n° 798).

En el derecho español, en cambio, el art. 1.6 de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen de las personas, de 1982, regula con acierto esta delicada cuestión, considerando intrusiones ilegítimas a la "utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"<sup>10</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo español expresó: "La voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque tiene un valor individualizador de la misma. Es una ampliación del derecho a la imagen, en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma..."<sup>11</sup>.

En el derecho argentino, ante la falta de una normativa específica que tutele adecuadamente el derecho a la voz, entiende Pizarro que deben aplicarse analógicamente las normas del Código Civil que protegen el derecho a la propia imagen, por ser el que presenta mayor similitud (Conf. Ferreira Rubio, *El derecho a la intimidad*, p. 119; Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información. (Un conflicto de derechos)*, ps. 72 y 73; Leiva Fernández, *El derecho personalísimo sobre la propia voz*, LL, 1990–A–845, en esp. n° 2, quien gráficamente habla de una "imagen sonora" de la persona; Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. 2d, "Daños a las personas". [Integridad espiritual y social], t. 2d, p. 203, § 68; Cifuentes, *Derechos personalismos*, p. 517, § 104), y también lo normado por el art. 1071 *bis* del Código Civil, para los supuestos de apropiación indebida de la voz humana (El "Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños", celebrado en Buenos Aires, en 1989, sobre la base de la propuesta formulada en la ponencia de los doctores Rivera – Leiva Fernández – Postolavka – Leal de Ibarra – Marino, recomendó: "Protección de la voz. Es de aplicación lo normado en el art. 1071 *bis* del Cód. Civil para los supuestos de apropiación indebida de la voz humana" –Cifuentes, Ghersi, Gianfelici, Pizarro, Rivera, Lloverás de Resk, Bekerman, Rabinovich, Orzabal y otros–. En consecuencia, es irrelevante la naturaleza del medio a través del cual se realice la reproducción y difusión no autorizada de la voz humana, y la circunstancia de que quien realiza esta actividad se beneficie –o no– con la misma, pero es necesario que la voz resulte identificable o atribuible a una persona en particular. El consentimiento puede ser prestado en forma expresa o tácita, situación, esta última, que se presume cuando la voz se emite durante la realización de un acto público, pero ello no importa un *bill* de indemnidad para difundirla o reproducirla pues deben excluirse aquellos supuestos en los que se utiliza la reunión pública como una excusa para captar especialmente la manifestación de la personalidad de un individuo determinado. Y esto es válido tanto para el derecho a la imagen cuanto para el derecho a la protección de la voz humana –Rivera – Leiva Fernández – Postolavka – Leal de Ibarra – Marino, ponencia presentada al "1<sup>er</sup> Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, 1989–<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 346/350.

<sup>11</sup> Xavier O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen*, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, ps. 115/7.

<sup>12</sup> Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 346/350, con cita de Ver Yzquierdo Tolsada, *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen*.

Al evaluar el origen, evolución y contenido del derecho a la imagen, expresa Andrada: "Al principio, la imagen no era más que un desarrollo de la intimidad. La publicación de la imagen de una persona era considerada en todo caso un entrometimiento en su intimidad. La confusión entre estos derechos puede verse todavía en autores recientes[...].

"La imagen y el nombre de la persona constituyen dos de los principales elementos individualizantes de la misma. La imagen ha sido interpretada doctrinaria y jurisprudencialmente como la representación gráfica de la figura corpórea del sujeto, esto es, una reproducción de sus elementos físicos[...] mediante la publicación de la imagen de una persona pueden, en ocasiones, verse comprometidos derechos de otra índole de la persona cuya imagen se ha reproducido[...] la imagen debe ser visible y reconocible de modo que la persona pueda verse y poder ser reconocida."<sup>13</sup>

Desde el ángulo jurisprudencial, el Tribunal Supremo español ha sostenido que "por «imagen» se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; concepto que, proyectado a los seres humanos, equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, cuya utilización puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad, de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra sujetos desconocidos"<sup>14</sup>.

Así, "la imagen es la representación gráfica de la figura humana, y que el sentido vulgar de la imagen, consistente en la opinión que se tiene de una persona, se desvincula del sentido gráfico que tiene este derecho, confundiéndola con el aspecto externo o social del derecho al honor. Es así que la imagen, para que cumpla con los requisitos técnicos, debe reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, con entera independencia del objeto material en que se contiene. La persona debe ser visible y reconocible. La voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque tiene un valor individualizador de la misma. Es una ampliación del derecho a la imagen, en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma.

"Se compone de un aspecto positivo, que es el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen: lo ejerce la persona que posa para un pintor o para un fotógrafo, y lo ejercen también, profesionalmente, los modelos o artistas de los que se obtienen imágenes para publicidad, películas, etc. El aspecto negativo es el derecho a excluir la mera obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello; en este aspecto negativo se incluye la publicación que altera la imagen con un trucaje o le da un sentido anómalo por un pie de foto incontestado; y, finalmente, se define como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto"<sup>15</sup>.

En síntesis: "en sentido jurídico, habrá que entender que el derecho a la propia imagen es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto y en cuanto se trata de un derecho de la personalidad"<sup>16</sup>.

Y para que la imagen sea protegible, basta, como se dijo, con que la persona sea reconocible. En este sentido, en "Bocanera", se estableció que hubo indebida utilización de la imagen del actor en una nota publicada por la demandada en

---

<sup>13</sup> Alejandro Dalmacio Andrada, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Juris, Rosario, 1998, p. 186 y 449/51.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 29/3/88, transcripta y comentada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Javier Serra Callejo y Miguel Ángel Sánchez Domínguez, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Madrid, Tecnos, 1990, nº 43, p. 273.

<sup>15</sup> Xavier O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen*, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, ps. 115/7.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 9/2/89, transcripta y comentada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Javier Serra Callejo y Miguel Ángel Sánchez Domínguez, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Madrid, Tecnos, 1990, nº 56, p. 314.

la portada de un matutino de gran circulación sobre la tarea de los denominados “agentes encubiertos”, dado que, aún cuando en uno de los retratos que acompaña la nota, se observa a una persona caminando entre la multitud, con los ojos vendados, no hay dudas de que la imagen resultó reconocible, como la del actor, violándose así el derecho a la propia imagen tutelado por el art. 31 de la ley 11.723. Resulta irrelevante que el actor no hubiera sido objeto real de la nota publicada, pues el ataque al derecho a la imagen deriva de su aprovechamiento no consentido, y su difusión distorsionada, publicitándola como de una persona cuando en realidad es de otra, pudiendo colisionar con el derecho a la identidad al desfigurarse la verdad, puesto que de varias declaraciones de gente allegada al actor, surge que ellos pensaron que éste era quien aparecía en la nota periodística y hasta que podría ser un agente encubierto.

La simple exhibición no consentida de la imagen, afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art. 31 de la ley 11.723, aunque ello no cause ningún gravamen a la privacidad, honor y reputación del afectado, ya que por sí sola genera un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello, sin descartar, en ciertos casos, que pueda producirse además, una lesión en aquellos valores (privacidad, honor, etc.)<sup>17</sup>.

En definitiva, como lo indica Espinoza Espinoza, al tratarse de semblanza física, el derecho a la imagen se manifiesta como el derecho del titular a ser reproducido tal cual es, por resultar una extrinsecación estática del derecho a la identidad personal. En consecuencia, la reproducción de la imagen debe guardar relación temporal con el hecho que se divulga. El titular puede oponerse a las reproducciones, utilización o exhibición de sus imágenes sin su asentimiento, salvo que se trate de personas notorias. La situación es ciertamente compleja, pues el legislador y en general el juzgador en cada caso particular se encuentran frente a las hipótesis que puedan presentarse, en una difícil situación, al tener que buscar el justo equilibrio entre tres intereses, que se encuentran en plena interacción y conflicto, vale decir, el derecho que corresponde al efigiado, el que le incumbe al autor de la reproducción y el que le atañe a la colectividad a ser informada cuando se trata de hechos de importancia<sup>18</sup>.

## 2.2. EL DERECHO SOBRE LAS IMÁGENES DE BIENES

Establecido que es factible predicar un derecho a la imagen personal y que aún bajo diferentes fundamentos –esto es, tanto como consecuencia estricta de la violación del derecho a la imagen como por la afeción de otros derechos, como la identidad, la intimidad o el honor–, éste otorga derechos específicos sobre esa imagen que le permiten a su titular protegerla frente publicaciones perjudiciales, cabe preguntarse si es igualmente viable extender esa protección a las imágenes sobre bienes (constituyan o no cosas<sup>19</sup>) y en caso que la respuesta fuera afirmativa, determinar cuáles serían sus fundamentos y alcances.

---

<sup>17</sup> “Bocanera, Orlando c/Diario Clarín y otro s/daños y perjuicios” – 15/04/2004 – CNCivil, Sala H. Ver también causa N° 392.096 – “Seballos Daniel Alberto y Otros c/ Editorial Atlántida S.A. s/ Daños y Perjuicios” – 25/03/2004 – CNCivil Sala E; P. 638. XXXVII RECURSO DE HECHO “P., I. G. y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.” – 17/11/2003 – CSJN, y Causa N° 92.877 “R., María Alejandra c/ SONNE SRL S/ Daños y perjuicios – 14/08/2003 – CNCiv y Comercial del Dpto. Judicial de San Isidro Sala I.

<sup>18</sup> Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las personas*, Huallaga, Lima, 3° ed., 2001, p. 245/250.

<sup>19</sup> Explica Leiva Fernández que en el derecho argentino: algunas cosas valen por la materia de la que están hechas, otras por su función. Pero hay otras cuyo valor proviene de su forma o color. Su imagen es un bien porque tiene valor en cuanto permite solazarse o llevar ese solaz a quien no está frente a la cosa. Esa imagen, que es la representación mental de su forma o color, puede estar contenida en un soporte –como una foto, la impresión en un libro o un afiche, o una imagen en CD–, o puede no estarlo. Si la imagen carece de soporte –v.gr., porque consiste en ver el paisaje para lo cual el propietario aparta los elementos que lo ocultan, o permite ver la pintura o escultura aun desde la vía pública– dicha imagen es un bien en derecho argentino, no una cosa, por carecer de corporeidad. En cambio si la imagen está reproducida en un soporte, es una cosa (art. 2311 del Código Civil argentino) en la que la imagen se funde con el soporte que la contiene de modo que no es lo mismo un soporte vacío que con la

En tren de despejar estas interrogantes, nos parece imprescindible afirmar primeramente que, aún cuando no se le reconozca autonomía a un derecho a la imagen de los bienes, es claro que la obtención, procesamiento o divulgación de una imagen de un bien determinado –como ocurre con la recolección, procesamiento y transferencia de datos personales– debe respetar determinadas reglas, a fin de prevenir la violación de ciertos derechos –v.gr., cuando la obtención o la publicación pueda, como en el caso de las imágenes personales, significar simultáneamente una afcción a los derechos a la intimidad, al honor, a la identidad, a la seguridad, etc., respecto de quien se sirve de esas cosas, o cuando la utilización de esa imagen pueda vulnerar directamente el derecho de propiedad, por resultar, por ejemplo, una marca comercial–.

En este orden de ideas, ya en segundo término, nos aventuramos a afirmar que, si bien es factible aludir a un derecho a la protección de las imágenes sobre bienes, este derecho no reviste, en el plano constitucional, el carácter de derecho autónomo, como lo es el derecho a la imagen personal, y tampoco constituye derivación de éste.

Antes bien, se trata, en todo caso, de un derecho que encontrará protección constitucional en cuanto su violación comporte la de otro derecho que ostente ese rango, como ocurriría, v.gr., cuando la utilización de la imagen de un bien afecte los derechos a la propiedad, intimidad, honor, identidad, seguridad, etc., como se expresó *supra*.

En tren de ejemplificar, supongamos que alguien realiza una toma fotográfica en el frente de un edificio sin consentimiento de su propietario y con la imagen obtenida promociona luego un producto determinado; pensemos en alguien que aprovecha la imagen de un especial automóvil estacionado transitoriamente en una avenida para ilustrar un almanaque que luego vende en el mercado, e incluso imaginemos, como nos propone Leiva Fernández<sup>20</sup>, que alguien toma una fotografía de su hijo, en un cuadro típico de un tradicional lugar invernal, aprovechando gratuitamente la imagen de un perro San Bernardo que fue especialmente preparado por su dueño para comercializar fotografías a los turistas que posen junto a éste.

En todos los casos citados, partimos de supuestos en que los bienes ajenos se encuentran exhibidos en lugares abiertos al público en general y sus imágenes son obtenidas y utilizadas sin requerir consentimiento de sus propietarios. Por lo demás, más, en al menos dos de los tres casos, no hay indicio alguno respecto de la voluntad de su propietario. En nuestra opinión, en todos esos casos hay un aprovechamiento ilegítimo de imágenes sobre bienes ajenos, por cuanto con ellos, o bien se obtiene un rédito económico a partir de la utilización de la creación de un tercero, o bien se priva a ese tercero de un beneficio económico que pretendía obtener, a partir de un discreto negocio que montó con la participación de su perro. Hay, entonces, un claro y doble fundamento en el derecho de propiedad, por cuanto, por un lado, hay apropiación de una imagen de un bien ajeno, y, por el otro, perjuicio o aprovechamiento económico.

Y así, para fundamentar la existencia de un derecho a la imagen sobre los bienes o de derechos sobre las imágenes de bienes, podemos recurrir, en el ámbito del derecho constitucional, al derecho de propiedad, y en el derecho civil, al dominio (cuya extensión, valga aclararlo, es bastante más restringida que la del derecho constitucional de propiedad, ya que la doctrina especializada y la Corte argentina extienden a éste “todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”<sup>21</sup>), para decir que toda persona goza de

---

imagen referida. Pero no es un fruto, ni natural, ni civil (Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, L.L. 2006–B, 689).

<sup>20</sup> Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, L.L. 2006–B, 689.

<sup>21</sup> Como lo indica Bidart Campos: “El derecho constitucional formal –que reconoce y garantiza el derecho de propiedad– y el derecho constitucional material –que se ha encargado, sobre todo por fuente de derecho judicial, de especificar sus contenidos– asignan al término ‘propiedad’ un



amplias facultades respecto de los bienes que le pertenecen, lo que implica, como, principio general, ejercerlo tanto en su faz positiva, esto es, sirviéndose de ellos, como en su faz negativa, repeliendo cualquier injerencia externa que implique su utilización inconsentida por parte de terceros.

Y desde el ángulo del derecho civil, el derecho de dominio sobre los bienes incluye el de su pleno disfrute, lo que implica, desde luego, el de obtener sus frutos, entre los cuales se encuentran los derivados de la comercialización de la imagen. Pero este derecho no le corresponde exclusivamente al titular del dominio, pues, como se dijo, es extensible al locatario y al usufructuario. Como lo explica Leiva Fernández, cuando se alude al aprovechamiento de la imagen, nos encontramos en presencia de un fruto (o rédito) civil (*fructus* es todo aquello que la cosa rinde o de por sí o por vía de relaciones jurídicas sobre ella o que a ella se refieren), entendido en este caso como aquel provecho que se obtiene de un tercero por la exhibición de la cosa propia, la reproducción de la imagen de la cosa propia en algún soporte, y la cesión a un tercero para la exhibición o la reproducción<sup>22</sup>.

Es que si, por aplicación de los arts. 2513<sup>23</sup>, 2516<sup>24</sup> y 2522<sup>25</sup> del Código Civil argentino, se considera que la reproducción de la imagen genera un fruto, ese fruto es del propietario, aunque lo perciba un tercero no autorizado, ya que ello no constituye, en la apreciación de Bibiloni, apropiación adquisitiva del dominio, y por lo demás, la apropiación de la imagen y su reproducción habilitaría la interposición de acciones petitorias en el campo civil y de otros remedios en el penal.

Y para realizar un planteo a fin de impedir la difusión de la imagen fundado en el disfrute (*fructus*) del derecho de dominio, no se requiere referir al perjuicio del propietario, porque si la imagen de su bien integra el derecho de propiedad, la vulneración de este derecho se da sólo por el hecho de la reproducción por un tercero sin autorización del propietario. Sin embargo, si se pretende el resarcimiento de daños, debe probarse el perjuicio. Y cuando el propietario del bien respecto del cual se genera la imagen la explota económicamente –sea reproduciendo su soporte o en forma directa al permitir su disfrute–, la actividad análoga de un tercero le ocasiona un perjuicio, ya que obstaculiza su disfrute en forma ilícita, por no estar prevista tal

---

concepto que excede en mucho al propio del derecho civil. *Propiedad*, en sentido constitucional es más –y mucho más– que propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales.

“El derecho judicial ha aplicado al derecho de propiedad dos principios importantes: a) el uno remite al general ya conocido de que ningún derecho contenido en la constitución es absoluto, sino *relativo*; con este principio la Corte Suprema ha superado todo atisbo de individualismo en la concepción constitucional del derecho de propiedad, para asimilar el criterio de la *función social* del mismo; b) el otro principio se encarga de admitir que los derechos patrimoniales, equivalentes al de propiedad, pese al amparo constitucional de que disponen, pueden ser *renunciados* válidamente por sus titulares; ello quiere decir que la Constitución no se opone a que el titular los decline, y que cuando esto ocurre, no hay violación constitucional, ni tutela constitucional que invocar...”

“El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término ‘propiedad’ empleado en la Constitución comprende *todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*, con lo que *todos los bienes susceptibles de valor económico* o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad” (Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1997, t. II, p. 117 y 118).

<sup>22</sup> Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, L.L. 2006–B, 689.

<sup>23</sup> Art. 2513: Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

<sup>24</sup> Art. 2516: El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes. Puede prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre o pase por ella. Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales.

<sup>25</sup> Art. 2522: La propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella, salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa y la excepción relativa del poseedor de buena fe.

restricción a la propiedad en una ley en sentido formal (arts. 2611 a 2660 del Código Civil argentino)<sup>26</sup>.

Al referirse a la eventual existencia de un derecho a la imagen sobre los bienes en el derecho francés –la remisión a la doctrina y jurisprudencia francesa es relevante, pues, como en el caso de muchos otros americanos, el Código Civil francés es fuente del argentino, más allá de la crítica que Vélez Sársfield efectúa a la definición del art. 544 en la nota al art. 2506 de éste–, explica Scaramozzino que en realidad debiera reconocerse al derecho a la imagen sobre bienes como una extensión del derecho de propiedad, en particular, del derecho de uso y disfrute (*usus et fructus*), tal como lo define el art. 544 del Código Civil francés, para el cual la propiedad implica el derecho a gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que el uso que se hace no se prohíba por las leyes y los reglamentos, y ello en definitiva habilita la explotación personal o por intermedio de un tercero que remunera al propietario. Así, cuando un bien mueble o edificio es el tema principal, perfectamente identificado, de una imagen que es explotada comercialmente, ya sea directamente por su reproducción a efectos de venta, o indirectamente, por dar apoyo a una campaña publicitaria de un producto o de un servicio, el derecho a la imagen permite al propietario del bien oponerse a su explotación no autorizada<sup>27</sup>.

Pero esos derechos sobre las imágenes de bienes, ni en el ámbito del derecho constitucional, ni en el del derecho civil pueden ser considerados absolutos, toda vez que deben ser ejercidos razonablemente y de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28, Constitución argentina), sin caer en abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil argentino<sup>28</sup>) y respetando tanto los derechos de terceros en particular (v.gr., art. 1071 bis, del Código Civil argentino<sup>29</sup>) como los de la sociedad en general.

Y si, para fundamentar el derecho a la protección de las imágenes de bienes, partimos del derecho de propiedad, cabe explicar que a ese derecho bien pueden oponérsele otros derechos de tipo colectivo, como por ejemplo, el mismo derecho de propiedad (en el sentido constitucional) de la sociedad, a gozar del patrimonio histórico y cultural (art. 41 de la Constitución argentina<sup>30</sup>), o el de las comunidades indígenas, sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17 de la Constitución argentina<sup>31</sup>), o los derechos de acceso a la información pública, a la seguridad pública, a la información, etc.

---

<sup>26</sup> Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, L.L. 2006–B, 689, con cita de Juan A. Bibiloni, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*, Buenos Aires, Ed. Kraft, 1940, t. III, p. 105, nota al art. 2446 del anteproyecto.

<sup>27</sup> Yannick–Eléonore Scaramozzino, *Droit a l'image des biens*, Parte I y Parte II, en <http://www.scaraye.com/article.php?rub=27&sr=36&a=255> y 257.

<sup>28</sup> “Art.1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

<sup>29</sup> “Art.1071 bis.- El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.”

<sup>30</sup> “Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”

<sup>31</sup> “Art. 75.- Corresponde al Congreso: ...17. ...reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y

Aparece entonces necesario buscar soluciones equilibradas a los eventuales conflictos entre los derechos de los propietarios, los de terceros y los de la sociedad en su conjunto, y ello puede darse en múltiples situaciones, como, por ejemplo, cuando los bienes sobre los que se captaron las imágenes se encuentran expuestos a la observación del público, esto es, con la clara posibilidad de acceso por parte de terceros, como ocurre con los inmuebles en general o con ciertos bienes muebles registrables (automóviles, embarcaciones, etc.) en circulación o estacionados en la vía pública; o cuando la imagen del bien es totalmente secundaria respecto de otras que constituyen el objeto central de la toma; o cuando, aún teniendo un lugar central, con la imagen se está informando acerca de un suceso de trascendencia pública (supongamos un grave accidente en el cual un automóvil impacta en el frente de un inmueble cualquiera); o cuando esas cosas, aún no expuestas al público en general, están impregnadas, a su vez, de cierto valor colectivo, como puede ser una obra de arte, o una construcción con valor histórico o patrimonial, que aún siendo de propiedad privada, es declarado como monumento histórico o forma parte de un paisaje típico de una determinada región, etc.

Los casos son innumerables, y en cada uno habrá que ponderar los intereses en juego para intentar resolver el conflicto. Un buen muestrario de esas cuestiones y de sus soluciones puede encontrarse en la jurisprudencia francesa, que exhibe una interesante evolución respecto del derecho a la imagen sobre los bienes, y que por ser fuente de muchos ordenamientos americanos, resulta de aplicación analógica.

En el caso argentino, como se dijo, ya que la regla del art. 544 del Código Civil galo es fuente del Código Civil, y más allá de la crítica que, como explicamos, Vélez Sársfield efectúa a la definición del art. 544 en la nota al art. 2506 del Código Argentino. Lo expuesto nos lleva a coincidir con Leiva Fernández en cuanto a que, en el derecho argentino:

a) El Estado no tiene derecho exclusivo sobre las imágenes de las cosas ubicadas en el territorio. En tal sentido, aunque un Municipio explote económicamente las imágenes ubicadas en el ejido municipal, éstas pueden ser tomadas e incluso ser reproducidas libremente, pues el Estado Municipal no tiene, derivado del Código Civil, ningún derecho exclusivo a la imagen sobre tales bienes, por tratarse de bienes del dominio público.

b) Quien tiene el uso y goce de los bienes (el titular del dominio, el usufructuario, el locatario), tiene el derecho a aprovecharse de las imágenes por ser quien puede obtener sus frutos, en este caso el rédito civil. En consecuencia, sólo resulta necesario acreditar la titularidad del uso y goce para impedir la reproducción no autorizada, aunque si se pretende la reparación de algún daño, se debe probar su existencia y extensión.

c) El propietario de un bien de dominio privado expuesto a la vista pública puede solicitar un resarcimiento del daño emergente y aún del lucro cesante si la imagen es reproducida masivamente, aunque la reproducción carezca de finalidad crematística, siempre que acredite que ello le causa un perjuicio patrimonialmente mensurable (a criterio del autor esta consecuencia es ajena a todo vínculo con el derecho de propiedad, y es extensiva a cualquier persona que sufra un daño injusto, pues se funda en el principio del *neminem laedere*).

d) En principio es indiferente que la cosa de dominio privado se halle en sitio público o privado o que su imagen sea obtenida desde un ámbito público o privado no autorizado –sea desde el inmueble de su propietario o desde el de uno vecino–. Pero si la imagen de una cosa de dominio privado que está en un ámbito privado es tomada y reproducida en forma que resulte identificable como perteneciente o usada por determinada persona, puede llegar a considerarse violada la intimidad de ella. La

---

regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...”.

ubicación de la cosa de dominio privado en un ámbito privado, sea o no el de su propietario (v.gr. automóvil guardado en una cochera ajena), hace presumir *iuris tantum* que la reproducción de su imagen, tenga o no finalidad económica (una venganza personal, v.gr., no la tendría), vulnera el derecho a la intimidad de su usuario o propietario. Están en juego derechos personalísimos.

e) Cuando una imagen refiere a un ámbito expuesto a la vista pública y muestra imágenes de varias cosas pertenecientes a distintos dominios, sólo las imágenes centrales o más destacadas pueden considerarse aludidas. Esto no cambia por la circunstancia de que existan muchas imágenes en el mismo soporte, porque la suma de imágenes centrales no esfuma el valor de cada una.

f) Si la imagen de una cosa de dominio privado expuesta a la vista pública es reproducida con fines económicos, su propietario podrá reclamar una compensación, no por sufrir daño alguno sino porque su inversión en la cosa facilitó a otro la obtención de un enriquecimiento que, en caso de no ser compensado, constituiría un enriquecimiento sin causa.

g) Cuando la imagen de una cosa de dominio privado expuesta a la vista pública es reproducida con fines no económicos, el propietario puede hacer cesar esa publicación y exigir el resarcimiento sólo cuando esa difusión le ocasiona una dificultad de orden económico, o de disfrute (en el derecho argentino el uso social sólo se privilegia sobre la propiedad privada en caso de expropiación fundada en ley del Congreso y previo pago de compensación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2511 del Código Civil y los arts. 14, 15 y 17 de la Constitución argentina).

h) La reproducción, con fines no económicos, de la imagen de una cosa de dominio privado expuesta a la vista pública, no otorga a su propietario derecho alguno a reclamar una compensación, precisamente por la ausencia de enriquecimiento por parte de quien la obtiene. Del mismo modo, la imagen de una cosa de dominio privado expuesta a la vista pública no da derecho a su propietario a percibir rédito alguno por la mera vista sin que ella se vea incorporada en algún tipo de soporte, o por la reproducción en un soporte restringido al uso personal.

i) Cuando existe reproducción sin autorización, con fines pedagógicos, de imágenes portadoras de información amparada por la libertad de expresión, se hace prevalecer a ésta<sup>32</sup>.

### **3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.**

La imagen, tal como lo expresamos *supra*, puede ser considerada “dato” a los fines de su tutela en el marco de las leyes de protección de datos personales, pues dato es definido, por ejemplo, en la ley argentina de protección de datos, como “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables<sup>33</sup>”, aunque claro que para llegar a tener esa protección emergente de estas leyes, debe estar contenido en un sistema de información con características especiales, es decir, debe ser un fichero, registro, banco o base de datos, estatal o privado, independientemente de que se encuentre o no informatizado, (arg. arts. 1, 2 y 3 de la ley argentina 25.326 y de su reglamentación, por decreto 1558/01<sup>34</sup>).

---

<sup>32</sup> Luis F. P. Leiva Fernández, *El derecho a la imagen de las cosas propias*, L.L. 2006–B, 689.

<sup>33</sup> Art. 2 (“Definiciones”), ley 25.326.

<sup>34</sup> -Ley 25.326 “Artículo 1° -(Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.”

“Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.

Para determinar qué se entiende por “dato” y qué es un “dato personal”, tradicionalmente se diferenciaba primeramente al “dato” de la “información”, explicando que aquél es un elemento circunscripto y aislado, que sólo representa una porción de información (v.gr., nombre), y que recién se transforma en ésta cuando se conjugan dos o más datos (v.gr., nombre y estado civil). Luego se explicaba que, cuando ese o esos datos se refieren a persona determinada o determinable, tal información (y los datos que la integran) ya es personal (arg. art. 2, ley argentina 25.326). Y para establecer con precisión qué debe entenderse por “persona “determinable” puede recurrirse, como lo hace Gils Carbó, al art. 2º de la Directiva Europea 95/46, que considera “determinable” a la persona cuya identidad pueda establecerse, directa o indirectamente, mediante la asignación de un número o código, o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, por lo que quedan excluidos los datos recolectados con fines estadísticos o científicos en los que no conste la identidad del titular, salvo que mediante un procedimiento adicional la persona se pueda tornar identificable<sup>35</sup>.

Ahora bien: esa explicación tradicional encuadraba perfectamente con el dato escritural, es decir, con el compuesto por letras, símbolos y palabras, e incluso cuando a él se le agregaban otros elementos gráficos estáticos, como una imagen fotográfica de la persona (todas formas simples de almacenar y reproducir, con escasa tecnología, en un contexto de ficheros manuales). Más recientemente, la tecnología permitió agregar a estos ficheros, ya informatizados, otros componentes de la información, con ciertos elementos dinámicos: la voz y lo vídeos, que originalmente no podían tener espacios en estos ficheros alcanzados por las normas protectoras de datos, puesto que tales grabaciones requerían de otros elementos tecnológicos que permitieran su reproducción y transmisión.

Así, la voz y las imágenes ingresaron a ese universo de los bancos de datos personales informatizados y comenzaron a tener la misma protección que los demás datos, especialmente porque en definitiva, en nada difieren estos datos respecto de los escriturales, pues se trate de palabras, voces o imágenes (estáticas o en movimiento), todos esos datos están materialmente constituidos por lo mismo, esto es, por conjugaciones en lenguaje binario (una sucesión, más o menos extensa, de combinaciones de ceros y unos) que brindan “información de cualquier tipo referida a personas”.

Y tal vez deba pensarse a las imágenes como merecedoras de una protección reforzada, pues por lo general, aún estáticas y circunscriptas al rostro de una persona, como una fotografía estándar para la confección de carnets de conductor, a veces constituyen un dato autosuficiente, en el sentido de que no es necesario siquiera asociarla a otro dato, como el nombre (esto es obvio cuando se trata de una persona pública, o de una fotografía cuyas características pudieran llevar

---

“En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.”

-Decreto 1558/01: “Artículo 1º.- A los efectos de esta reglamentación, quedan comprendidos en el concepto de archivos, registros, bases o bancos de datos privados destinados a dar informes, aquellos que exceden el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito.”

-Ley 25.326: “Artículo 2º - (Definiciones). A los fines de la presente ley se entiende por: “... - Archivo, registro, base o banco de datos: Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso. “

-Ley 25.326: “Artículo 3º - (Archivos de datos – Licitud). La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia.

“Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública.”

<sup>35</sup> Alejandra Magdalena Gils Carbó, *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 64.

indudablemente a la identificación de quien figura en ella, pero aún una persona “no pública” siempre puede ser reconocida por un buen número de personas), y a veces de ella pueden extraerse otros datos, pues puede revelar, entre otras cosas: edad, sexo, estado de salud, nivel social, económico o cultural, etc.

Así, por imagen protegida en los términos de la ley de protección de datos no sólo debe entenderse la imagen de una persona o de alguno de sus caracteres<sup>36</sup>, sino cualquier tipo de imagen, aunque refiera a cosas, mientras ella pueda brindar información respecto de persona determinada o determinable.

En consecuencia, quedando claro que una imagen contenida en un banco de datos –entendido éste en el sentido amplio que le otorgan los arts 1 a 3 de la ley 25.326 y su decreto reglamentario n° 1558/01 mencionados *supra*, esto es, abarcativo de cualquier sistema de información (archivo, fichero, registro, base o banco de datos) público o privado que exceda del uso exclusivamente personal de su registrador– persona física que titulariza o usufructúa el banco de datos– es un dato personal, éste se encuentra alcanzado por las reglas establecidas en la ley en cuanto a la calidad de los datos previstas en el art. 4 de la misma ley y de su reglamentación<sup>37</sup>.

### **3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN EN EL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. EL CASO ESPAÑOL.**

<sup>36</sup> Un ejemplo de cómo un dato grabado en forma de imagen puede servir para la persecución de personas es el caso de las huellas dactilares, sobre todo en la Argentina. Según un informe publicado en el diario “La Nación”, en especial a partir de la confección de documentos de identidad obligatorios (que no se utilizan en Europa ni en los Estados Unidos), la Argentina ha acumulado más impresiones dactilares que ningún otro país del mundo, habiendo almacenado cerca de seiscientos millones de huellas dactilares en dependencias oficiales (salvo algunas excepciones, como la Argentina y Guatemala, no se coleccionan las huellas digitales de los ciudadanos, salvo que sean criminales.

<sup>37</sup> -Ley 25.326. “Artículo 4° - (Calidad de los datos). 1. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.

“2. La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.

“3. Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

“4. Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario.

“5. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular establecidos en el artículo 16 de la presente ley.

“6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

“7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.”

-Decreto 1558/01: “Artículo 4°.- Para determinar la lealtad y buena fe en la obtención de los datos personales, así como el destino que a ellos se asigne, se deberá analizar el procedimiento efectuado para la recolección y, en particular, la información que se haya proporcionado al titular de los datos de acuerdo con el artículo 6° de la Ley N° 25.326.

“Cuando la obtención o recolección de los datos personales fuese lograda por interconexión o tratamiento de archivos, registros, bases o bancos de datos, se deberá analizar la fuente de información y el destino previsto por el responsable o usuario para los datos personales obtenidos.

“El dato que hubiera perdido vigencia respecto de los fines para los que se hubiese obtenido o recolectado debe ser suprimido por el responsable o usuario sin necesidad de que lo requiera el titular de los datos.

“La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales efectuará controles de oficio sobre el cumplimiento de este principio legal, y aplicará las sanciones pertinentes al responsable o usuario en los casos que correspondiere.

“La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales procederá, ante el pedido de un interesado o de oficio ante la sospecha de una ilegalidad, a verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en orden a cada una de las siguientes etapas del uso y aprovechamiento de datos personales: a) legalidad de la recolección o toma de información personal; b) legalidad en el intercambio de datos y en la transmisión a terceros o en la interrelación entre ellos; c) legalidad en la cesión propiamente dicha; d) legalidad de los mecanismos de control interno y externo del archivo, registro, base o banco de datos.”

Recientemente, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) tuvo que evaluar un caso generado a partir de la grabación y posterior difusión, a través de un portal de Internet, de imágenes captadas en la zona de Montera, en pleno distrito Centro de Madrid, donde, además de las 31 cámaras oficiales (montadas en esta calle y su entorno, después de que el Ayuntamiento de Madrid obtuviera la autorización por parte de la Comisión de Videovigilancia), un grupo de vecinos nucleados en la Asociación Nuevos Vecinos de Montera, instalaron su propio sistema de vigilancia público para que todo el mundo conociera la situación que los aquejaba, como consecuencia de lo cual obtuvieron más de veinte videos, que luego “colgaron” en la popular página de Internet “YouTube” –la mayoría de ellos sin posibilidad de identificar a las personas exhibidas en ellos, aún cuando se refiere a imágenes de un espacio público– con imágenes del trasiego de prostitutas y proxenetas en esta calle y de los prostíbulos encubiertos.

Al tratar la cuestión, la Agencia Española encuadró la actividad de Internet en general y de sus *webpages* en particular en el concepto genérico de banco de datos (aunque la mayoría de ellas no sólo traten datos personales y tampoco puedan concebirse como un conjunto organizado de datos personales), y como consecuencia de ello sancionó por primera vez como infracción grave a la grabación y posterior difusión, a través de un portal de Internet, de imágenes captadas en la zona de Montera, en pleno distrito Centro, mediante resolución R/00617/2008, recaída en el procedimiento sancionador instruido por el Director de la Agencia a partir de la aparición en medios de comunicación de informaciones relativas a la captación de esas imágenes personales y su posterior difusión en redes de comunicación telemática, en el portal de videos citados.

En concreto, en el procedimiento se constató que los videos eran accesibles para cualquier usuario de redes de comunicación telemática sin necesidad de autenticación previa mediante ningún identificador de usuario, y que la publicación de dichos videos fue realizada por varios vecinos (sin que exista ninguna asociación, ni grupo constituido), consistiendo en algunos videos domésticos realizados de forma puntual con la única y exclusiva intención de poner de manifiesto la lamentable situación en que se vive en el entorno de la calle, resultando imposible, en la gran mayoría de ellos, identificar a las personas, puesto que sólo aparecen de espaldas; a la suficiente distancia para no ser visible sus rostros, o se ha procedido a distorsionar la imagen de ellas. Al respecto, los inspectores actuantes apreciaron que es posible identificar a las personas que aparecen en dos videos.

La defensa argumentó que no se había determinado hecho punible alguno (máxime teniendo en cuenta la verdadera finalidad de la publicación y que se trataba de personas no identificadas) y que, ya que no ha habido intencionalidad, por lo tanto correspondía aplicar subsidiariamente lo dispuesto en el artículo 45.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD). Los argumentos defensivos sólo prosperaron parcialmente, ya que el Director de la Agencia igualmente multó a los vecinos con 601,01 € (seiscientos un euro con un céntimo de euro), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica, teniendo en cuenta, a los efectos de graduar la sanción, la falta de intencionalidad en la infracción cometida y la ausencia de beneficios para los infractores. Para así resolver, se fundó en los siguientes fundamentos jurídicos:

El artículo 1 de la LOPD dispone: *“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma, el artículo 2.1 de la misma señala: *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”;* definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3

de la LOPD, como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

El artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*. La garantía del derecho a la protección de datos, conferida por la normativa de referencia, requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado. En otro caso las mencionadas disposiciones no serán de aplicación.

De acuerdo con la definición de tratamiento de datos personales, la captación de imágenes de las personas que se encuentran en un lugar público constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada.

El artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, en vigor en el momento en que se constataron los hechos imputados, y el vigente Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, coinciden en definir el concepto de datos de carácter personal como cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a una persona física identificada o identificable.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”*. Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas, que considera dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, las grabaciones indicadas se ajustarán a este concepto siempre que permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar:

*“(14) Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos”*.

El Grupo de protección de las personas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, creado en virtud del artículo 29 de la citada Directiva 95/46/CE, en su Dictamen 4/2004, adoptado en fecha 11 de febrero de 2004, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, formula distintos criterios para evaluar la legalidad y conveniencia de instalar sistemas de captación de imágenes en zonas públicas.

Para determinar si el supuesto que se analiza implica un tratamiento de datos relacionados con personas identificables, el citado Grupo considera que los datos constituidos por imagen y sonido son personales aunque las imágenes se utilicen en el marco de un sistema de circuito cerrado y no estén asociados a los datos personales del interesado, incluso, si no se refieren a personas cuyos rostros hayan



sido filmados, e independientemente del método utilizado para el tratamiento, la técnica, el tipo de equipo, las características de la captación de imágenes y las herramientas de comunicación utilizadas. A efectos de la Directiva, se añade, el carácter identificable también puede resultar de la combinación de los datos con información procedente de terceras partes o, incluso, de la aplicación, en el caso individual, de técnicas o dispositivos específicos.

En cuanto a las obligaciones y precauciones que deberán respetarse por los responsables del tratamiento de los datos se mencionan, entre otras, la de evitar las referencias inadecuadas a la intimidad; especificar de forma clara e inequívoca los fines perseguidos con el tratamiento y otras características de la política de privacidad (momento en que se borran las imágenes, peticiones de acceso); obtención del consentimiento del interesado basado en una información clara; mantener la necesaria proporcionalidad entre los datos y el fin perseguido, obligándose al empleo de sistemas idóneos con respecto a dicho fin y a minimizar los datos por parte del responsable del tratamiento; datos que han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos y deberán retenerse durante un plazo en consonancia con las características específicas de cada caso.

El artículo 6, apartados 1 y 2 de la LOPD, estipula lo siguiente: *“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato, de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de noviembre de 2000, *consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)* (F.J. 7 primer párrafo).

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En el caso analizado, se constató que, a fecha 8 de octubre de 2007, aparecían publicados en “YouTube” veintidós vídeos con imágenes captadas en la calle Montera. De éstos, en su mayoría aparecen las imágenes de personas distorsionadas, no permitiendo su identificación. Pero en dos de ellos se comprobó que aparecen con nitidez varios transeúntes. Respecto a estas imágenes, que permiten identificar a las personas, deben ser consideradas datos de carácter personal, conforme al artículo 3.a) de la LOPD, y tales imágenes constituyen, en sí mismas consideradas, un tratamiento de datos en los términos de la LOPD.

La captación y reproducción de imágenes de los transeúntes en la calle Montera, que constituyen datos de carácter personal, y su publicación en “*YouTube*”, accesible para cualquier usuario de Internet, se encuentra sometida al consentimiento de sus titulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD.

No consta que existiese consentimiento de los transeúntes para que sus imágenes fuesen publicadas en redes de comunicación telemática. Tampoco se ha producido ninguna excepción del consentimiento exigido, según las excepciones previstas en el transcrito artículo 6.2 de la LOPD. Según las manifestaciones de los requeridos, la finalidad con la que se captaron las imágenes y se publicaron en “*YouTube*” era poner de manifiesto la lamentable situación en que se vive en el entorno de la calle Montera. Por tanto, no existe constancia de que las grabaciones de imágenes de la calle, publicadas en “*YouTube*” sean resultado de una actividad de videovigilancia enmarcada en la legalidad permitida por la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, por lo que el tratamiento de dichas imágenes, al no encontrarse habilitado por dicha Ley, tampoco podría encuadrarse en la excepción prevista en el artículo 6.1 in fine de la LOPD cuando establece la excepción del consentimiento si “*la Ley dispone otra cosa.*”

En conclusión, la actuación consistente en la captación de imágenes de la vía pública y su publicación en “*YouTube*” requiere el consentimiento de los afectados, que no consta, por lo que se ha incumplido el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD.

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave: “*Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.*”

En el presente caso, ha quedado acreditado que la captación y publicación en “*YouTube*” de imágenes de la calle Montera, en la que pueden identificarse transeúntes, y que no hay constancia del consentimiento de éstos para dicha captación y publicación, vulnera el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD y, en consecuencia, supone la comisión de una infracción tipificada como grave en el transcrito artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

Los artículos 45.2, 4 y 5 de la LOPD indican: “*2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €.*”... “*4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuricidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*”... “*5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuricidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.*”

La aplicación con carácter excepcional del citado artículo 45.5 de la LOPD, exige la concurrencia de, al menos, uno de los siguientes requisitos: a) Disminución de la culpabilidad del imputado y b) Disminución de la antijuricidad del hecho.

Dicho artículo, que no es sino la manifestación del llamado principio de proporcionalidad (art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), incluido en el más general de prohibición de exceso reconocido por la Jurisprudencia como Principio General del Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982), y es consecuencia del valor justicia que informa nuestro Ordenamiento Jurídico (Art. 1 de la Constitución Española), sin embargo debe aplicarse con exquisita ponderación, y

sólo en los casos en los que la culpabilidad resulte sustancialmente atenuada atendidas las circunstancias del caso concreto.

En este caso, ha quedado acreditado que la captación y publicación en "YouTube" de imágenes de la calle Montera en las que se pueden identificar a transeúntes, sin el consentimiento de éstos, supone una infracción al principio de consentimiento regulados en el artículo 6 de la LOPD y calificado como infracción grave. La ausencia de dolo e intencionalidad en esta actuación no implica la exoneración de responsabilidad, dado que, como se ha argumentado en el Fundamento de Derecho anterior, *"no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa" sino que es preciso "que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia."* (STS 23 de enero de 1998).

Ahora bien aunque la conducta se encuadre en la infracción grave tipificada en el artículo 44.3.d) de la LOPD, resulta necesario hacer una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes. En concreto, hay que considerar que el titular de la dirección IP desde la que se creó la cuenta y desde la que se publicaron las imágenes grabadas en "YouTube", procedió a distorsionar la mayoría de las imágenes personales de los transeúntes captados por videocámara, a efectos de evitar su identificación y proteger su intimidad personal. Concretamente, de los 22 videos examinados en octubre de 2007, no era posible la identificación de personas en 20 de ellos, si bien en dos de los vídeos visualizados dicha distorsión no fue efectuada, por lo que las imágenes colgadas en la red permitían identificar a viandantes de la calle Montera sin su consentimiento.

Se comprueba, como consecuencia de ello, que el imputado no tenía ánimo de producir ningún daño a las personas que aparecían sino que todo se hizo para mejorar la seguridad de los vecinos de la zona y evitar los problemas que se venían produciendo. Esta medida de distorsión de imágenes personales adoptada en la mayoría de los videos publicados, así como la voluntad de no dañar la intimidad de nadie y el deseo de mejorar la seguridad pública de la zona, permite entender que existe una disminución de la culpabilidad del imputado, por lo que se considera procedente aplicar la graduación prevista en el artículo 45.5 de la LOPD.

Hasta aquí los fundamentos de la Decisión de la Agencia Española. Como se observará, la aplicación de la sanción constituye un hito importante respecto de los alcances de la tutela administrativa del derecho a la protección de datos, porque no estrangula en manera alguna los alcances protectivos de la norma, limitándolo innecesariamente a los datos escriturales. Paralelamente, deja al desnudo, aún cuando de la decisión no se infiere, que un mismo hecho (la publicación de imágenes en un medio de difusión masiva) puede tener soluciones diferentes de acuerdo a quiénes y por qué medios realizan la publicación, ya que seguramente el resultado expuesto en el caso no hubiera sido el mismo si la publicación la hubiese hecho un periodista en un canal de televisión, donde se le hubiera aplicado el derecho de prensa, que resulta bastante más benévolo que el derecho de la protección de datos respecto de quienes tratan la información.

#### **4. CONCLUSIONES**

De todo lo expuesto, nos parece importante destacar, a modo de breve balance conclusivo, que si bien hay distintas versiones del derecho a la imagen, sólo una de ellas puede ser designada actualmente con tal rotulación, esto es, aquella que se refiere estrictamente a la imagen personal.

Asimismo, esa imagen, como la voz y otros atributos de la personalidad, integran el derecho a la identidad de la persona a la que se refieren, quien tiene derechos sobre la reproducción de su imagen y de su voz.

La tutela de las imágenes frente a su publicación encuentra distintos regímenes protectivos cuando esa difusión se hace por vía de la prensa tradicional (caso en que se aplica el derecho de prensa) y cuando ella se realiza a través de los

nuevos medios telemáticos (donde se aplica el derecho de la protección de datos), como surge claramente en el caso de la sanción dispuesta por la Agencia Española de Protección de Datos, donde el medio de difusión no fue sancionado y además existió un procedimiento administrativo sancionador, normalmente prohibido respecto de los medios de difusión tradicionales para evitar la censura.

Toda persona –incluso las personas jurídicas privadas y públicas–, tiene derechos sobre las imágenes respecto de sus bienes, y ese derecho proviene esencialmente del derecho constitucional de propiedad (el que, como se expresó, es más amplio que el derecho de dominio emanado del Código Civil), pero no nos parece correcto aludir a un derecho a la imagen sobre los bienes como derecho autónomo.

Ese derecho sobre las imágenes de bienes no siempre le corresponde exclusivamente al titular del derecho de propiedad y desde luego tampoco es ilimitado, pues debe conjugarse con los derechos de los demás y con los de la sociedad en general, la que puede oponerle al titular una serie de derechos colectivos, como el derecho a la información o incluso el derecho de propiedad.

La normativa argentina, como la mayoría de las existentes en América Latina, es deficiente al regular los derechos a la imagen y sobre las imágenes personales y de los bienes, por lo que cabe recurrir a la doctrina y jurisprudencia locales y también al derecho comparado para indagar acerca de los alcances que debe dárseles en el derecho argentino. Lo mismo ocurre –aunque en ello la Argentina está más avanzada–, en materia de protección de datos personales, donde no se menciona expresamente al derecho a la imagen, y todavía no se han vislumbrado sanciones respecto de publicaciones similares a las del caso español de los vídeos de “*YouTube*”.

En este sentido, respecto de las imágenes sobre los bienes, resulta de suma utilidad la jurisprudencia francesa, no sólo por su alto grado de desarrollo específico sino por ser su ordenamiento civil fuente directa del argentino y de la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, especialmente en materia de dominio. Y con relación a las imágenes difundidas por la Internet, cabe recurrir a los valiosísimos antecedentes de la Agencia Española de Protección de Datos y a sus pares europeos, que van consolidando una interesante línea de análisis, aplicable en nuestros países, aún con escasa protección en esta materia.

En síntesis, nos encontramos frente a un derecho a la imagen y a medios protectivos todavía en proceso de expansión y desarrollo, y las pautas que hemos reseñado probablemente no sean las únicas relevantes, por lo que habrá que estar atentos a su evolución, que adquirió y adquirirá seguramente un mayor vértigo, siguiendo el ritmo que le marca el creciente desarrollo de la sociedad de la información.