

Pensamiento Constitucional

ENSAYOS

Concepto de democracia y sistema de gobierno
en América Latina

Jorge Carpizo

La revisión de las cuestiones políticas no justiciables
(a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)

Néstor Pedro Sagüés

Evolución y características del presidencialismo peruano

Domingo García Belaunde

Antejuicio y Juicio Político en el Perú

Francisco José Eguiguren Praeli

El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en
perspectiva comparada. Garantías de procedimiento
a tener en cuenta ante su eventual despenalización
en España

Fernando Rey Martínez

La Constitución ante los avances científicos y
tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes
desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la
Información y la Comunicación

Francisco Javier Díaz Revorio

Apuntes sobre el derecho «a» y los derechos «sobre»
la imagen (personal y de bienes)

Oscar Raúl Puccinelli

¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal
constitucional? Análisis de un debate contemporáneo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor



**FONDO
EDITORIAL**

Apuntes sobre el derecho «a» y los derechos «sobre» la imagen (personal y de bienes)

OSCAR RAÚL PUCCINELLI*

Sumario

1. Aproximación a la sentencia que motiva este comentario
2. Marco conceptual. Derecho «a» y derechos «sobre» la imagen personal y de los bienes
3. Conclusiones

Bibliografía

1. Aproximación a la sentencia que motiva este comentario

En «Pérez Re, Ernesto c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. Diario Clarín y otros s/ daños y perjuicios», la actora demandó a dos empresas dueñas de los diarios de circulación nacional «Clarín» y «La Nación» y a la empresa a cargo del desarrollo del barrio náutico en el cual adquirió un inmueble, pretendiendo el resarcimiento de los daños que alegaba haber sufrido por la violación a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la seguridad, a su criterio provocados por la publicación —en los suplementos de barrios cerrados de ambos diarios y con fines promocionales del *country* náutico—, de fotografías en las que se mostraban los exteriores de su casa, que si bien se encontraba ubicada a orillas de las instalaciones náuticas del complejo, no era visible desde el río Luján ni desde la entrada al barrio.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional y Transnacional en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

Los medios periodísticos demandados sostuvieron que las fotografías publicadas fueron tomadas con autorización de la empresa comercializadora del *country*, y que no pretendieron exhibir la vivienda del demandante, sino el entorno náutico del barrio, y que las notas publicadas en los suplementos formaron parte de actos comunicacionales de prensa, amparados por los postulados constitucionales de la libertad de expresión.

Por su parte, la comercializadora del barrio cerrado sostuvo que dentro de sus facultades contractuales se encontraba la de promocionar el emprendimiento, por encontrarse autorizada a ello en su relación con los inversores que adquirieron inmuebles en el *country* náutico.

En el fallo de primera instancia, la magistrada de grado estimó que:

- a) En el caso no se configuró agravio alguno al derecho de intimidad del actor ni tampoco un daño a su imagen por la aparición del inmueble de su propiedad en las publicaciones efectuadas en los suplementos de barrios cerrados de los diarios de las demandadas, en especial por cuanto la compañía desarrolladora del emprendimiento edilicio no violó aspectos de seguridad de la vivienda del actor al permitir el ingreso de la prensa y autorizar la difusión y publicidad del complejo urbano en estos medios, por contar con autorización contractual para ello.
- b) Las reglas sobre reproducción de imágenes personales no se extienden a la publicación de imágenes fotográficas de inmuebles, por carecer estos de personalidad psíquica, por lo cual no cabe realizar una aplicación analógica del artículo 31 de la Ley 11723, de propiedad intelectual.
- c) No correspondía hacer lugar al reclamo por violación al derecho a la intimidad del actor fundado en el artículo 1071 bis del Código Civil, pues las fotografías, tal como lo demostraron las pruebas testimoniales y la pericial fotográfica, tenían por objeto resaltar el área náutica del barrio antes que la reproducción de la vivienda del actor.
- d) Las publicaciones fotográficas de inmuebles de un barrio cerrado no provocan una violación al derecho de intimidad ni al derecho a la imagen de sus propietarios si el objeto de la publicación está centrado en la difusión de emprendimientos urbanos y no surgen en las fotografías ni la imagen del interior de las viviendas, ni la identificación de los inmuebles, sus propietarios u ocupantes.¹

¹ 14/9/2007, MJJ16626.

Al revisar la sentencia de grado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala «E», confirmó el rechazo de la demanda dispuesto en primera instancia, con costas a la actora, declarando desierto el recurso de apelación interpuesto por esta por no reunir la pieza recursiva los requisitos mínimos necesarios para fundar debidamente la apelación. Sin embargo, la Sala, al analizar los agravios y desestimarlos por insuficientes, ingresa en ciertos aspectos al fondo del asunto, que motivan este comentario.

Se destaca, por un lado, que se mezclaron diversas pretensiones, entre ellas la violación al derecho a la intimidad del dueño; la apropiación de su imagen (extensible, a criterio de la actora a la edificación realizada en el *country* por aplicación analógica de la Ley 11723); la creación de una perturbación por una amenaza a su seguridad, y el aprovechamiento económico de su inmueble.

Ahora bien, más allá de si en el caso bajo examen se declaró correcta o incorrectamente desierto el recurso; si se dio la solución justa de conformidad con el material probatorio rendido en autos, o si, en definitiva, la pretensión actoral resultó fulminada por la existencia de una autorización expresa del titular para que se proceda a la toma de fotografías (y su publicación con fines comerciales) que muestren el emprendimiento y que impliquen necesariamente la exhibición parcial de la fachada de su inmueble (si es que ella existió, y con tal extensión), cabe preguntarse, ya en abstracto, si:

- a) es factible predicar un derecho a la imagen sobre bienes, y cuál sería su fundamento y alcances;
- b) una publicación incontestada de fotografías sobre inmuebles pertenecientes a particulares que se encuentra expuesto al público puede afectar ese eventual derecho a la imagen y los derechos a la intimidad y a la seguridad de sus propietarios;
- c) la publicación de esas imágenes, realizada por medio de la prensa escrita, debe ser juzgada a la luz de los postulados constitucionales de la libertad de expresión en su máxima extensión, o si no cabe reconocer tal protección especial o debe concedérsele una protección reducida, cuando ella se realiza en un suplemento de un diario, destinado a la difusión de proyectos urbanísticos.

Sin perjuicio de aclarar que destinaremos los acápites siguientes a responder estas interrogantes, adelantamos que puede efectivamente existir afección a diversos derechos como consecuencia de una publicación incontestada de inmuebles de particulares, y que no nos parece que cualquier publicación realizada por la prensa

escrita goce de idéntica protección constitucional, pues si el mentado suplemento tiene fines netamente comerciales, por estar destinado a mostrar emprendimientos urbanísticos de manera asociada o con la colaboración de los titulares de esos emprendimientos, posee en todo caso —si accediéramos a reconocer mecánicamente a cualquier publicación de cualquier naturaleza, por el solo hecho de acompañar la edición dominical de un diario, todos los privilegios de la libertad de prensa que se aplican a la difusión de ideas y opiniones— una libertad restringida, por más interés que pueda tener la sociedad en conocer acerca de esos emprendimientos exclusivos.

Y en este sentido, nos parece que cabría aplicar el criterio sustentado por la Corte argentina, cuando expresó que el derecho a evitar la reproducción de la imagen solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquél derecho, lo cual no ocurre cuando se está ante una filmación realizada sin la autorización de las personas interesadas y con fines eminentemente comerciales.² En el fallo, en definitiva, se reclama la libertad de prensa sea ejercida con mucha precaución, y tal conducta parece claramente reclamable cuando, como en el caso, se está frente a la publicación de una fotografía de interiores de un barrio cerrado, dado que este tipo de emprendimientos, por más carácter comercial que tengan para quienes los diseñan, no dejan de ser considerados por los compradores como espacios estratégicamente aislados, a los que se recurre en busca de niveles máximos de intimidad y seguridad de los que se carece cuando se habitan inmuebles directamente expuestos en la vía pública. Ello, en consecuencia, debe llevar a interpretar restrictivamente cualquier conducta supuestamente habilitadora de su propietario y evitar en lo posible toda medida que pueda contrariar esa voluntad implícita de no ser expuesto a la curiosidad pública.

El reclamo en este sentido está claro en el caso en comento (aun cuando, según surge del fallo, se prestó consentimiento habilitante de la publicación, el cual, cabría analizar si no se incluía en una serie de cláusulas predispuestas de imposible negociación), donde la actora remarcó que la propiedad no se veía desde el río Luján ni desde el ingreso al barrio cerrado, y que con la fotografía publicada quedó irremediabilmente expuesta la existencia del inmueble y su forma de acceso a cualquiera que leyera esa publicación.

En nuestra opinión, en nada incide que no se informe acerca de quién es el propietario o de quiénes son sus moradores, porque se trata de prevenir intrusiones

² Fallos, 311:1171.

en la intimidad o violaciones a la seguridad precisamente por lo que puede provocar el conocimiento público de la existencia y ubicación de ese inmueble. Desde luego, la potencialidad dañosa será todavía mayor si se publican los planos del *country* con la localización de los inmuebles o los de la propiedad en sí misma —y ello más allá de la protección que pueda tener por vía de la ley de propiedad intelectual; de las disposiciones catastrales específicas aplicables respecto de la legitimación para acceder a ellos que rija en cada jurisdicción, o de la ley de protección de datos personales (que considera, como veremos, dato personal a cualquier información que pueda ser predicada de persona determinada o determinable)—.

Más allá de las conclusiones preliminares a las que hemos arribado, nos ocuparemos en adelante de responder las interrogantes pendientes, lo que exige desenmarañar el fundamento, contenido y alcances del derecho a la imagen personal y su eventual extensibilidad a las imágenes sobre bienes.

2. Marco conceptual. Derecho «a» y derechos «sobre» la imagen personal y de los bienes

Analizaremos a continuación brevemente la génesis y evolución del derecho a la imagen, a fin de evaluar su eventual extensibilidad protectora respecto de las imágenes de bienes, aclarando desde aquí que el reconocimiento de un derecho «a» la imagen, generará a su vez derechos «sobre» las imágenes (por ejemplo, a su no alteración in consentida, al respeto por el entorno físico y temporal en el que fueron tomadas, etcétera), y que, en definitiva, aun cuando pudiera no reconocerse un derecho autónomo «a» la imagen sobre los bienes, corresponde reconocer a su propietario derechos «sobre» esas imágenes.

Asimismo, y aun cuando aludamos reiteradamente al «propietario» de los bienes sobre los cuales se pretende adjudicar un derecho a la imagen autónomo, cabe tener presente que no aludimos estrictamente a él como titular del derecho de dominio del derecho civil, sino al propietario en sentido constitucional, y que aun 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 solo 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 (Leiva Fernández 2006: B-689).

2.1. Origen y evolución histórica del derecho a la imagen (personal)

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.

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 imposición 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 artículo 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 estos, los jueces reconocieron que «el derecho a oponerse a tal reproducción es absoluto, este 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» (Espinoza Espinoza 2001: 245-250).³

³ Con cita del *affaire Rachel*, Trib. 1° inst. Seine, 16 juin 1858, D.P., 1858, 3, 62.

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 vs. Stevens & Myers», que para la circulación de retratos debía requerirse el consentimiento del fotografiado (Carranza Torres 2001: 21-22).⁴

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 (Basterra 2001: 246).⁵

De aceptar esta clasificación, deberíamos agregar una cuarta etapa, a la cual podríamos adjudicar como inicio ese año no solo 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 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 estas 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 (por ejemplo, la acción de hábeas data).

⁴ Con cita de la *Harvard Law Review*, vol. IV, December 15, 1890, N° 5.

⁵ BASTERRA, Marcela. «Los derechos tutelados por el hábeas data: doctrina y jurisprudencia». En Alfredo Gozaini Osvaldo (compilador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data*. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 246, siguiendo a Ana AZURMENDI ADARRAGA. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Civitas, Universidad de Navarra, 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>.

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 y transmisión de imágenes y la popularización de la Internet como el gran medio de comunicación global.

2.1.1. 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 (Sagüés 1993, t. II: 57).

A ellas podríamos agregar una cuarta, totalmente desvinculada de las estas, 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»⁶— se entremezclan con los contenidos atribuidos a la intimidad, el honor y la reputación; pero ello no debe extrañar, pues, como describe O’Callaghan

⁶ 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, etcétera, 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.

(1994: 98), «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».

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, p.ej., 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 este 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, etcétera).⁷

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 solo cuando pudieren derivar en lesiones a la intimidad o al

⁷ 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 (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho a la identidad personal*. L.L., 1990–D–1248).

honor, y actualmente, ese «segundo rostro» de una persona, en cuanto configura «un substituto 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.⁸

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 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. *Leçons de droit civil*. I, vol. II, p. 933, N° 798).

En el derecho español, en cambio, el artículo 1.6 de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad 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» (Pizarro 1999: 346-350). En este sentido, el Tribunal Supremo español

⁸ Ver HUET-WEILLER. «La protection juridique de la voix humain». *Revue Trimestrielle 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*. pp. 118-119; LEIVA FERNÁNDEZ. *El derecho personalísimo sobre la propia voz*. L.L., 1990-A-845; Rivera – Leiva Fernández – Postolavka – Leal de Ibarra – Marino, ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho de Daños. Buenos Aires: Andrada. 1989, «Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución», p. 216. En contra: CIFUENTES. *Derechos personalísimos*. 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*. Segunda edición. Actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 346-350.

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 solo la voz auténtica, sino la imitación de la misma [...]» (O'Callaghan 1994: 115-117).

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)*. pp. 72-73; LEIVA FERNÁNDEZ. *El derecho personalísimo sobre la propia voz*. L.L. 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 personalísimos*. p. 517, § 104), y también lo normado por el artículo 1071 bis del Código Civil, para los supuestos de apropiación indebida de la voz humana (En 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 Fernandez – Postolavka – Leal de Ibarra – Marino, recomendó: «Protección de la voz. Es de aplicación lo normado en el artículo 1071 bis del Código Civil para los supuestos de apropiación indebida de la voz humana». —Cifuentes, Gherzi, 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 «Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños», Buenos Aires, 1989— (Pizarro 1999: 346-350).⁹

⁹ Con cita de 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 (1998: 186, 449-451):

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.

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».¹⁰

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 solo 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

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 29/3/88, transcrita 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, N° 43, p. 273.

imágenes para publicidad, películas, etcétera. 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 truco o le da un sentido anómalo por un pie de foto in consentido; 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 (O'Callaghan 1994: 115-117).

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».¹¹

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 la portada de un matutino de gran circulación sobre la tarea de los denominados «agentes encubiertos», dado que, aun 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 artículo 31 de la Ley 11723. 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 este 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 artículo 31 de la Ley 11723, 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, etcétera).¹²

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo del 9/2/89, transcrita 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, N° 56, p. 314.

¹² «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.

En definitiva, como lo indica Espinoza Espinoza (2001: 245-250), 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.

2.1.2. El derecho a la imagen (personal) en el derecho positivo argentino

Las normas internacionales sobre derechos humanos —a las que debemos recurrir por remisión de los artículos 31 y 75, inc. 22, de la Constitución nacional— ordinariamente no se refieren al derecho a la imagen (ni al derecho a la identidad), aunque sí a los derechos la privacidad, al honor y a la reputación (de los cuales inicialmente se lo extrajo), y lo mismo ocurre en el orden constitucional federal, por lo que, para desentrañar su exigibilidad, sentido y alcances en la Argentina, cabe recurrir a las constituciones y leyes provinciales; a las reglas infraconstitucionales federales, y a la doctrina y a la jurisprudencia habida al respecto.

Más allá de lo dispuesto por las normas adoptadas por los Estados federados, que prácticamente reprodujeron los criterios provenientes del derecho europeo de regulación constitucional conjunta con los derechos a la intimidad, al honor, a la reputación y al nombre (por ejemplo, Constituciones de Córdoba, Chubut, Jujuy, Salta, Santiago del Estero y Tierra del Fuego);¹³ en el plano normativo federal es

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 Departamento Judicial de San Isidro, Sala I.

¹³ *Córdoba*: «Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: [...] 2. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen» (artículo 19); *Chubut*: «Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: [...] 3. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen» (artículo 18); *Jujuy*: «Los derechos al nombre, a la imagen y otros derechos personalísimos están reconocidos y protegidos por esta Constitución y la ley» (artículo 24); *Salta*: «Todos los habitantes

de aplicación, en primer lugar, la antigua regla del artículo 31 de la Ley 11723, que prohíbe poner en el comercio el retrato fotográfico de una persona sin su consentimiento expreso, salvo que se lo haga con fines científicos, didácticos y, en general, culturales, o cuando se relacione con hechos o acontecimientos de interés público o que se hayan desarrollado en público.¹⁴

Esta norma alude también de manera concreta a la puesta en comercio del retrato fotográfico de una persona (en esto es más específico que la temporalmente posterior disposición incorporada al Código Civil, como artículo 1071 bis), y establece excepciones al requisito del consentimiento expreso de su titular previo a su publicación.

Según explica Gorosito Pérez (s.a.), esta regla, que fue muy avanzada para su época (1933), en realidad no pretendió regular el derecho a la imagen —el vocablo ni siquiera era usado por entonces ni se encuentran elaboraciones doctrinarias ni jurisprudenciales con anterioridad a su sanción— y apareció sorpresivamente, cuando el senador Sánchez Sorondo, autor del artículo 31 de la ley, decidió transcribir casi literalmente el artículo referente al derecho del retratado, de la ley italiana de 1925, en regla que no fue debatida ni en el parlamento ni en la opinión pública, pese a la amplia difusión que se le dio en los diarios de mayor circulación nacional al proyecto mientras estuvo bajo tratamiento legislativo. En consecuencia, para desentrañar la intención del legislador, es necesario tener presente el contexto de la ley de la que forma parte, que es una ley de propiedad intelectual, la que establece como regla general que el autor puede difundir o reproducir su obra como le plazca, excepto en el caso que sea autor de una fotografía que contenga la imagen de otro, en cuyo caso no puede ponerla en el comercio sin la autorización expresa del retratado. Por ello, es claro que la intención del legislador

de la Provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a defenderse y ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley» (artículo 17); *Santiago del Estero*: «Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: [...] 3. Al honor, a la intimidad, al nombre y a la propia imagen» (artículo 16); *Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*: «Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: [...] 3. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen» (artículo 14).

¹⁴ Artículo 31, Ley 11723.- El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta esta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios.

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

no fue regular el derecho existencial a la propia imagen, sino solo poner un límite a las facultades de los autores de las obras fotográficas.

Más allá de lo expuesto, cabe coincidir con Pizarro (1999: 346-350) en que la ley regula de manera deficiente el derecho a la imagen, limitándose a prohibir la comercialización del retrato fotográfico de una persona sin su autorización o, en caso de fallecimiento, de ciertos herederos forzosos. Sin embargo, el soporte material sobre el que se difunde la imagen puede ser sensiblemente más amplio que el que contempla la letra de la ley, por cuanto existen otras técnicas de reproducción que razonablemente deben ser alcanzadas por el precepto legal (por ejemplo, filmes, videos, dibujos, pinturas, esculturas, impresos, etcétera). Por otra parte, lo verdaderamente trascendente es la comercialización de la imagen de una persona y no el soporte material a través del cual se realiza. La ley solo protege la imagen en tanto sea puesta en el comercio sin el consentimiento de la persona, salvo supuestos de excepción. La noción «poner en el comercio la imagen ajena» debe ser interpretada entonces con flexibilidad; comprende —por lo tanto— toda forma de difusión o reproducción con fines económicos, aunque puedan estos ser mediatos o secundarios.

Tres décadas más tarde, se incorpora el artículo 1071 bis al Código Civil, que establece que quien arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no constituyere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización, que podrá incluir la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

Esta regla alude, en lo que nos interesa, a la interdicción de intromisiones arbitrarias en la vida de otro, a la publicación de «retratos» (palabra que tiene varias acepciones, algunas inclusivas de las imágenes de cosas);¹⁵ a la mortificación de otro en sus costumbres o sentimientos, y a la perturbación de la intimidad «de cualquier modo», y es la que abre un abanico interpretativo muy interesante, que permite proyectar el derecho a la imagen a escenarios no imaginados al momento de su sanción, como el derecho a la protección de la imagen sobre bienes, en la medida en que esa imagen pueda provocar las consecuencias no queridas por la regla.

¹⁵ Según un diccionario de la época en que se aprobó la regla introducida al Código Civil, por «retrato» se entiende: «pintura o imagen de una persona o cosa»; «descripción de la figura o carácter de una persona», y «lo que se parece mucho a una persona o cosa» (MAGISTER. *Nuevo diccionario enciclopédico Ilustrado*. Buenos Aires: Artes Gráficas. 1966, p. 1253).

Opina sobre ella Pizarro (1999: 242-245) que la ley sanciona la intrusión (en sentido amplio, comprensiva de cualquier tipo de interferencia, hostigamiento o penetración en la esfera privada de las personas) arbitraria en la intimidad de otra persona, y que ese entrometimiento puede operar por mero conocimiento de la difusión, o por conocimiento agravado por difusión, y que se da por: a) la publicación de retratos, fotografías o filmes, independientemente de que esa intrusión pueda o no causar una afeción simultánea al derecho a la imagen (por ejemplo, si alguien consintió la toma de una fotografía para un producto determinado y se utiliza para otro; o si se capta clandestinamente la imagen de una persona realizando un acto íntimo); b) la difusión de correspondencia u otros contenidos simbólicos similares operados mediante diferentes soportes (teléfono, fax, radio-telegrafía); c) la mortificación en las costumbres o los sentimientos, que comprende toda forma de turbación, molestias, bromas, chanzas que resulten idóneas para lesionar la intimidad de una persona, o d) cualquier otro modo de perturbación, donde se abre un amplio abanico de posibles encuadramientos (por ejemplo, la jurisprudencia local ha evaluado casos como el derivado de la publicación de un aviso fúnebre invitando a una misa de cuerpo presente en conmemoración de una persona que no había fallecido; el originado por la inclusión de un comerciante en una lista de deudores morosos sin serlo; el motivado en la realización de comentarios periodísticos injustificadamente invasivos en aspectos privados, y en el derecho estadounidense se ha forjado un estándar bastante amplio al momento de evaluar las intrusiones en la intimidad (el de la *unreasonable intrusion* o intrusión irrazonable), y bajo este criterio, se consideraron intrusivos, entre muchos otros, la captación por cualquier medio de comunicaciones privadas; la toma de imágenes privadas a través de ventanas; la realización de persistentes e indeseados llamados telefónicos, y el requerimiento compulsivo para un *test* de sangre, aunque a ese estándar amplio se lo restringe a partir del principio según el cual «en calles públicas o en cualquier otro lugar público no hay derecho a ser dejado a solas».

Otra norma más reciente que apunta concretamente a la protección de las imágenes de bienes y de personas, es la Ley de marcas 22362, a tenor de la cual, por un lado, pueden registrarse y en consecuencia obtener protección legal las imágenes que ella y su detallada reglamentación contemplan (cuya diversidad incluye, por ejemplo, servicios de construcción, de conformidad con el artículo 1 del decreto reglamentario 558/81 y de su anexo),¹⁶ y por el otro, se prohíbe el

¹⁶ Artículo 1 del decreto: «Los productos y los servicios serán clasificados de acuerdo a la siguiente Nomenclatura: Servicios [...] 37. Construcción y reparaciones». Artículo 1 del anexo: «CLASE 37.

uso no autorizado del nombre, seudónimo o retrato de una persona (artículos 1 y 3, inc. h).¹⁷

Por último, y más allá de disposiciones específicas que pueden hallarse en las normas de creación de ciertos registros públicos (por ejemplo, los catastrales), la imagen se encuentra protegida por reglas específicas emanadas del derecho de la protección de datos, esto es, tiene una tutela especial en cuanto constituya un dato personal (lo que no se limita a la imagen personal, ni a las imágenes que constituyan datos de las personas físicas) mientras este se encuentre asentado en los soportes y sea tratado por alguno de sujetos alcanzados por la Ley 25326, de protección de datos personales, y sus normas reglamentarias (especialmente, artículos 2 y 4 de la Ley).¹⁸

Esta clase se refiere a los servicios prestados por empresarios o maestros de obras en la construcción o la fabricación de edificios permanentes».

«Esta clase se refiere también a los servicios prestados por personas u organizaciones que se ocupan de la restauración de objetos a su estado primero o de su preservación sin alterar sus propiedades físicas o químicas».

«Notas: 1. Los términos de «servicios de construcción» en el sentido que se les da en esta clase comprenden los servicios relacionados con la construcción de edificios, con las construcciones proyectadas por ingenieros, tales como carreteras, puentes, presas o líneas de transmisión y a las empresas especializadas en materia de construcciones tales como las de pintores, fontaneros, calefactores o tejadores».

«2. Los servicios anexos a los servicios de construcción, tales como inspección de proyectos de construcción están comprendidos en esta clase».

¹⁷ «Artículo 1. Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad».

«Artículo 3. No pueden ser registrados: [...] e) las palabras, dibujos y demás signos contrarios a la moral y a las buenas costumbres; [...] h) el nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive».

¹⁸ «Artículo 2 (Definiciones). A los fines de la presente ley se entiende por:

- Datos personales: información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.
- Datos sensibles: datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.
- 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.
- Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.

A este respecto, el Tribunal Constitucional español, a la par de ocuparse de los contornos del derecho a la imagen y su relación con el derecho de prensa, se ha preocupado particularmente, a la luz del mandato del artículo 18.4 constitucional hispano, de propender a limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos, extendiendo expresamente esa protección al derecho a la imagen.

Y en tal sentido, el alto tribunal se ha pronunciado respecto de las diversas consecuencias del ingreso a la era (y a la sociedad de) la información, y del fenómeno de la creciente diversificación de las técnicas de almacenamiento, elaboración, reproducción y transmisión de imágenes, especialmente las telemáticas, de las que se valen especialmente en la actualidad tanto los medios (tradicionales y nuevos) de comunicación, como los bancos de datos personales, y sobre los cuales resulta indispensable aplicar reglas que tiendan a la prevención y, en su caso, a la reparación de los daños que pudieran resultar de tales actividades. Así, sostuvo:

[...] los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan

-
- Responsable de archivo, registro, base o banco de datos: persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.
 - Datos informatizados: los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado.
 - Titular de los datos: toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.
 - Usuario de datos: toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.
 - Disociación de datos: todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable».

«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 con 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 totales 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».

estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen, frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto.¹⁹

En este punto, valga apuntar que tanto en España, la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD 5/92), y su modificatoria, la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (15/99), como en Argentina, la Ley 25326, de protección de los datos personales —que reconoce como fuente directa a la citada LORTAD—, traen disposiciones plenamente aplicables a la temática en estudio, pues desde que la imagen puede insertarse en un archivo de datos personales, constituye un dato más, pero con una particularidad: ese «dato» —que puede o no estar digitalizado según el tipo de soporte de datos de que se trate—, puede aportar más información que la que puede proporcionar un dato escritural.

Para entender mejor esta afirmación, cabe detenernos brevemente en determinar qué se entiende por «dato» y qué es un «dato personal» en los términos de la Ley 25326. Por un lado, es claro que, en términos generales, «dato» es un elemento circunscrito y aislado, que solo representa una porción de información (por ejemplo, nombre), y que no se transforma en esta mientras no sea conjugado con otro (por ejemplo, estado civil). Cuando ese o esos datos se refieren a persona determinada o determinable, implica información personal y se convierte a esos datos en datos personales. En este sentido, la Ley 25326 es muy clara cuando en su artículo 2 define datos personales como «información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables». Y para determinar con precisión qué debe entenderse por persona «determinable» puede recurrirse, como lo hace Gils Carbó (2000: 64), al artículo 2 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, y señala que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la nueva normativa los datos recolectados con fines estadísticos o

¹⁹ Sentencias 170/87 y 231/88 del Tribunal Constitucional, transcritas y comentadas por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Javier SERRA CALLEJO y Miguel Ángel SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ. *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1990, N° 33, pp. 192 y ss., y N° 31, p. 181.

científicos en los que no conste la identidad del titular, salvo que si mediante un procedimiento adicional la persona se pueda tornar identificable.

Ahora bien: como el concepto de «dato» no se limita al dato escritural, esto es, al compuesto por palabras (aunque, en realidad, cuando se trata de un dato informatizado sean palabras o imágenes, todos están constituidos por conjugaciones en lenguaje binario, con formato de ceros y unos), sino que también se extiende a la voz y a las imágenes, en consecuencia constituye un dato personal, merecedor de protección la imagen de una persona e incluso de cosas que puedan brindar «información de cualquier tipo referida a personas». Y tal vez deba pensársela como merecedora de una protección reforzada, pues muchas veces es 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 indudablemente a la identificación de quien figura en ella, pero aun 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, etcétera.

Así, por imagen protegida en los términos de la ley de protección de datos no solo debe entenderse la imagen de una persona o de alguno de sus caracteres,²⁰ sino cualquier tipo de imagen, aunque refiera a cosas, mientras ella que puedan brindar información respecto de persona determinada o determinable.

En consecuencia, quedando claro que una imagen contenida en un banco de datos —entendido este en el sentido amplio que le otorgan la Ley 25326 y su decreto reglamentario, 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, este se encuentra alcanzado por las reglas establecidas en la ley en cuanto a la calidad de los datos (artículos 2 y 3 de la Ley) .

²⁰ 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).

Recapitulando ahora y reevaluando lo expuesto en este acápite, puede observarse que de la literalidad de todas las reglas citadas que resultan de aplicación en el derecho argentino a la temática en estudio no es factible extraer mucho para desentrañar el contenido del derecho a la imagen, por lo que cabe recurrir al auxilio de la doctrina y a la jurisprudencia, que aun bajo diferentes rotulaciones y en diferentes versiones, en general lo ha restringido a la imagen sobre la persona física (excluyendo a las personas jurídicas, que bien pueden verse representadas por una imagen con la que se las identifique, esté o no registrada a fin de brindarle protección como propiedad intelectual), pese a que de la redacción del Código Civil, y del resto de las normas citadas no parece surgir incompatibilidad con realizar esta extensión.

2.1.3. Afectación del derecho a la imagen (personal) y demás derechos conexos en la jurisprudencia

Ya hemos aludido a la ligazón histórica existente entre los derechos al honor, a la intimidad, a la identidad y a la imagen. Esa conexión entre ellos implica que la mayoría de las veces la violación del derecho a la imagen acarrea la afección de alguno de los otros, pero ello no siempre se da necesariamente. En este sentido, destaca Andrada (1998: 187):

Es claro que hay supuestos que vulneran tanto la intimidad cuanto la imagen de la persona, como es el caso de la publicación de fotografías tomadas con teleobjetivo y en que la actora aparece vestida solo con la pieza inferior de su traje de baño... Pero en cambio, bien puede suceder que no se violente la intimidad de la persona pero sí la imagen. Tal el caso de una persona que presta su consentimiento para una fotografía que va a ser utilizada para graficar una nota acerca de las mujeres y el deporte. Luego, casi dos años después, es extraída de sus archivos por la empresa periodística, sacada de contexto, y publicada con una leyenda acerca de las dificultades físicas de la mujer que tiene fibroma uterino. Similar vulneración a la imagen se produciría, si una persona consiente ser fotografiada para publicitar un artículo y luego se la emplea para propaganda de otro.

En nuestra jurisprudencia, esta ligazón y simétrica afección se puede observar claramente en el *leading case* «Ponzetti de Balbín», donde la viuda y el hijo del doctor Ricardo Balbín —uno de los más prestigiosos dirigentes de la historia del radicalismo argentino— demandaron a Editorial Atlántida por violación de los derechos a la intimidad y a la privacidad, por haber publicado en la tapa de la revista *Gente* una fotografía de aquél, tomada sin consentimiento alguno, cuando estaba internado en una sala de terapia intensiva. Al resolver la cuestión, la Corte argentina sostuvo:

El derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento en el artículo 19 de la Constitución nacional. En relación directa con la libertad individual, protege un ámbito de autonomía individual, constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.

En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen; y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello.²¹

Este caso encuentra su paralelo en la jurisprudencia extranjera, tanto con anterioridad, en los casos generados por las fotografías tomadas al canciller Bismark, en Alemania y a Rachel, en Francia, como con posterioridad, en la jurisprudencia española, específicamente en el sonado caso «Francisco Rivera»²², cuya viuda —la cantante Isabel Pantoja— demandó a la sociedad Prographic por violación de los derechos a la privacidad y a la imagen, a causa de la difusión pública de un vídeo que mostraba no solo imágenes de la embestida taurina sobre el famoso torero español apodado «El Paquirri», en el ámbito de un espectáculo desarrollado en una plaza de toros, sino de las primeras asistencias médicas recibidas en la enfermería de esta, luego de las cuales falleció.

Como resulta evidente, tanto en este caso como en «Ponzetti de Balbín», las personas cuya intimidad se alegaba violada estaban en agonía, en un ámbito reservado —la enfermería de la plaza de toros y una sala de terapia intensiva, respectivamente—, y las imágenes fueron tomadas sin consentimiento. En ambos, en definitiva, se entendió que la alegada trascendencia de la noticia no justificaba tamaña intromisión, pues pese a que —en la línea de lo resuelto en «Vago» por la Corte argentina y en *New York Times vs. Sullivan*, por la Corte norteamericana—, el ámbito de privacidad de los personajes públicos se encuentra más restringido, esa restricción no implica que no deban ser respetados momentos, lugares y circunstancias que imponen respeto por la persona objeto de la noticia.

²¹ Fallos, 306: 1904.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, causa 231/88 BOE, 2/12/88, transcrita y comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; JAVIER SERRA CALLEJO y MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ. *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*. Madrid: Tecnos. 1990, N° 33, pp. 193 y ss.

De ambos fallos, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español es el que muestra más claramente la tensión existente entre la libertad de prensa en su máximo nivel de tutela —cuando se trata de informar sobre personajes públicos—, el principio «dignidad» y los derechos a la imagen y a la intimidad, cuando revoca lo decidido por el Tribunal Supremo —que había entendido que las imágenes de vídeo sobre las cuales se había centrado la discusión (las impactantes relativas al ingreso en la enfermería) no constituían sino el final del espectáculo taurino, reflejaban un aspecto consustancial del toreo, y, por ende, se hallaban comprendidas en la excepción prevista respecto de las imágenes de personas que ejercen una profesión de proyección pública, captadas durante un acto público—, y le ordena adecuar su criterio a lo establecido, en sentido opuesto, en la sentencia condenatoria de la demandada, dictada en baja instancia y luego confirmada por la Audiencia Territorial.

Allí establece, en definitiva, que si bien la embestida taurina y sus consecuencias formaban parte de un aspecto consustancial a una profesión de proyección pública, captadas además en un acto público —razón por la cual podían ser exhibidas—, la enfermería de la plaza de toros, por el contrario, y por la propia naturaleza de su función, no podía ser considerada un lugar abierto al público, y en consecuencia las imágenes tomadas por la empresa periodística demandada fueron indebidamente difundidas.²³ En este sentido, al evaluar la tensión que puede presentarse entre el interés individual y el interés público frente a la publicación de imágenes personales, la Corte argentina sostuvo, como ya fuera expresado, que el derecho a evitar la reproducción de la imagen solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho, lo cual no ocurre con una filmación con fines eminentemente comerciales, sin autorización de las personas interesadas.²⁴

En Francia es dable observar un muy interesante despliegue jurisprudencial, en especial en la segunda mitad del siglo xx, donde los fallos pueden distinguirse, según expresa Espinoza Espinoza, en dos grupos bien diferenciados, según si las personas retratadas tienen o no notoriedad pública. El primero comprende los casos de personajes del mundo del espectáculo, fotografiados con el uso del teleobjetivo, y cuya imagen es después publicada en un periódico, sin el consentimiento del

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, causa 231/88 BOE, 2/12/88, transcripta y comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Javier SERRA CALLEJO y Miguel Ángel SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ. *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*. Madrid: Tecnos. 1990, N° 33, pp. 193 y ss.

²⁴ Fallos, 311: 1171.

interesado. Se afirma aquí la imagen no puede ser publicada sin consentimiento, el que además no puede presumirse, aun cuando se esté frente a *vedettes* que por su trabajo se hayan expuesto previamente a la curiosidad y a la notoriedad pública. Lo mismo se resolvió en dos casos referentes a Brigitte Bardot, de quien se había publicado una foto en un periódico, tomada a escondidas en su casa de campo; y luego otra en la que aparecía con ropa ligera con su bebé entre los brazos.²⁵

En el segundo grupo el principio afirmado es que la publicación de una fotografía, aun tomada en lugar público, puede constituir un acto ilícito cuando, por ejemplo, ella sea después publicada con una explicación desfavorable, o cuando el retrato sea insertado en un contexto editorial de mal gusto. Así, por ejemplo, en el caso de los clientes en un bar de la calle de Seine, en París, conocido como el *affaire Eynard*: una foto de gran belleza artística, que exhibía a una pareja sentada a la mesa de un café, después de haber sido publicada una colección de fotos de autor, fue publicada con comentarios maliciosos en un opúsculo dedicado a la prostitución. En este último caso, los jueces concedieron, además del resarcimiento del daño, el secuestro de la publicación ofensiva. Merece comentar que es admitido el resarcimiento del daño a favor de una prostituta, cuya fotografía —captada en la calle, en el lugar en la cual la mujer desenvolvía los preliminares del propio trabajo— había sido publicada sin ningún consentimiento previo.²⁶

Sobre la confrontación entre el derecho a la protección de la imagen y la promoción de la libertad de expresión en Francia, comenta Scaramozzino que, como principio, toda persona, cualquiera que sea su notoriedad, tiene sobre su imagen y sobre la utilización o la difusión de esta, un derecho exclusivo que le permite oponerse a su reproducción sin su autorización deliberada y específica, pero que este derecho protector de la personalidad es difícilmente reconciliable con el desarrollo de la sociedad de información, en la cual la imagen sustituye al texto.

Sin embargo, el derecho a la imagen prosperó por la contribución sustancial y determinante de la familia Grimaldi, cuando la Princesa Carolina de Mónaco - Princesa de Hannover adquirió una victoria simbólica en 2004, y con ella provocó una importante evolución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condenó a Alemania por la publicación de una serie de fotografías «que afectaban al respeto de su vida privada».

²⁵ Trib. Gr. Inst. Seine, nov. 1965, J.C.P., 1966 II, 14521, Trib Gr. Inst. Seine 24 nov. 1965 e C. París, 23 févr. 1967, D., 1967, 450, cit. por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tercera edición. Lima: Huallaga, 2001, pp. 245-250.

²⁶ Trib. Gr. Inst. Seine, 18 marz 1966, D., 1966, 566, y Trib. Gr. Inst. París, 27 févr. 1974, D., 1974, 530. *Ibidem*.

Este Tribunal, al resolver, recordó, por un lado, la importancia fundamental que reviste la protección de la vida privada para la expansión de la personalidad de cada uno, protección que va más allá del círculo familiar íntimo y afirmó que cualquier persona, incluso conocida de la opinión pública, debe poder beneficiarse con una esperanza legítima de protección y respeto de su vida privada, y en consecuencia debe respetarse su imagen.

Por otra parte, evaluó que la *photoinformation* también está protegida por la libertad de expresión, que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar información o ideas. La libertad de información es una garantía fundamental de la expansión de las libertades de pensamientos, conciencia, religión y expresión. Cubre la libertad de la prensa y más generalmente la libertad de comunicación garantizada por el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, y el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y en cuanto a los eventuales roces entre los derechos en juego, expresó que el derecho a recibir y comunicar información, si bien es susceptible de contribuir a un debate de interés general para la sociedad, se limita al respeto de los derechos de los demás. Como lo destaca con pertinencia la Comisión de los Derechos Humanos, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas: «el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en particular por los medios de comunicación y por medio de las técnicas de la información y comunicaciones como Internet, y el pleno respeto de la libertad de buscar, recibir y extender información, pueden contribuir provechosamente a la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, pero resulta lamentable que algunos medios de comunicación propaguen imágenes falsas y estereotipos negativos sobre individuos o grupos de individuos vulnerables, y que algunas técnicas de la información y las comunicaciones como Internet estén utilizadas con fines contrarios al respeto de los valores de la humanidad» (Resolución 2004/42).

En consecuencia, y aun cuando el derecho a la información resulte esencial para toda sociedad democrática, debe sin embargo someterse al respeto de algunos límites necesarios. ¿En qué medida se puede considerar que el interés legítimo del público a informarse sobre un acontecimiento de actualidad o un acontecimiento sustancial para la sociedad debe prevalecer sobre el derecho a la imagen? El equilibrio entre estos derechos debe resultar de un arbitraje sabiamente proporcionado en el que los jueces operen en función de las circunstancias, de la notoriedad del representado y de la pertinencia de la información para el público (Scaramozzino s.a.).

Sobre esta diferencia de trato entre personas notorias y no notorias, explica Andrada (1998: 186, 449-450):

Doctrina y jurisprudencia se han encargado de destacar la integración bimembre del derecho a la imagen: derecho de publicar la propia imagen y de impedir a un tercero no autorizado a obtener, reproducir y publicar la misma. Sin embargo, los tribunales han señalado que tratándose de actividades públicas, la autorización de ella se halla tácita o sobreentendida [...]. Considero, en cambio, que la comprensión del derecho a la imagen de los gobernantes puede admitirse en razón de su necesidad para una amplia crítica política indispensable, en un contexto de tolerancia, para el funcionamiento de las instituciones democráticas [...]. La protección de las personas contra la realización y la publicación de su imagen puede, en ocasiones, ordenarse a tutelarlas contra la explotación de esta. Así, por ejemplo, la publicación de la imagen de una persona para la publicidad de un artículo puede perjudicar sus intereses materiales, impidiéndose explotar ella misma la realización y publicación de su imagen.

En definitiva, y recapitulando, se entiende por «derecho a la imagen», en términos generales, la facultad exclusiva de la persona de difundir o publicar su propia imagen, lo cual implica la prohibición a los terceros de difundirla sin el consentimiento de quien fue captado en ella (o de sus causahabientes), o de su utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Incluso, la protección jurídica de la imagen implica también el mandato de abstenerse de mortificar a la persona por medio de publicaciones que afecten su decoro de cualquier manera (por ejemplo, mediante noticias deformadas adrede para perjudicar, o la difusión pública de retratos o fotografías que la hayan captado, aun en público, por ejemplo, en una posición ridícula).

Empero, ese derecho personalísimo a evitar la reproducción no autorizada de la imagen personal no se agota allí, ya que ha reconocido extensiones, precisamente derivadas del derecho a la identidad, en virtud de las cuales se protege el nombre, la voz, e incluso a personas fallecidas. Por otra parte, también presenta restricciones, las cuales pueden venir impuestas: a) por la ley (por ejemplo, si se establece que las actuaciones judiciales son públicas, las imágenes captadas en el proceso no pueden ser limitadas en su uso por el sujeto); b) por la decisión de una autoridad fundada en ley; c) por un interés histórico, científico o cultural relevante; d) porque se trata de imágenes de personas que ocupan un cargo público o tienen una profesión de notoriedad o proyección pública; e) porque se trata de la caricatura de una persona pública; f) porque está inserta de modo meramente accesorio en la información gráfica de un suceso público; h) por haber prestado consentimiento, e i) por los

usos o prácticas sociales, atendiendo al ámbito que cada persona, por sus propios actos, mantenga reservado para sí misma o su familia.

2.2. El derecho a la imagen sobre bienes

Establecido que es factible predicar un derecho a la imagen personal y que aun bajo diferentes fundamentos —esto es, tanto como consecuencia estricta de la violación del derecho a la imagen como por la afección de otros derechos, como la identidad, la intimidad o el honor—, este otorga derechos específicos sobre esa imagen que le permiten a su titular protegerla frente a publicaciones perjudiciales, cabe preguntarse si es igualmente viable extender esa protección a las imágenes sobre bienes (constituyan o no cosas)²⁷ y en caso que la respuesta fuera afirmativa, determinar cuáles serían sus fundamentos y alcances.

En tren de despejar estas interrogantes, nos parece imprescindible afirmar primeramente que, aun 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 —por ejemplo, cuando la obtención o la publicación pueda, como en el caso de las imágenes personales, significar simultáneamente una afección a los derechos a la intimidad, al honor, a la identidad, a la seguridad, etcétera, 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,

²⁷ 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 —por ejemplo, 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 (artículo 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 imagen referida. Pero no es un fruto, ni natural, ni civil (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. *El derecho a la imagen de las cosas propias*. L.L. 2006–B, 689).

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 este.

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, por ejemplo, cuando la utilización de la imagen de un bien afecte los derechos a la propiedad, intimidad, honor, identidad, seguridad, etcétera, como se expresó *supra*.

Buscando 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 (2006: 689), 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 este.

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 este «todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera

de sí mismo, de su vida y de su libertad»),²⁸ para decir que toda persona goza de 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 in consentida 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 (2006: 689), 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.

²⁸ Como lo indica Bidart Campos (1997, t. II: 117, 118): «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 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».

Es que si, por aplicación de los artículos 2513,²⁹ 2516³⁰ y 2522³¹ 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 solo 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 restricción a la propiedad en una ley en sentido formal (artículos 2611 a 2660 del Código Civil argentino) (Leiva Fernández 2006: 689).³²

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, el Código Civil francés es fuente del argentino, más allá de la crítica que Vélez Sarsfield efectúa a la definición del artículo 544 en la nota al artículo 2506 de este—, explica Scaramozzino (s.a.) 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 artículo 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

²⁹ «Artículo 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».

³⁰ «Artículo 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».

³¹ «Artículo 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».

³² Con cita de BIBILONI, Juan A. *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*. Buenos Aires: Kraft. 1940, t. III, p. 105, nota al artículo 2446 del anteproyecto.

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.

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 (artículo 28 de la Constitución nacional), sin caer en abuso de derecho (artículo 1071 del Código Civil) y respetando tanto los derechos de terceros en particular (por ejemplo, artículo 1071 bis, del Código Civil) 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 oponérseles 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 (artículo 41 de la Constitución argentina)³³, o el de las comunidades indígenas, sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 75 inc. 17 de la Constitución argentina),³⁴ o los derechos de acceso a la información pública, a la seguridad pública, a la información, etcétera.

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

³³ «Artículo 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 [...]».

³⁴ «Artículo 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 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 [...]».

terceros, como ocurre con los inmuebles en general o con ciertos bienes muebles registrables (automóviles, embarcaciones, etcétera) 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, aun 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 aun siendo de propiedad privada, es declarado como monumento histórico o forma parte de un paisaje típico de una determinada región, etcétera.

Los casos son innumerables, y en cada uno habrá que ponderar los intereses en juego para intentar resolver el conflicto. Un buen muestrario de esos conflictos y de sus soluciones puede encontrarse en la jurisprudencia francesa, que exhibe una interesante evolución respecto del derecho a la imagen sobre los bienes, cuyas soluciones resultan en gran medida aplicables en el derecho argentino, por constituir el Código Civil francés, como se dijo, fuente del argentino. Los veremos a continuación.

2.2.1. El derecho a la imagen sobre bienes en la jurisprudencia francesa

Como fuera expresado *supra*, reciente jurisprudencia francesa exhibe un muy amplio espectro de causas en las que se resolvieron conflictos generados a partir de la utilización de imágenes de bienes, en sentencias recaídas específicamente en casos en los que se cuestionaba la reproducción de imágenes sobre inmuebles, muebles e incluso paisajes. La mayoría de ellas ha girado alrededor de los alcances del derecho de propiedad, aunque en algunas se ha considerado a la violación de otros derechos como fundamento para reconocer la existencia de derechos sobre las imágenes de bienes.

Respecto de estas últimas, apunta Leiva Fernández que la jurisprudencia brindó protección contra la reproducción de la imagen de la cosa ajena cuando ella afecta la vida privada de su propietario, en violación al artículo 9 del Código Civil francés. Cita en fundamento un fallo que tuvo como precedente a otro en el que se sostuvo que la publicación de la fotografía de la residencia secundaria de una persona solo puede ser sancionada en virtud del artículo 9 si se precisa de qué modo la publicación de la fotografía vulnera la vida privada de esta persona por la revelación de hechos que tienen aptitud de violentar la intimidad tutelada por la norma referida. Agrega el autor que, en aplicación de este criterio, puede imaginar la

vulneración a la norma referida a partir de la utilización de la foto de un automóvil individualizado por su patente estacionado en algún lugar que genere dudas sobre la fidelidad conyugal de su propietario, o como ocurre en Cuba, en Marina Hemingway, en La Habana, o en otra marina en Varadero, donde propietarios de yates de pabellón estadounidense toman amarras en violación a la legislación de su país que restringe los viajes a Cuba, supuestos en que, a través de la imagen reproducida de una cosa puede trascender algún aspecto de la vida privada de su propietario, quien tiene derecho a mantenerla en la intimidad.³⁵

También indica el autor que se ha brindado protección contra la reproducción de la imagen de la cosa ajena cuando tal publicación atenta contra algún otro derecho de la personalidad del propietario, como el derecho al honor o a la buena reputación. Cita un caso resuelto en la Villa de Metz, donde se hizo lugar a la acción interpuesta por el propietario de un inmueble que reclamó el cese de la utilización del grafismo de este inmueble en los documentos comerciales de una sociedad, ya que la publicación creaba una confusión sobre su titularidad, fallo donde se reconoció que la utilización comercial de la imagen de un bien es un atributo del derecho de propiedad. En similar sentido, en la jurisprudencia alemana se consideró que la reproducción de un grafismo sin consentimiento del propietario afectaba su honor por cuanto podría suponerse que tal publicación se hizo a partir de una remuneración.³⁶

Ya con relación a los casos donde la discusión jurídica se centraba en los alcances del derecho de propiedad, explica Scaramozzino que las primeras tendencias jurisprudenciales reconocieron fuertemente los derechos de los propietarios respecto

³⁵ C.A. Paris 17 janvier 1991, D.1992, cit. por Marie Cornú, *Droit des biens culturels et des archives* en <<http://www.educnet.education.fr/chrgt/bienculturels.pdf>>, y Civ. 2e, 29 juin 1988, Bull. Civ. II, N° 160, cit. en *Code Civil rédigée avec le concours de Gilles Goubeaux et Philippe Bihl*. Paris: Dalloz 1994–95, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006–B, 689. Una hipótesis similar ha ocurrido con las fotografías captadas por cinemómetros (radares) utilizados en la vía pública para controlar velocidades máximas permitidas a la circulación de automóviles, a partir de reiterados reclamos realizados por infractores, por entender estos que la captación del habitáculo del vehículo violentaba la intimidad de las personas que circulan en él por exponerlas a la curiosidad pública. Sin perjuicio de ser claro a nuestro entender que las infracciones son personales, más allá de la responsabilidad patrimonial del propietario del vehículo que circula en violación a las reglas de tránsito —hecho que justificaría plenamente esa identificación, al menos del conductor—, esas fotografías comenzaron a ser limitadas a la parte frontal inferior del vehículo, de manera de solo individualizar la patente y modelo del mismo.

³⁶ Metz, 26 nov. 1992, D. 1994. Somm. 161, obs. A. Robert, en *Code Civil*, Dalloz 1994/1995 nota al art. 544, y BGH 27 avril 1971, Ferienhaus auf Teneriffa, NJW 1971, p. 1359, cit. por CORNÚ, Marie. «Droit des biens culturels et des archives». En <<http://www.educnet.education.fr/chrgt/bienculturels.pdf>>, con cita de Rupert VOGEL. Ambos citados por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

de las imágenes tomadas sobre sus bienes, con fundamento en el derecho de propiedad establecido en el Código Civil francés,³⁷ pero que luego esa posición se fue morigerando.

Así, en la primera tendencia se inscribió la jurisprudencia de la Corte de Casación, que en una decisión de 1999, en el sonado caso del «Café Grondrée», —un inmueble clasificado como monumento histórico por ser el primer edificio liberado por los aliados en 1944, en el desembarco del «Día D»— reconoció al propietario un monopolio en la explotación de la imagen de su bien, salvo que realice una cesión voluntaria respecto de ella. En el caso, los propietarios del inmueble demandaron a la sociedad editorial que fotografió la fachada del inmueble y comercializó tarjetas postales con la imagen de este.

El caso fue resuelto en primera instancia de manera desfavorable a los actores, sosteniéndose que la toma de una fotografía sobre un inmueble sin autorización del propietario no constituye un atentado a las prerrogativas reconocidas a este, aunque esa reproducción se realice con fines comerciales, si la imagen es tomada desde el dominio público y se refiere a un inmueble expuesto a la vista pública. Apelado el fallo, la Sala Civil Primera de la Corte de Casación falló en favor de los propietarios del inmueble, sosteniendo que el dueño dispone de un derecho exclusivo que le permite explotar sus bienes del modo que le parezca y que la explotación de un bien bajo la forma de fotografías atenta contra el derecho al disfrute del propietario.³⁸ La Corte de Apelaciones de Rouen dictó nueva sentencia luego de la anulación de la Corte de Casación, manteniendo su criterio anterior, pero rechazando la demanda por falta de legitimación activa, tras constatar que los demandantes no eran los propietarios del Café Grondrée.³⁹

En síntesis, al reconocer la Corte de Casación a los propietarios un derecho a gozar de su bien de la manera más absoluta, como lo enuncia el artículo 544 del

³⁷ El artículo 544 del Código Civil francés expresa: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos» (Artículo 544.- «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*»).

³⁸ Cass. Civ. 1ère. 10 mars 1999, N° 96-18.699; D 1999, jur p. 319, donde se sostuvo: «le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit [...] l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire». Puede verse GRANGE, Patrick de la y Badia BRICK. *Las propiedades de la imagen de los bienes que componen el dominio público: una construcción original*. En www.alienof.org, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

³⁹ Cour d'Appel Rouen (1re ch.) 13/03/2001 – Gondrée c. Union professionnelle de la carte postale et syndicat national de l'édition; Légipresse N° 182 III, p. 95–Junio 2001, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

Código Civil, esta tendencia jurisprudencial los incitaba a demandar a los fotógrafos que reproducían la imagen de sus bienes, sin justificar la existencia de un perjuicio real. En síntesis, Para aplicar la jurisprudencia se requería: a) que se haga un uso comercial de la imagen; b) que no medie autorización del propietario; c) que la cosa sea la figura principal de la imagen reproducida, y d) que el propietario demuestre una dificultad cierta a su uso o disfrute.

La línea jurisprudencial adoptada en «Café Grondrée» ya había sido transitada con anterioridad en al menos dos ocasiones, una de ellas, cuando el Tribunal de *Grande Instance* de París, condenó en 1993 solidariamente al fotógrafo y al Comité de Turismo de Bretaña por la publicación de la imagen de una casa ubicada en Plougrescant sin autorización de su dueño, basándose en el carácter absoluto del derecho de propiedad definido en el artículo 544 del Código Civil francés, según el cual todo propietario tiene el derecho —salvo ejercicio abusivo— de prohibir la reproducción con fines comerciales de todos sus bienes muebles o inmuebles, advirtiendo que, en el caso, muchas personas habrían sido inducidas a identificar y visitar la casa fotografiada, ocasionando una incomodidad a su propietaria. Y en otra oportunidad, aun anterior, el Tribunal de *Grande Instance* de Bordeaux dispuso, en 1988, que violaba el derecho de propiedad la toma y reproducción in consentida de la imagen de una terraza sujeta al dominio privado, pues está ínsito en el derecho de propiedad la facultad de su titular de disfrutar y disponer de la cosa de la manera más absoluta.⁴⁰

La posición fue reiterada luego del precedente del Café Gondrée, en 2001, por el Tribunal de *Grande Instance* de París en el caso «S.A. du Louvre, S.A. des Hôtels Concorde et Tizane c. Glaj, Clean Video» y por el Tribunal de *Grande Instance* de Puy-en-Velay en la causa «Duburquoy c. Arcis et les Éditions de Borée»,⁴¹ y en esta misma línea, en 2002, el Tribunal de *Grande Instance* de París, en «M Dodu c. Y. Arthus Bertrand» sostuvo que la mera reproducción de la imagen de un edificio por parte de un tercero, salvo que se realice en un contexto artístico cultural o de información al público, daña a su propietario por afectar la posibilidad de

⁴⁰ «Qu'en vertu du caractère absolu du droit de propriété défini à l'article 544 du Code Civil, tout propriétaire a le droit, sauf abus, d'interdire la reproduction à des fins commerciales de tous ses biens, meubles ou immeubles» et que «[...] de très nombreuses personnes ont été incitées à identifier la maison photographiée et à la visiter (occasionnant à Madame X un trouble». <<http://www.droitweb.com/dw2/articles.jsp?pArticleID=25&pSectionID=11>>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁴¹ Tribunal de *Grande Instance* Paris (ord. réf.) 05/04/2001 – S.A. du Louvre, S.A. des Hôtels Concorde et Tizane c. Glaj, Clean Video, et a.; *Légipresse* N°182 – Juin 2001, y Tribunal de Grande Instance Puy-en-Velay 20/04/2001 – Duburquoy c. Arcis et les Éditions de Borée; *Légipresse* N°184 – Septembre 2001, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

obtener algún provecho económico de la imagen.⁴² Se desprende de la doctrina del tribunal que cuando el propietario resuelve explotar la imagen de su bien y está en condiciones de aportar la prueba de esta voluntad, la explotación por otros de esta imagen afecta a su derecho de disfrute y uso. Por primera vez, se consideró suficiente un daño potencial, lo que aumentó la litigiosidad sobre este tema y generó la resistencia de las Cámaras de Apelaciones francesas a la doctrina de *Café Gonder*.⁴³

En definitiva, como consecuencia de estos fallos, quedó claramente establecido que a la regla de aprovechamiento prácticamente absoluto del propietario solo escapan aquellas reproducciones que se realicen con fines puramente artísticos, culturales o de información al público, así como las de las cosas sin dueño y las del dominio público del Estado. De este modo, los propietarios (e incluso los arquitectos) pudieron oponerse a toda reproducción de la imagen de sus bienes, lo que en definitiva creó un monopolio del propietario sobre la explotación de la imagen de su bien, circunstancia que llevó a que, al decir popular, se privatizaran los paisajes y las rutas de Francia, y una alta litigiosidad que se tradujo en que muchos vencidos debieron pagar sumas millonarias por fotografiar un paisaje o un edificio.

La situación llegó a tal punto que, frente a la publicación de una fotografía en que mostraba un ángulo de la pirámide del Louvre en el semanario «Point», las autoridades del Museo enviaran al semanario un recordatorio con las normas sobre propiedad intelectual y un reclamo por tres mil francos por el uso de la imagen.⁴⁴ En este marco, no pocas personas jurídicas públicas, motivadas por el éxito jurídico y económico de los pronunciamientos referidos, pasaron a considerarse propietarias de sus imágenes y a demandar en consecuencia, basándose, por un lado, en una ley de 1966, relativa a las Comunidades Urbanas, que en su artículo 21 se refiere a la propiedad de los municipios y a la decisión, anterior pero de ese mismo

⁴² TGI Paris (17^{ème} ch), 18 février 2002 M Dodu c. Y. Arthus Bertrand. *Légipresse* N° 197, décembre 2002, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁴³ Mélynda Moulla (traductor). *Vie privée et droit à l'image des biens* en <<http://avocats-publishing.com/Vie-privee-et-droit-a-l-image-des#nb5>>, y GRANGE, Patrick de la y Badia BRICK. *Las propriétés de l'image des biens composant le domaine public: une construction originale*. En <www.alienor.org>, citados por LEIVA FERNÁNDEZ 2006..

⁴⁴ GRANGE, Patrick de la y Badia BRICK. *Las propriétés de l'image des biens composant le domaine public: une construction originale*. En <www.alienor.org>, y ROMANO, Julio. «Los modernos villanos de la prensa francesa». En <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras_libres/unesco/enlaces_unesco.php> (sitio de la UNLP) y en <http://www.gentesur.com.mx/articulos.php?id_sec=7&id_art=415&id_ejemplar=78>, citados por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

año, por la cual la Villa de Bordeaux había sido calificada como propietaria de la vista pública de la comuna;⁴⁵ y por el otro, en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que expresa que el derecho de propiedad no concierne solamente a la propiedad privada de los particulares, sino también al Estado y a las otras personas jurídicas públicas.

Ahora bien, estos principios no solo se aplicaron sobre inmuebles, sino que también se extendieron a las imágenes sobre ciertos muebles, como ocurrió en el caso resuelto en 1997 por la Corte de Apelaciones de Angers, que concluyó que la toma de fotografías de embarcaciones náuticas (en el caso una «péniche» o gabarra) que era utilizada como vivienda por su propietario, realizada sin su consentimiento y luego incorporadas en tarjetas postales, implica una clara violación de la propiedad privada, aunque aparezcan otros objetos en la imagen, mientras la embarcación constituya la imagen principal.⁴⁶ La Sala 1ª de la Corte de Casación, en 2000 consideró «no fundado» el recurso interpuesto contra la decisión que hizo lugar a la demanda del propietario de esa gabarra (Pigeon-Bormans s.a.).

El mismo criterio fue utilizado en el caso «Belem» (un famoso buque escuela que fue el último navío de tres mástiles de origen francés, botado en Nantes en 1896, y que se hizo famoso por comerciar en Sudamérica y las Antillas), donde el Tribunal de *Grande Instance* de París prohibió, en 1999, la comercialización de la imagen de la embarcación en una plaqueta publicitaria sin autorización de su propietario (Pigeon-Bormans s.a.).⁴⁷

Pero ese derecho de *usus et fructus*, reconocido de manera tan amplia y casi ilimitada, generó tal reacción y preocupación en la doctrina y en la jurisprudencia francesas, que llevó incluso a que, en 2003, se presentara un proyecto de reforma del artículo 544 del Código Civil galo, exceptuando de responsabilidad a quien utilice la imagen de un bien ajeno en ausencia de una dificultad causada a su propietario por tal utilización. En el mismo sentido, el Ministro de Economía y

⁴⁵ Ville de Bordeaux, 7 octobre 1966: JCP 1967, Ed. G, II, 15053, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁴⁶ Cour d'Appel d'Angers 25 novembre 1997, SARL Phot'Imprim c. R. Martin, Légipresse N° 171, mai 2000, p. 55. V. <<http://www.kga.fr/gabarits/owcontenu.php4?openecrits=176&openkga=&openrdv=&langue=>. Cour d'Appel d'Angers, 1ère ch. A), 24 novembre 1997, SARL Phot' imprim c. R. Martin. Légipresse N° 171, mai 2000, p. 55, note J.M. Bruguière, en criterio confirmado por la Cass. 1re. Civ. 25 janvier 2000 Bull. Civ. I N° 24 D.2000 IR p. 61, y reiterado, también respecto de una embarcación, por el Tribunal de Grande Instance de Nanterre (1re chambre A) 17/11/2003 – Jacques Essabag dit Arthur c. SNC Hachette Filipacchi Associés. Légipresse N° 210 – Avril 2004, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁴⁷ Cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

Finanzas francés, al responder a un Senador en un debate parlamentario, expresó que las colectividades territoriales y sus establecimientos públicos no pueden reclamar sistemáticamente una remuneración para la explotación comercial de la imagen de sus edificios, excepto que demuestren que la explotación y la reproducción de las imágenes les causan una dificultad directa y evidente, de manera que solo podrían oponerse si gestionan sus bienes, por ejemplo, en bancos de imágenes; de modo que la explotación de las imágenes de su patrimonio les autoriza a controlar la utilización que otros hagan de ellas.⁴⁸

Como consecuencia de la reacción generada a su jurisprudencia, la Corte de Casación relativizó la doctrina que había establecido en el caso «Café Gondrée», en tres pronunciamientos relevantes, que marcaron, tal como lo explica Leiva Fernández, una evolución jurisprudencial mejor sintonizada con el progreso de la sociedad de la información, que apunta a limitar el número creciente de denuncias basadas en la violación del derecho a la imagen, para favorecer la libertad de expresión y el derecho a la información.⁴⁹

El primero de los casos se originó cuando la sociedad propietaria del islote de Roch Arhon se opuso a la utilización de una fotografía que abarcaba el estuario de Trieux, y el islote —que aparecía como imagen central—, en una campaña publicitaria destinada a la promoción del turismo por parte del Comité Regional de Turismo de Bretaña. La Corte de Casación, al revisar la sentencia dictada en 1998 por la Sala 1ª Civil, Sec. A, de la Corte de Apelaciones de Rennes, rechazó la demanda porque no se estableció una dificultad cierta al derecho de uso o de disfrute del propietario causada por la explotación comercial de la fotografía.⁵⁰ Según De la Grange y Brick, a partir de ese fallo el derecho a la imagen dejó de ser una consecuencia del derecho de propiedad para pasar a ser una prerrogativa, y la Corte de Casación exigió, para prohibir su uso o condenar al demandado a resarcir los daños y perjuicios, que el demandante aportase prueba de que la

⁴⁸ GRANGE, Patrick de la y Badia BRICK. *Las propriétés de l'image des biens composant le domaine public: une construction originale*. En <www.alienor.org>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁴⁹ «SCP Hôtel de Girancourt vs. SCIR Normandie», Cass. fr. (ass. pl.), 7 mai 2004, N° pourvoi 02-10450. Ver también Rapport de Mme Collomp. Conseiller rapporteur en <www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-10450rap.htm>; ver el fallo en <www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-10450acc.htm> y el Aviso del Abogado General M. Sainte-Rose en <www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/02-10450avis.htm>. También ver <http://www.unilu.ch/dokumente/dokus_rf/Girancourt.pdf>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁰ Cour de Cassation (1re ch. civ.) 02/05/2001 – Comité régional de tourisme de Bretagne et P. Plisson c. Roch Arhon et Les Petites îles de France, Arrêt N° 720, Légipresse N° 183 – Juillet 2001. <http://lexinter.net/JPTXT/image_des_biens.htm>; ver Bull N° 114, JCP 2001, II, 10553, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

explotación no autorizada de la fotografía le ocasionaba una dificultad cierta a su derecho de uso y de disfrute. De esta manera, en la práctica, la exigencia de demostrar la dificultad cierta causada por la explotación no autorizada llevó a la necesidad de probar que el propietario mismo del bien lo hubiera estado explotando, reservándose exclusivamente su utilidad económica.⁵¹

El segundo caso, resuelto en 2003 por la Sala Civil 2ª de la Corte de Casación, fue planteado por la «Société Le Figaro». En él se estableció que no es suficiente que el tercero obtenga un provecho de la imagen de la cosa sin la autorización de su propietario, ya que es además necesario que dicha explotación le cause una dificultad en el ejercicio de sus prerrogativas, la cual puede consistir en un atentado a la integridad de la propiedad (por ejemplo si se altera la imagen de la cosa) o puede recaer en el derecho de disfrute sin que se atente contra el derecho de propiedad. En consecuencia, se consideró un error sostener que el derecho a la imagen sobre los bienes es un atributo del derecho de propiedad, pues si el propietario tiene un monopolio sobre la imagen del bien que le pertenece, deja de ser un derecho incorporal y pasa a ser considerado una prerrogativa.⁵² Esta doctrina, coincidente con la opinión de Cornú,⁵³ había sido anticipada en dos fallos, en la causa «de Leusse»,⁵⁴ y en el originado en la foto del Puy du Pariou,⁵⁵ situado en Auvergne, cuyos propietarios solicitaron ciento noventa mil francos por la publicación de un afiche publicitario con el cual el hipermercado Géant hizo propaganda comercial, utilizando la foto aérea de un volcán situado en la cadena de Dômes. Los propietarios invocaron la existencia de una dificultad en el disfrute porque la publicidad atraería una gran cantidad de turistas a sus propiedades. El Tribunal de *Grande Instance* de Clermont-Ferrand rechazó, en 2002, la demanda por entender que la imagen de un bien «expuesto a la vista de todos no puede causar a su propietario un desorden evidente». ⁵⁶ En la misma línea, la Corte de Apelaciones de París,

⁵¹ GRANGE, Patrick de la y Badia BRICK. *Las propriétés de l'image des biens composant le domaine public: une construction originale*. En <www.alienor.org>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵² Cour de Cassation (2e ch. civ.) 05/06/2003 – Société Le Figaro c. Nicolas Anouilh; Légipresse N° 206 – Novembre 2003, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵³ CORNÚ, Gerard. *Droit Civil. Introduction*. 2005 N° 1038 p. 448, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁴ Tribunal de Grande Instance Paris (17e ch. / presse) 31/05/2000 – de Leusse c. Les Nouveaux Loisirs (jugement définitif); Légipresse N° 181 – Mai 2001, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁵ Tribunal de *Grande Instance* Clermont-Ferrand (1re ch. civ.) 23/01/2002 – Union des associations et groupements de propriétaires de la chaîne des Dômes et autres c. Sté Casino et autres, Légipresse N° 191 III, p. 94– Mai 2002, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁶ Tribunal de *Grande Instance* Clermont-Ferrand (1re ch. civ.) 23/01/2002 – Union des associations et groupements de propriétaires de la chaîne des Dômes et autres c. Sté Casino et autres, Légipresse

en 2002, consideró que la inclusión de la fotografía de una casa, en una obra de 1144 páginas con 4500 fotografías, no podía implicar una dificultad cierta al uso o goce del propietario.⁵⁷

El tercero, resuelto en 2004, se generó cuando en 1997 la sociedad de promoción inmobiliaria SCIR Normandie emprendió la construcción de un conjunto de apartamentos denominado *Le Clois d'Herbouville* en Rouen, y confió a la *Société Publicis Qualigraphie* la confección de unos folletos publicitarios del emprendimiento comercial en los que se incluía una fotografía de la fachada del *Hôtel de Girancourt*, un inmueble clasificado como monumento histórico que era propiedad de una sociedad a la que no se le solicitó la autorización para publicar la fotografía. Esos prospectos proporcionaban información relativa a la implantación de la futura residencia y sus ventajas, e incluía la reproducción de la fachada del *Hôtel de Girancourt*, situado no lejos de la obra, con el fin de mostrar el medio ambiente favorable de futura residencia.

La sociedad propietaria del hotel demandó a SCIR Normandie por entender que la presentación publicitaria podía hacer suponer que su inmueble histórico era lo que estaba a la venta, y solicitó que cesase la distribución del folleto y se procediese a resarcir el perjuicio sufrido. En primera instancia, en 1999, se rechazó la demanda porque, se entendió que la sociedad propietaria del hotel no tenía un perjuicio propio, pues lo había dado en arrendamiento, y en la alzada, en 2001, la Corte de Rouen consideró que al no ser el derecho de propiedad absoluto ni ilimitado, no puede implicar un derecho exclusivo de su titular sobre la imagen del bien sujeto a su dominio, por lo que confirmó el rechazo de la demanda por considerar que no se invocaba ni se probaba perjuicio alguno, y que la reproducción fotográfica de la fachada del inmueble sin su autorización de sus propietarios no constituye perjuicio suficiente para dictar sentencia condenatoria a los demandados.

Finalmente, la Corte de Casación, en fallo plenario de 2004, limitó el reconocimiento del derecho a la imagen sobre los bienes y paisajes accesibles a la vista de todos, por considerar que el propietario de un bien no dispone de un derecho exclusivo sobre la imagen de este, aunque puede oponerse a su utilización por un tercero cuando pruebe que ello le causa un desorden anormal en el disfrute de su

N°191 III, p. 94– Mai 2002). Ver también CORNÚ, Marie. *Droit des biens culturels et des archives*. En <<http://www.educnet.education.fr/chrgt/biensculturels.pdf>>, y a SCHMITZ, Isabelle. *La Cour de Cassation française limite le droit à l'image des propriétaires sur leur bien*. En >http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=936>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁷ C.A. Paris–19 févr. D. 2002, Somm. p. 2511, ver Jean Michel Bruguière, note en D.3 juin 2004 p. 1545, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

bien. Al no encontrarse este hecho acreditado en el juicio, se entendió que la actora debía tolerar la dificultad normal provocada por la reproducción fotográfica de su bien. La Corte no estableció diferencias de tratamiento entre las distintas utilizaciones posibles de la imagen de un bien (uso publicitario o comercial y uso con objetivo artístico o informativo), por lo que parecen sujetos al mismo régimen. De todos modos, quedó suficientemente clara la limitación a los alcances del artículo 544 del Código Civil francés, de modo que, a partir de la consolidación de esta doctrina, se comenzó a exigir al propietario la acreditación de la existencia de un «desorden anormal», y se estableció que el derecho de todo propietario de un bien mueble o inmueble expuesto a la vista pública se limita a oponerse solamente a la explotación comercial de la imagen de este cuando ella provoca un desorden evidente a su derecho de uso y disfrute (Scaramozzino s.a.).

Este pronunciamiento fue precedido por el del caso «Soeurs», originado a partir de la publicación, por una editorial, de la fotografía de una casa del siglo XVIII, acompañada de precisiones históricas y arquitectónicas, en una colección titulada «El patrimonio de las comunas de Francia». La Sala Primera de la Corte de Casación desestimó la demanda instaurada por el propietario de la casa por no haber demostrado que la publicación le causaba una dificultad excepcional.⁵⁸

Ya con posterioridad al plenario *Hôtel de Girancourt*, hubo dos pronunciamientos análogos. Por un lado, el Tribunal de *Grande Instance* de París refirió a este criterio ante una demanda interpuesta por los propietarios de un castillo que cuestionaban una fotografía tomada de este que era exhibida en una página interior y en pequeño formato de una obra de carácter informativo que pretendía ilustrar sobre las tierras típicamente aptas para el cultivo de uvas utilizadas para un tipo de vino, pese a que ese castillo ya no se ligaba al viñedo y no estaba abierto al público. Por el otro, la Corte de Apelaciones de Bordeaux también utilizó este criterio frente a una demanda deducida contra una revista turística que reprodujo la fotografía de una propiedad vitivinícola en la cual se encontraban los vestigios de un convento. En ambos casos, se rechazó la demanda por no demostrarse la concurrencia de una dificultad excepcional en el goce del bien.⁵⁹

⁵⁸ Cour de Cassation (1re ch. civ.) 05/07/2002 – «Soeurs X c. Sté Flohic éditions»; Légipresse n° 225 – Octobre 2005, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

⁵⁹ Tribunal de Grande Instance Paris (17e ch. civ.) 12/01/2005 – *J. Vinot Prefontaine et autres c. Sté Éditions Flammarion*; Légipresse N° 221 – Mai 2005, y Cour d'Appel Bordeaux (1re ch. sect. B) 30/05/2005 – «GFA Les Grandes Murailles, S.A. Les Grandes Murailles c. SARL Avantgreen– Balades Gourmandes et autres», cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

La jurisprudencia también tuvo oportunidad de evaluar situaciones donde la reproducción de imágenes se realizó con fines informativos, realizadas al abrigo de la libertad de expresión, en el caso generado a partir de la reproducción sin autorización, y con fines pedagógicos, del dibujo del Château de Villeneuve-Loubet (una construcción defensiva del siglo XII, ubicada en la Costa Azul y perteneciente a la familia Panisse-Passis), en una colección de diez cuadernos que constituían una guía turística, realizada por la firma Nouveaux Loisirs, filial de Gallimard, en 1996, por cuenta de la sociedad Elf Antar Francia. En esa colección, que era ofrecida en estaciones de servicio en el marco de una campaña publicitaria consagrada al descubrimiento del patrimonio francés, uno de los cuadernillos, titulado «Al abrigo del castillo, fuerte y fortaleza», contaba la historia del castillo y fortificación construido en Francia desde el siglo II. Sobre la primera página interior de este cuaderno figuraba un dibujo que representaba el castillo de Villeneuve-Loubet, realizado a partir de una fotografía aérea que figuraba en la portada de una obra previa, libremente accesible al público, titulada «Castillos, pueblos y obras de protección de los Alpes Marítimos». La arquitectura exterior del castillo, «encaramado sobre una eminencia que domina la Bahía de los Ángeles» era accesible a la vista del público. El Tribunal de *Grande Instance* de París, que resolvió el caso en 1998, consideró que un dibujo que sirve solamente para ilustrar el tema de una obra consagrada al descubrimiento del patrimonio francés, ofrecida en estaciones de servicio, al representar un castillo muy típico, clasificado además como monumento histórico, no constituye una explotación comercial de este monumento, y responde a una preocupación pedagógica de información vinculada al principio de la libertad de expresión, que por otra parte, no afecta a los derechos del propietario del edificio (Scaramozzino s.a.). En síntesis, se consideró que el público tenía derecho a ser informado sobre la riqueza del patrimonio nacional y por ello se desestimó la demanda. La decisión fue confirmada, en 2000, por la Sala 4ª de la Corte de Apelaciones de París, que reiteró que la publicación no se había hecho con fines puramente comerciales sino que respondía a un criterio pedagógico de información relativo al principio constitucional de libertad de expresión.⁶⁰

Por aplicación del mismo principio, pero ya cuando se encuentran involucradas personas jurídicas de derecho público como propietarios y está en juego su derecho sobre los bienes del ámbito público, la jurisprudencia francesa determinó

⁶⁰ Cour d'Appel Paris (4e ch. B) 31/05/2000 – de Panisse Passis c. SCI L'Aspre Redon, SCI La Van-de, SCI Le Jas de Madame, Association Amival, SA Nouveaux Loisirs, *Légipresse* N° 173 – Juillet 2000; ver <<http://www.kga.fr/gabarits/owcontenu.php4?openecrits=176&openkga=&openrdv=&langue=>>>, cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

que también aquellas tienen un derecho de disfrute sobre la imagen de ellos, pero las colectividades territoriales y sus establecimientos públicos no pueden reclamar sistemáticamente una remuneración por la explotación comercial de la imagen de sus edificios, salvo que con esa explotación y reproducción sufran un perjuicio directo y evidente (Scaramozzino s.a.).

La jurisprudencia también estableció que la utilización de imágenes de edificios vecinos, realizada de manera secundaria, al solo fin de mostrar el entorno de un emprendimiento edilicio, aun cuando la presentación tenga fines comerciales, no vulnera los derechos de los propietarios de aquellos. Así se resolvió en un caso originado cuando un corredor inmobiliario reprodujo sobre una placa publicitaria destinada a la promoción de su proyecto, no solo el dibujo de la fachada del edificio proyectado, sino la de edificios vecinos existentes, sin consentimiento de sus propietarios, a fin de mostrar tanto la arquitectura futura del edificio a construir como el conjunto urbano en el que se insertaría, con vista de la vía pública y del medio ambiente inmediato. Cuestionado por los propietarios de dos edificios vecinos, el Tribunal consideró que la placa no afectaba sus derechos ya que, si bien generalmente el derecho de propiedad autoriza a obstaculizar la utilización de la imagen por parte de terceros con fines comerciales, en la especie la fachada de los edificios vecinos constituía solamente un accesorio de la representación del edificio proyectado, y debido a la configuración del dibujo, ninguna confusión era posible (Scaramozzino s.a.).

El variopinto de fallos dictados en la jurisprudencia gala también aportó soluciones a casos en los cuales la tensión se daba entre los derechos esgrimidos por los dueños de los bienes (y por consecuencia, los titulares del derecho a la imagen sobre ellos) y los derechos de propiedad intelectual de quienes participaron en la creación de aquellos. En tales decisivos se dio, en definitiva, respuesta a la clásica pregunta acerca de si el titular del bien tiene o no un monopolio absoluto de la explotación que le permite fotografiarlo y aprovecharse económicamente de él, en los casos en que no se está esgrimiendo el derecho de reproducción de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual, de propiedad industrial, o de marcas, diseños y modelos, que tienen un régimen diferencial.

En uno de esos casos, resuelto en 2000, la Corte de Apelaciones de París denegó a una asociación, diseñadora del proyecto de un barco, la posibilidad de pedir un resarcimiento por la violación del derecho a su imagen, en razón de no ser su propietario, negándole además el derecho a reclamar con éxito el lucro cesante

equivalente al precio que habría podido obtener por la utilización de tal imagen con fines publicitarios.⁶¹

En otro de los casos se discutió si el fabricante de una construcción realizada en el interior de una propiedad, podía utilizar la imagen de esta con el objetivo de promocionar su producto. La cuestión se suscitó cuando el constructor de una piscina cubierta realizada en una vivienda particular reprodujo la fotografía de dicha instalación con fines publicitarios en un diario gratuito («La oferta inmobiliaria de Meurthe-et-Moselle»), y los compradores de aquella lo demandaron. El Tribunal administrativo de Nancy consideró que esta utilización de la imagen de un bien privado con fines comerciales afectaba al derecho de disfrute de los propietarios del bien, por implicar para estos un perjuicio evidente (Scaramozzino s.a.).

Otra interesante disputa se generó a partir de la publicación de una serie de tarjetas postales donde se reproducía la imagen de los Mantillos de Lyon, los que habían sido objeto de una serie de intervenciones, realizadas por Daniel Buren y Christian Drevet, quienes cuestionaron la publicación. El Tribunal de *Grande Instance* de Lyon consideró que si los derechos de autor se extienden indiscutiblemente a la reproducción de una obra incorporada al espacio público, como el lugar de los Mantillos, y la intrincación entre el patrimonio histórico y las adaptaciones modernas realizadas por Buren y Drevet para el espacio público, impiden distinguir los dos elementos y especialmente reproducir los edificios históricos sin mostrar al mismo tiempo parte de las adaptaciones modernas, no cabe reclamo por parte de los profesionales que proyectaron esas intervenciones, pues las tarjetas postales no reproducían aisladamente la obra de los dos artistas (ellas solo se fotografiaban como accesorio del tema principal). En definitiva, el fallo sostuvo que cuando se incorpora al espacio público un edificio protegido por los derechos de autor, el criterio de accesoriidad podrá eventualmente volver ineficaz la acción del artista interesado, independientemente de los derechos del propietario de dicho edificio (Scaramozzino s.a.).

Por último, refiriéndose concretamente a los recaudos relativos a la cesión de los derechos sobre las imágenes de los bienes, se evaluó la situación generada como consecuencia del conflicto generado entre los herederos del escultor Brancusi y el Estado francés, a quien aquél le había legado las obras almacenadas en su taller al día de su muerte. El Tribunal de Casación juzgó que el derecho de reproducción

⁶¹ Cour d'Appel Paris (25e ch., sect. B) 22/12/2000 – Sté Gamma Presse Images c. Association Vecteur Vitesse, *Légipresse* N° 180 – Avril 2001), cit. por LEIVA FERNÁNDEZ 2006.

de las obras no integraba el legado realizado por el autor al Museo Nacional de Arte Moderno, considerando que este derecho patrimonial tiene un fundamento y un objeto diferentes de los de la propiedad misma de la cosa y le pertenece exclusivamente a los herederos universales (Scaramozzino s.a.).

Las respuestas jurisprudenciales citadas, conjuntamente con otras relevantes, llevaron, en síntesis, a que las soluciones relacionadas con los derechos de autor no protegidos por leyes especiales, puedan sintetizarse en las siguientes pautas: a) en el caso de obras de arte, de exposiciones sobre la vía pública o de objetos publicitarios, es necesario obtener la autorización del titular de la propiedad intelectual sobre este bien mueble o edificio, si no está incluido aun en el ámbito público, por lo que el autor o el arquitecto dispone de un monopolio absoluto sobre su explotación; b) cualquier reproducción no autorizada de la obra en el ámbito público constituye una falsificación según lo dispuesto en el artículo L 335-3 del Código de la Propiedad Intelectual; c) las personas jurídicas de derecho público, en cuanto son cesionarios de los derechos de autor sobre la obra que pertenece a su ámbito público o privado, gozan exactamente de los mismos derechos que todo cesionario privado, y pueden plantear una acción en falsificación contra toda persona física o jurídica que se intente reproducir la obra en cuestión, y d) dado que la protección legal de los atributos patrimoniales de los derechos intelectuales se limita a 70 años después de la muerte del autor (artículo L 123-1 del Código de la propiedad intelectual), a la expiración de este plazo, las obras quedan incluidas en el ámbito público y se vuelven pues de libre de acceso y libre de derechos de autor, con lo cual son reproducibles, pero el propietario del bien puede hacer valer el derecho a la imagen sobre el bien para oponerse a la reproducción. El derecho moral, por su parte, sigue siendo imprescriptible (Scaramozzino s.a.).

De otro lado, reproducir una fotografía de una obra protegida requiere respetar los derechos de autor del creador de la obra representada en aquella, los derechos del propietario de la obra, que es el titular del derecho a la imagen sobre esta, y los derechos de autor del fotógrafo que realizó el tópic, lo que implica recabar todas estas autorizaciones. Si el tema de la fotografía constituye una marca o un logotipo sobre el cual se hizo el pertinente depósito para constituir la marca de un producto o de un servicio, el difusor debe obtener la autorización del titular de la marca. El registro de una marca produce sus efectos a partir de la fecha de la solicitud, por un período de diez años, renovable. Asimismo, la reproducción de la imagen de un objeto depositado como diseño y modelo al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial requiere la autorización del depositante. La duración de protección que beneficia el creador de un objeto industrial es de veinticinco años

a partir de la fecha de su depósito (artículo L 511-3 del Código de la Propiedad Intelectual) (Scaramozzino s.a.).

2.2.2. Aplicación de los principios emanados de la jurisprudencia francesa en el derecho argentino

Como fuera expresado *supra*, la jurisprudencia francesa, basada en el artículo 544 del Código Civil galo, es aplicable a nuestro derecho, puesto que esa regla es fuente de nuestro propio Código, más allá de la crítica que, como explicamos, Vélez Sarsfield efectúa a la definición del artículo 544 en la nota a nuestro artículo 2506.

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, estas 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, solo 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 aun 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 ubicación de la cosa de dominio privado en un ámbito privado, sea o no el de su propietario (por ejemplo automóvil guardado en una cochera ajena), hace presumir *iuris tantum* que la reproducción de su imagen, tenga o no finalidad económica (una venganza personal, por ejemplo, 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, solo 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 solo cuando esa difusión le ocasiona una dificultad de orden económico, o de disfrute (en el derecho argentino el uso social solo 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 artículo 2511 del Código Civil y los artículos 14, 15 y 17 de la Constitución nacional).
- 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 esta (Leiva Fernández 2006).

3. Conclusiones

De todo lo expuesto, nos parece importante destacar, a modo de breve balance conclusivo, que si bien hay varias versiones del derecho a la imagen, solo 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, 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.

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 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.

En este sentido, resulta de suma utilidad la jurisprudencia francesa, no solo por su alto grado de desarrollo específico respecto de las imágenes sobre los bienes, sino por ser su ordenamiento civil fuente directa del nuestro, especialmente en materia de dominio.

En síntesis, nos encontramos frente a un derecho 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.

Bibliografía

- ANDRADA, Alejandro Dalmacio
1998 Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución. Rosario: Editorial Juris.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana
1997 *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Civitas.
- BASTERRA, Marcela
2001 «Los derechos tutelados por el hábeas data: doctrina y jurisprudencia». En Osvaldo Alfredo Gozaini (compilador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data*. Buenos Aires: Ediar.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Javier SERRA CALLEJO y Miguel Ángel SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ
1990 *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*. Madrid: Tecnos, N° 33.
- BIDART CAMPOS, Germán J.
1997 *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- CARRANZA TORRES, Luis R.
s.a. «¿Qué es el derecho a la imagen?». En <http://www.habeasdata.org/Carranza_Torres_Derecho_a_la_Imagen.<>.
2001 *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2001 *Derecho de las personas*. Tercera edición. Lima: Huallaga.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
1990 «El derecho a la identidad personal». Revista jurídica *La Ley*. Buenos Aires.
- GILS CARBÓ, Alejandra Magdalena
2000 *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*. Buenos Aires: La Ley.
- GOROSITO PÉREZ, Alejandro G.
s.a. «Inserción del derecho sobre la propia imagen en el sistema jurídico argentino». En <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona37/37Gorosito.htm<>>.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.
2006 «El derecho a la imagen de las cosas propias». Revista jurídica *La Ley*. Buenos Aires.
- O'CALLAGHAN, Xavier
1994 «Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen». *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

PIGEON-BORMANS, Anne

s.a. «L'Image et le droit». En <<http://pigeon-bormans.com/l-image-et-le-droit.html>; http://lexinter.net/JPTXT4/avis_de_l'avocat_general3.htm>.

PIZARRO, Ramón Daniel

1999 *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*. Segunda edición, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi.

PUCCINELLI, Oscar Raúl

1995 *Derechos Humanos y Sida*. Buenos Aires: Depalma.

2004 *Protección de datos de carácter personal*. Buenos Aires: Astrea.

SAGÜÉS, Néstor P.

1993 *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

SCARAMOZZINO, Yannick-Eléonore

s.a. *Droit à et sur l'image: Société de l'information et Diversité culturelle*. En <<http://www.scaraye.com/article.php?rub=27&sr=36&a=265>>.