

**AFECTACION DEL DERECHO A LA IMAGEN A TRAVES DE INTERNET Y LA
UTILIZACION DE LA TIC's.-**

Alumno: Melisa Cuomo.-

Carrera: Abogacía. UNLP.-

Materia: Seminario de Derecho Informático.-

Cursada: 1º cuatrimestre, año 2.010.-

INDICE

Introducción	2
I.- Derecho a la imagen, concepto. Su relación con las TIC's	2
I. I.- Vinculación con otros derechos personalísimos	3
I. II.- Somera mención de los medios tecnológicos que pueden utilizarse para afectar el derecho a la imagen	3
II.- Normas de protección al derecho a la imagen dentro del ordenamiento jurídico argentino	4
III.- Consideraciones sobre el ejercicio del derecho a la imagen	6
III. I.- Explotación comercial	6
III. II.- Casos de conflicto de intereses	7
IV.- Cuantificación económica de la imagen	8
IV. I.- El daño moral. Su valoración	8
IV. II.- El resarcimiento en casos especiales	9
V.- Responsabilidad. Legitimados pasivos	10
VI.- Conclusiones	13
Bibliografía	15

Introducción al tema.-

Durante el Seminario de Derecho Informático dictado por la UNLP en el marco de la carrera de Abogacía se nos planteó a los alumnos el desafío de realizar un trabajo de investigación sobre alguno de los temas dictados en el curso del mismo. Al momento de la elección del tema decidí centrarme en una situación de la vida cotidiana como resulta el hecho de ser fotografiados o filmados en un video; todos tenemos la tradición de tomar fotografías o videos para conservar recuerdos de momentos con familia, amigos, viajes o cualquier otro acontecimiento que nos resulte trascendente y al mismo tiempo damos nuestro consentimiento para que nuestra imagen sea captada tanto en esos momentos íntimos propios como en ciertos acontecimientos de esas características pero ajenos. La mayoría de las veces no surge consecuencia disvaliosa alguna a raíz de esas situaciones pero ¿en algún momento nos pusimos a pensar que pasaría si esas imágenes, cayeran en manos de terceros, o fuesen utilizadas con otros fines distintos a los que nosotros les dimos originalmente o, en el peor de los casos, fuesen manipuladas por personas malintencionadas y de ello resultara un daño? Y no pensemos sólo en un daño de carácter patrimonial sino también en uno que lesione nuestro honor, moral o vida privada. Esta inquietud es el motor que da origen a la presente investigación.

A lo largo de éste trabajo trataré de sintetizar los resultados de la investigación realizada en relación a la afectación del derecho a la imagen a través de su captación y difusión, consentida o no, mediante un medio de comunicación tan masivo y veloz, que no entiende de fronteras territoriales, como es Internet. Buscaré plantear algunos interrogantes a cerca de la responsabilidad de cada uno de los actores que intervienen en el proceso de afectación al derecho a la imagen mediante el uso de Internet como medio de difusión a nivel mundial y la ayuda de las nuevas tecnologías aplicadas a estos fines, que terminan por generar daños de diversa índole.

Finalmente, propondré distintas soluciones e interrogantes en la búsqueda del camino más adecuado para lograr una protección jurídica eficaz para éste derecho personalísimo y para el caso que el daño ya se hubiese producido, tratar de encontrar en nuestro ordenamiento positivo las normas que procuren una sanción y compensación acordes al perjuicio causado.-

1) Derecho a la imagen, concepto. Su relación con las TICs.-

Siguiendo la definición de Julio César Rivera, el derecho a la imagen es aquel “*derecho personalísimo cuyo regular ejercicio permite al titular oponerse a que por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique –sin su consentimiento o el de la ley- su propia imagen*”¹.

A partir de la década del 90` comenzó a generarse un fenómeno del alcance mundial, a raíz de la apertura a toda la comunidad para el acceso a una herramienta tecnológica que revolucionó la forma de comunicarse y conducir información entre las personas: Internet²; con la aparición de este nuevo medio de comunicación comenzó a circular todo tipo de contenido a través de la red. En el caso que nos ocupa, la propagación de la imagen de una persona a través del medio masivo de comunicación más importante del momento a nivel mundial como es Internet, permite que cualquier persona en el mundo tenga acceso a esa imagen de manera sencilla e increíblemente veloz y se plantea el problema que en muchas ocasiones la difusión de esa imagen no fue consentida por el titular de la misma y ese simple hecho de por sí puede dar lugar a la existencia de un daño.

Con el correr de los años la tecnología ha progresado a pasos agigantados y ha facilitado la forma en que se puede captar y hacer circular una imagen y como aspecto negativo de ello encontramos un incremento de la potenciación

¹ Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo II, pág. 117.

² Concepto e historia en Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos Jurídicos de Internet”.

de los medios a través los cuales puede causarse daño a un individuo, no sólo en su imagen, sino también en su honor o intimidad.

1.1) Vinculación con otros derechos personalísimos.-

Los derechos personalísimos son *“prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ellos implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad”*³.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico hallamos normas que protegen a estos derechos, como son el art. 1071 bis del Código Civil que tutela el derecho a la intimidad y los arts. 31 a 34 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual que ampara el derecho a la imagen, por citar algunos ejemplos.

La utilización de las nuevas tecnologías⁴ ha favorecido la afectación de éste tipo de derechos, tal es el caso de la vulneración de la imagen de una persona mediante la difusión de ella en situaciones íntimas, lo que produciría la lesión simultánea del derecho a la imagen conjuntamente con el derecho a la intimidad, que es *“aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o de terceros y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas”*⁵. En este sentido siguiendo el criterio de la doctrina autonomista, cabe aclarar que no necesariamente dicha lesión va unida en todos los casos dado que la protección otorgada a la imagen no requiere la concurrencia de hechos dañosos de otros derechos personalísimos⁶; y que la referida vulneración puede afectar tanto a personas comunes (sin notoriedad pública) como a personas famosas como modelos, actores, funcionarios públicos o deportistas, pero en estos últimos casos se plantea además la protección a la explotación comercial que estos sujetos realizan de su imagen, tema que trataré más adelante.

1.2) Somera mención de los medios tecnológicos que pueden utilizarse para afectar el derecho a la imagen.-

En el contexto tecnológico en el que nos encontramos hoy en día resulta sumamente sencillo que una imagen captada en una situación personal se convierta en pocos minutos en una información de acceso público siendo difundida a un incalculable número de personas en cualquier parte del mundo. A continuación haré una breve mención de algunos de los elementos tecnológicos que facilitan la captación, reproducción y circulación de la imagen personal a través de Internet y de aquellos que dentro de la red facilitan su difusión:

- a) *Cámaras fotográficas digitales*: para la captación de imágenes se basan en el mismo principio de exposición a la claridad que la fotografía tradicional, pero la diferencia es que, en lugar de un celuloide, cuenta con un sensor electrónico que dispone de múltiples unidades fotosensibles y desde allí se archivan en otro elemento electrónico que constituye la memoria. La mayor ventaja de la fotografía digital es su rapidez y las imágenes pueden ser manipuladas instantáneamente desde una computadora. Además algunas cámaras son capaces de grabar escenas de video.⁷

³ Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo II, pág. 7.

⁴ “...Principio de que toda tecnología o medio tecnológico en sí son neutros en cuanto a su valoración moral y en todo caso serán malos o buenos según se los emplee”. Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos Jurídicos de Internet”, pag. 46.

⁵ Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo II, pág. 87.

⁶ Cifuentes Santos, “Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual”, LL, 1998-B, pag. 702/708.

⁷ Información recabada de suplemento del Diario Clarín, “Mundo Tecno”, segunda entrega, año 2006.

- b) *Teléfonos celulares con cámara digital integrada*: además de las funciones tradicionales del teléfono móvil, estos nuevos dispositivos cuentan con una cámara digital incorporada que permite captar fotografías o videos de manera rápida y sencilla, teniendo una enorme facilidad de acceso tanto en lugares públicos como privados, al mismo tiempo que cuentan con conexiones a Internet a través de la misma red celular o mediante el sistema inalámbrico Wi Fi. En varios países se han dictado normas que restringen el uso de estos dispositivos en determinados lugares o incluso se ha llegado a prohibir directamente su utilización.⁸
- c) *Webcam*: es una cámara digital que, mediante la conexión a una computadora, permite capturar imágenes, en tiempo real o con una diferencia de pocos segundos, y transmitir las a través de Internet; este tipo de dispositivos es muy utilizado en programas de mensajería instantánea como Windows Live Messenger, Yahoo Messenger, o Skype etc.⁹
- d) *Fotologs, mails y redes sociales*: estas son algunas de las herramientas que brinda la propia red, Internet, para difundir de forma masiva y ágil información relativa a imágenes que circulan en ella. Pensemos en lo que ocurre con los fotologs: estos son sitios nutridos de fotografías subidas por los propios usuarios donde además pueden ser comentadas por terceros; algo similar ocurre con las llamadas redes sociales, donde los usuarios comparten e intercambian, entre otras cosas, imágenes para que sean vistas por otras personas que, en algunos casos son amigos y en otros están al alcance del resto de los usuarios de manera pública. Lo que sucede muchas veces es que los usuarios no toman real dimensión de que las imágenes publicadas por ellos no cuentan con el consentimiento de las personas que aparecen junto a ellos o que contienen datos de carácter personal como son sus nombres, y están así vulnerando el derecho a la imagen de los mismos. Finalmente, resta mencionar a los e-mails¹⁰ (correos electrónicos) como otra forma de notificar a un número indeterminado de personas, dependiendo de la cantidad de contactos que tenga en su libreta de direcciones quien lo envía, respecto de imágenes que se encuentran disponibles en algún sitio de la Web para que los destinatarios de ese correo puedan acceder a las mismas.

2) Normas de protección al derecho a la imagen dentro del ordenamiento jurídico argentino.-

Comenzaré este punto mencionando que el derecho a la imagen puede encontrarse protegido en una doble faceta, por un lado considerando la mera protección a la imagen resaltando su carácter personalísimo y por otro refiriéndose a la protección en el contexto de su utilización comercial poniendo el acento en su aspecto patrimonial. Nuestro sistema constitucional no hace referencia expresa al derecho a la imagen pero puede considerarse alcanzado por el art. 33 de la Carta Magna y complementado en su aspecto patrimonial por el art. 17 de ella. No obstante, dentro del derecho argentino encontramos determinadas normas que protegen específicamente el derecho a la imagen, tanto desde su carácter de bien inherente de la personalidad como desde el punto de vista de su explotación económica. A continuación me referiré a ellas haciendo un análisis de las mismas para intentar establecer cual es el marco jurídico en el que debemos desenvolvernos ante una hipotética situación de conflicto.

⁸ Información recabada de suplemento del Diario Clarín, "Mundo Tecno", tercera entrega, año 2006 y Rico Carrillo Mariliana, "Derecho de las nuevas tecnologías".

⁹ <http://es.wikipedia.org>

¹⁰ Correo electrónico: Correo electrónico, o en inglés *e-mail (electronic mail)*, es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes rápidamente mediante sistemas de comunicación electrónicos. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos digitales. Su eficiencia, conveniencia y bajo coste (con frecuencia nulo) están logrando que el correo electrónico desplace al correo ordinario para muchos usos habituales. <http://es.wikipedia.org>.

El art. 31 de la ley 11.723, establece cuáles son los requisitos para que resulte legítima la captura y posterior difusión de la imagen de una persona; a tales fines determina que no podrá ser puesto en el comercio el retrato fotográfico de una persona sin el consentimiento de esta y dispone claramente que dicho consentimiento debe ser dado en forma expresa, con lo cual se deduce que no bastará para la evitación del daño que el consentimiento sea dado de manera presunta o tácita. Para evitar posibles conflictos es recomendable señalar de antemano en los contratos de explotación de la imagen con fines publicitarios cuál es el objeto de la publicación, el medio por el cual se realizará, el periodo durante el cual será difundida y la posible sanción para el supuesto de la utilización de la imagen de forma distinta a la pactada, dejando claro que el consentimiento siempre debe ser interpretado de manera restrictiva.

Siguiendo con este requisito la norma también refiere que podrá ser revocado en cualquier momento generando el correspondiente resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados que deriven de esa revocación. Cabe preguntarse si la indemnización es una consecuencia o una condición de la revocación. Comparto la opinión de la doctrina que considera que es una simple consecuencia del ejercicio de la facultad de revocación, cuyo fin es compensar a la otra parte por los daños que deriven del citado ejercicio.

Asimismo, menciona que para el caso de fallecimiento del titular del derecho a la imagen, se requerirá el consentimiento de sus sucesores limitando el grado de parentesco al cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre y que en caso de ausencia o habiendo fallecido éstos el derecho de disponibilidad o explotación exclusiva se extingue y la publicación será libre. Vale resaltar como lo hace Hugo A. Vaninetti que “la fotografía del cuerpo sin vida de una persona puede resultar idónea para lesionar el derecho a la imagen de la misma al difundirse sin consentimiento... y también el respeto genérico que es debido a la memoria de la persona fallecida.”¹¹

El art. 34 de ley fija los plazos de duración del derecho de propiedad de las obras fotográficas en 20 años desde la primera publicación y en 30 años para las obras cinematográficas; dispone también que tanto la fotografía como la película deberán contener la fecha y lugar de la publicación y el nombre del autor de las mismas.

No obstante la ley también señala ciertas causas de justificación para publicar libremente una imagen. Menciona en primer lugar que la misma será libre cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales; esto debe interpretarse de forma objetiva tomando los recaudos necesarios preservar la identidad de la persona que aparezca en las imágenes y valorando que la publicación cumpla con la finalidad acordada al utilizar la imagen y no con otra. En segundo término señala que también será libre la publicación cuando medien hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público; en este caso debe surgir de las imágenes, que las mismas reflejan un interés de la comunidad y no la mera curiosidad de ella, la imagen de las personas que fuesen partícipes de este tipo de sucesos debe resultar secundaria dentro del contexto ya que ella es sólo un elemento del objetivo principal que se traduce en difundir un hecho o acontecimiento público. Aun en estos casos donde la utilización libre de la imagen se encuentra autorizada por la ley en atención a los fines, no debemos perder de vista que siempre subsiste la obligación de tomar los recaudos necesarios para que su empleo no resulte perjudicial, no sólo tomando en cuenta este derecho sino también otros derechos como el honor, la intimidad, etc.

De lo expuesto precedentemente resulta que la captura, reproducción y/o difusión de la imagen de una persona fuera de los supuestos contemplados por la ley dará lugar a las correspondientes acciones judiciales por parte del

¹¹ Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos jurídicos de Internet”, pág. 176.

titular del derecho violentado para reclamar las sanciones pertinentes en concordancia con lo dispuesto por los arts. 71, 72, 80, 81, ss y cc de la ley 11.723.

Resta mencionar una norma que si bien sanciona el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, protegiendo de esta forma el derecho a la intimidad, se relaciona con el tema tratado en éste trabajo, ya que señala entre los supuestos de intromisión la posibilidad de vulnerar este derecho a través de la publicación de retratos, estableciendo la obligación de hacer cesar ese tipo de prácticas o bien el pago de una indemnización compensatoria. Vemos entonces aquí como el art. 1071 bis del código civil brinda protección a este derecho personalísimo para el supuesto de verse afectados uno o ambos, ya que como expresé anteriormente dicha afectación puede presentarse de manera conjunta o separada.

Las normas antes reseñadas cumplen con dos fines fundamentales, el primero de ellos es evitar la captación, utilización y difusión de la imagen por parte de terceros que no cuenten con el consentimiento para llevar a cabo estas maniobras o que lo hagan fuera de los límites temporales para los que fuera otorgado o con un objeto o destino distinto del que tuviera en miras el titular al conceder la autorización, y el segundo consiste en la posibilidad de acordar a quien resulte víctima de estos sucesos una indemnización por el uso indebido de su imagen.

3) Consideraciones sobre el ejercicio del derecho a la imagen.-

Considerando el concepto de imagen como aquella representación externa de una persona, de la definición se deduce que ésta representación posee la aptitud de identificarla. Pero ampliando este criterio podemos decir que además de los atributos físicos de ella también existen elementos exteriores como accesorios o vestuario que por sus particularidades permiten su identificación y del mismo modo podemos considerarlos comprendidos dentro del concepto de imagen. Por lo tanto incluiré dentro del concepto de imagen a aquellas referencias accesorias a la representación externa de la persona que también permiten identificarla de forma inequívoca, como lo es el llamado “look”.¹²

A los fines de establecer las bases de la presente investigación haré una pequeña referencia en cuanto a las consideraciones en doctrina respecto de la autonomía del derecho a la imagen, advirtiéndolo como lo hice anteriormente que consideraré a éste derecho desde la perspectiva de la doctrina autonomista. La misma parte de defender su independencia conceptual en tanto resulta un derecho distinto al resto de los derechos personalísimos con características propias. Esta doctrina considera que el interés jurídicamente protegido es la potestad de toda persona de utilizar libremente su imagen, decidiendo respecto de su difusión o no, permitiéndole o no la utilización a terceros e incluso resolviendo en torno a su explotación económica.

A contrario sensu, la doctrina no autonomista considera al derecho a la imagen como un bien jurídicamente protegido a través de otros derechos.¹³

3.1) Explotación comercial.-

Este derecho tiene la característica particular de ofrecer a su titular ciertas perspectivas de utilización y aprovechamiento económico que puede traducirse en algunos casos en la cesión a favor de terceros de las facultades de explotación comercial.

Cada persona posee la facultad de decidir de qué manera emplear su propia imagen; entre los fines que puede acordarle se encuentra la posibilidad de evitar su captación, utilización y difusión por parte de terceros o brindar su

¹² Look: Voz inglesa que refiere al aspecto físico o exterior. <http://www.wordreference.com/definicion/look>.

¹³ Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos”, pag. 502 y ss.

consentimiento para realizar estas acciones, también puede impulsar su utilización con fines publicitarios o comerciales y finalmente puede ceder a terceros la facultad de difusión y utilización comercial a cambio de una contraprestación económica. Estos dos últimos fines son los que desarrollaré en el presente acápite.

Las facultades de explotación económica del derecho a la imagen son cesibles a terceros en concordancia con lo dispuesto por el art. 1.444 de nuestro código civil, sin embargo dada la estrecha relación entre este derecho y la identidad del cedente deben establecerse ciertas limitaciones. Estas facultades pueden transmitirse tanto por actos entre vivos como mortis causa; vale aclarar que en caso de muerte del cedente la cesión realizada en vida por éste de las facultades mencionadas mantiene plena vigencia por el plazo que hubiera sido acordada, formando parte del acervo sucesorio los derechos de explotación derivados de ella; no obstante lo expresado el cesionario cuenta con la posibilidad de rescindir el contrato llegado el caso que dadas las circunstancias le resulte poco beneficioso identificar su producto, servicio o publicidad con la imagen de una persona fallecida.

En razón de la normativa existente, en todos los casos el consentimiento debe surgir de forma expresa y guardando una aceptable relación entre la voluntad del titular del derecho y la utilización que se le acuerda. En los supuestos en que exista un acuerdo contractual, deben establecerse de manera específica las condiciones de tiempo, lugar, medios y modos de utilización y las mismas deben ser estrictamente respetadas, dando lugar a una indemnización a favor del titular en el caso de un exceso a los límites pactados.

Nuestro ordenamiento también acuerda la posibilidad de revocación de la cesión por parte del titular del derecho sin necesidad de expresar motivos para la misma pero obligándolo a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados de acuerdo a lo establecido por el art. 31 de la ley 11.723; esta medida cumpliría con una doble función, por un lado satisfacer el interés patrimonial del cesionario y por otro proteger el interés extrapatrimonial del cedente.

3.2) Casos de conflicto de intereses.-

Los casos de conflicto se plantean en aquellas situaciones en que se alega un interés público pretendiendo utilizar la imagen de una persona sin que haya dado su consentimiento, y ésta se oponga a la utilización o una vez utilizada demande su cesación o un resarcimiento, lo que genera una situación de pugna entre el derecho a la libertad de expresión o la información y los derechos e intereses individuales de la persona que puede resultar afectada.

En torno a estos conflictos se han esbozado distintos criterios para determinar en qué casos debe prevalecer uno u otro derecho, a saber:

- a) Criterio relativo al fin: la imagen de una persona puede utilizarse libremente con fines informativos y culturales que lo justifiquen. No puede hacerse con fines comerciales o publicitarios sin autorización previa.
- b) Criterio relativo al objeto de protección: la imagen se encuentra protegida cuando resulta indiscutiblemente atribuible a una persona determinada. Cuando la identificación es dudosa o se refiere a un contexto complementario y no resulta parte integrante de la misma, la utilización también es libre.
- c) Criterio relativo a la magnitud del daño: cuando el daño potencial derivado de la utilización reviste un carácter significativo o grave, esta se encuentra vedada.

Según la normativa de nuestro país, en pos del interés comunitario se han establecido los casos en que resulta libre la utilización de la imagen ajena, los cuales deben ser entendidos de manera taxativa y sin perder de vista los fines perseguidos.

Resulta muy común que este tipo de casos se planteen en torno a personas famosas o públicas¹⁴, siendo aplicables los mismos criterios expresados anteriormente pero teniendo la particularidad que en estos supuestos este tipo de personajes son quienes mayores perjuicios económicos pueden sufrir dado que su imagen suele tener un valor real o potencial concreto.

Lo importante en esta cuestión es dejar en claro que la libre utilización legítima de la imagen de una persona debe valorarse teniendo en cuenta los fines dispuestos por la ley y las circunstancias en las cuales se lleva a cabo el hecho o acontecimiento público en el que la imagen debe aparecer formando parte del mismo de modo que no pueda ser individualizado el sujeto en particular.

4) Cuantificación económica de la imagen.-

La imagen de una persona ostenta en si misma una valor económico potencial que se materializa en los casos en que sea utilizada con fines comerciales. Este valor se advierte con más claridad, como ya he mencionado, en los casos de personas públicas o famosas cuya imagen tiene un valor concreto dentro del mercado. Pero también existe este valor en los casos de personas comunes (no famosas) que puede cristalizarse cuando deciden explotarla para obtener un provecho económico o bien cuando es usada sin su consentimiento generando un beneficio patrimonial a un tercero.

Como ya lo anticipé, la protección brindada al titular del derecho a la imagen presenta una doble faceta, por una parte en cuanto al aspecto patrimonial y por la otra al extrapatrimonial, quedando esta última dentro del ámbito del daño moral, tema que será desarrollado en el punto siguiente.

Centrándonos en el aspecto patrimonial de la imagen, su valor económico puede calcularse de diversas formas, una de ella consiste en estimarlo a través de un contrato de utilización de la misma en donde las partes lo fijan teniendo en cuenta los posibles beneficios derivados de su uso según las características estipuladas convencionalmente como ser el tiempo de utilización, la cantidad de productos o servicios que se publiciten, etc. También puede ocurrir que la imagen sea utilizada sin el consentimiento de su titular lo cual da lugar, de igual manera que en el caso anterior, a una estimación de su valor económico mediante la cuantificación de la imagen según el perjuicio efectivamente sufrido por el titular de acuerdo a la pérdida patrimonial sufrida por este.

Por último, puede ocurrir que la imagen sea utilizada de manera incontestada pero sin generar daños económicos, en este caso no hay un contrato precedente lo que origina dificultades al momento de apreciar el valor de mercado de esa imagen por lo que trata de calcularse en relación a los beneficios que pudiera obtener el tercero que la utiliza.

4.1) El daño moral. Su valoración.-

De lo expresado se deduce que en los casos de utilización comercial de la imagen de la que deriven perjuicios económicos resulta, en la generalidad de los supuestos, fácilmente calculable la indemnización correspondiente al titular de ella por el daño sufrido.

Ahora bien, el mayor problema se suscita en aquellos casos en los casos en que el daño sufrido no repercute directamente en el patrimonio de la víctima sino en su esfera espiritual, lo que no impide que sea igualmente resarcible a través de una indemnización compensatoria.

En primer lugar, resulta necesario definir el concepto de daño moral, aclarando sin embargo que no existe un concepto unívoco, no obstante seguiré la corriente doctrinaria que lo considera como “aquel que produce una

¹⁴ Uno de los fallos más destacados en materia de utilización de la imagen es la causa “Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina SRL s/Daños y Perjuicios”, dictado por el Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil N° 75, Cap. Fed. en el año 2009.

violación de un derecho personalísimo o de la personalidad (Trigo Represas)”¹⁵. De la citada definición surge que el daño moral es el perjuicio que no atañe en modo alguno al patrimonio y causa tan solo un dolor moral.

De acuerdo a lo normado por nuestro Código Civil en su art. 1068 “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. De ello se desprende que dicho cuerpo normativo protege la afectación a esta esfera espiritual del individuo que comprende los sentimientos disvaliosos que resultan del accionar de un tercero.

Del mismo modo el art. 1078 del citado cuerpo legal dispone que la obligación de resarcir el daño causado por actos ilícitos no se circunscribe solamente a las pérdidas de carácter patrimonial sino que también debe repararse el agravio moral. La reparación del agravio procede en toda clase de ilícitos sean delitos o cuasidelitos.

Debe quedar en claro que el daño moral puede existir de forma conjunta con la producción de un daño material pero que no necesariamente es así en todos los casos ya que cada uno es resarcible de manera autónoma.

Mosset Iturraspe define al daño moral como “toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra”¹⁶. Al momento de valorar el juez el daño sufrido para poder fijar el monto indemnizatorio tomará en cuenta que la afectación reclamada revista una cierta magnitud dado que no cualquier molestia configura daño moral y analizará también las demás circunstancias del caso concreto para la estimación de la suma de dinero que corresponda a la víctima.

La segunda parte del art. 1.078 del Código Civil establece quienes son los legitimados activos para reclamar la reparación disponiendo que “la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. Deviene lógica la limitación efectuada por la norma en cuanto a los titulares de la acción dado que como explican Gabriel A. Stiglitz y Carlos A. Echevesti, “la razón de ello radica en la naturaleza misma de la afección ya que los sufrimientos que experimenta la persona sobre la cual recayó la acción nociva pueden predicarse de otras, en virtud de su vinculación afectiva con la que fue blanco del ataque... El buen sentido indica que, de reconocer en todas esas personas la titularidad del derecho a la reparación, la obligación que pesaría sobre el responsable excedería por su magnitud la posibilidad de ser satisfecha”.¹⁷ Asimismo, parece impensable, según el tema abordado en este trabajo, que pudiera resultar la muerte de una persona por el hecho de que se viole su derecho a la imagen.

Finalmente, en referencia al legitimado pasivo, debemos decir que es aquella persona que lleva a cabo la acción dañosa que origina el perjuicio moral (o material) y es también quien se encuentra obligada a reparar dichos perjuicios ante el reclamo de los legitimados activos. Resta mencionar que de acuerdo a lo normado por el referido código, ésta obligación de responder por los perjuicios ocasionados quedará establecida según las circunstancias del caso concreto dentro del marco del art. 1.109 en el supuesto de haber obrado con culpa o negligencia, o bien en el marco del art. 1.113 para el caso de que el hecho se produjera por el obrar de un dependiente o de una cosa riesgosa de quien aparece como tercero civilmente responsable. Igualmente, en algunos casos cuando el hecho dañoso se produjera de manera involuntaria, el legitimado pasivo puede ser obligado a responder por razones de equidad según lo dispuesto por el art. 907 del código citado.

¹⁵ Mosset Iturraspe Jorge, Stiglitz Gabriel A., Echevesti Carlos A., “Responsabilidad Civil”, pág. 238.

¹⁶ Mosset Iturraspe Jorge, “Responsabilidad Civil”, pag. 242.

¹⁷ Mosset Iturraspe Jorge, Stiglitz Gabriel A., Echevesti Carlos A., “Responsabilidad Civil”, pag. 252.

4.1.1) El resarcimiento en casos especiales.

En el punto precedente quedaron establecidas las reglas generales para el resarcimiento del daño ocasionado por la utilización indebida de la imagen de una persona, pero en ocasiones puede ocurrir que mediante esa utilización se cometan delitos contra el honor como son los de calumnias e injurias.

El honor puede ser considerado desde un doble punto de vista: por un lado el honor subjetivo que refiere a la autovaloración, es decir el juicio que cada persona se forma de sí misma; y por otro el honor objetivo que tiene que ver con la reputación, con la valoración que hacen de cada persona los demás a través de su conducta.¹⁸

Dentro de los delitos contra el honor la calumnia es el más grave y consiste en imputar falsamente a una persona la comisión de un delito que de lugar a acción pública. La injuria por su parte, consiste en deshonrar o desacreditar a alguien. Ambos delitos están tipificados en el Código Penal en los arts. 109 y 110 respectivamente, no obstante ello en el presente trabajo me abocaré a tratar el tema desde la óptica del derecho civil, dada la extensa cantidad de bibliografía existente respecto de esta temática, que excede el marco establecido para mi investigación.

Nuestro Código Civil refiere a estos delitos en el art. 1.089 disponiendo que el damnificado por ellos tiene derecho a reclamar una indemnización en tanto logre probar que de ellos le derivó un daño efectivo o sea el daño emergente o pérdida de una ganancia económica que configura el lucro cesante; sin embargo, la última parte del art. establece que esa indemnización corresponderá siempre que el delincuente no pudiere probar la verdad de la imputación, y en este punto resulta oportuno señalar que entre los delitos de calumnias e injurias existe una marcada diferencia, no sólo conceptual sino también en cuanto a la eximición de la pena, ya que por regla general en el primero el acusado puede eximirse probando la verdad de sus dichos y por el contrario en el segundo la regla general es que el acusado no cuenta con este recurso salvo casos excepcionales contemplados en el art. 111 del Código Penal que dispone tres supuestos¹⁹. La retractación pública por parte del acusado que en materia penal funciona como eximente de la pena, en el fuero civil no obstaculiza la acción.

Resta mencionar que dentro de los daños resarcibles por estos delitos también es reparable el daño moral, haciendo la salvedad que la acción por reclamación de este no podrá ser entablada por los sucesores del agraviado sino continuada por ellos cuando el causante la hubiera iniciado en vida de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1.099 del Código Civil.

5) Responsabilidad. Legitimados pasivos.

Al comienzo del presente trabajo planteo una serie de interrogantes respecto de situaciones de la vida cotidiana en las cuales se ponen en juego distintos aspectos del derecho a la imagen y en las que, en la mayoría de los casos, los individuos no vislumbran las consecuencias disvaliosas de dichos actos. A lo largo de esta investigación intenté desarrollar los contenidos que consideré más relevantes en torno a la cuestión de la afectación del derecho a la imagen a través de su captación y difusión, consentida o no, mediante un medio de comunicación de alcance mundial como es Internet y que convergen en este acápite en el que abordaré la cuestión referida a la búsqueda de los sujetos responsables de los daños producidos como consecuencia de la utilización lesiva de la imagen.

Dentro del espacio virtual que representa Internet desarrollan su actividad una gran número de actores que cumplen diversos roles que hacen a su desarrollo y a la circulación masiva de contenidos que ella proporciona y que pueden ocasionar daños al derecho a la imagen; sumado a ello la aparición de las nuevas tecnologías proporcionan un sinnúmero de ventajas pero al mismo tiempo facilitan el riesgo de lesión a éste derecho. A continuación haré una

¹⁸ Fontán Balestra Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial", pág. 147/149.

¹⁹ Ver desarrollo de cada uno de los supuestos en Fontán Palestra Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial", pág. 166 y ss.

reseña a cerca del funcionamiento de Internet, describiendo las tareas de aquellos que intervienen en él y el recorrido de una imagen a través de la red para poder identificar a los responsables del eventual daño ocasionado y el grado de responsabilidad que corresponde a cada uno de ellos.

Cada persona que utiliza la red se denomina **usuario**; este usuario para poder tener acceso a Internet necesita un **proveedor de acceso** al servicio que normalmente es una empresa que cuenta con el software y hardware necesario para permitir el enlace entre la computadora del usuario y la Web; el servicio que provee la empresa generalmente se brinda mediante un contrato entre ésta y el usuario, donde este último abona una suma mensual a cambio de la prestación.

Para acceder al contenido disponible en Internet, en este caso puntual a una imagen, el usuario debe ingresar a través de su navegador a la página Web donde esté alojado dicho contenido; cada página posee un DNS (Sistema de Nombre de Dominio) y su equivalente en un número llamado IP (Protocolo de Internet), número que es asignado por la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). Asimismo, cada usuario posee también un número de IP otorgado por su proveedor de servicio de acceso.²⁰

Cada página a cuyo contenido accede el usuario se encuentra alojada en un espacio de un servidor Web; este alojamiento es brindado por un sujeto intermediario que suministra ese espacio a solicitud de la persona que posee determinados datos y que desea que estos se encuentren disponibles para quien quiera consultarlos. Existen distintos tipos de contrato entre el **prestador de servicios de almacenamiento o alojamiento** y el propietario de los datos según sean las necesidades de éste. Este servicio se encuentra directamente relacionado con el del prestador de **servicios de copia temporal de datos o caching**, que es aquel sujeto que, como su nombre lo indica, realiza una copia temporal de los datos más frecuentemente solicitados por el usuario para facilitar el acceso a los mismos.²¹

Debido a la gran cantidad de información que circula por Internet, muchas veces resulta poco probable que una persona pueda tener acceso a una imagen suya que estuviera siendo utilizada de forma tal que produjera una lesión a este derecho personalísimo, a menos que la persona de la que se trate fuese alguien conocido o famoso ya que esto facilita su ubicación; aquí es donde comienzan a jugar un papel muy importante los denominados **buscadores**, que han sido conceptualizados como “una herramienta que posibilita al usuario de Internet encontrar un documento dentro de los disponibles en la red, que contenga una determinada palabra o frase prefijada, objeto de esa búsqueda iniciada”²². Entre los más conocidos a nivel mundial se encuentran Google y Yahoo!.

Sin dudas, el daño producido por la utilización lesiva de la imagen de una persona es la base que genera la obligación de resarcimiento, ahora bien, ante el panorama reseñado nos encontramos con una serie de dificultades al momento de establecer quién es el sujeto responsable, en razón de la multiplicidad de partícipes, los obstáculos que se presentan en cuanto a la identificación y el alcance del medio utilizado. Tomando en cuenta las tareas específicas realizadas por cada uno de los sujetos intervinientes, podemos llegar a establecer la responsabilidad de ellos de la siguiente forma: si su actividad se limita a facilitar el acceso a la Web de manera tal que su tarea es brindar la infraestructura necesaria para permitir la conexión entre el usuario (cliente) y la red, otorgando el soporte material y técnico para transportar información por ella sin modificar o alterar de ningún modo el contenido de la misma, en mi opinión podría decirse que resulta difícil creer que los proveedores de acceso (ISP) puedan verse como

²⁰ Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos Jurídicos de Internet”, pág. 25 y ss.

²¹ Sobre este tema véase Rico Carrillo Mariliana, “Derecho de las nuevas tecnologías”, pág. 258 y ss.

²² Definición extraída de Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos jurídicos de Internet”, pág. 54.

responsables del potencial daño sufrido por la utilización lesiva de la imagen, en razón que éstos sólo brindan un servicio al usuario, ligándose con él a través de un contrato de prestación de este servicio y rara vez tienen acceso al contenido de los paquetes de información circulantes, con lo cual no podrían quedar enmarcados dentro de un obrar culposo o negligente y tampoco parecería aceptable absolverlos dentro de los supuestos de la responsabilidad objetiva. No obstante ello, en algunos casos el damnificado podría verse motivado a demandar a estos sujetos por el daño sufrido en atención a dos circunstancias que facilitarían su acción, como son el mayor respaldo económico con el que cuentan para responder ante un reclamo y la posibilidad de identificarlos fácilmente dado que estas empresas cuentan con una sede social o sucursales localizables de forma sencilla, tal como lo explica Daniel Peña Valenzuela.²³

Por otro lado, tenemos a aquellos sujetos cuya actividad consiste en almacenar datos de forma temporal o brindar un alojamiento permanente de espacio. Ambos ofrecen un servicio más bien técnico, el problema se suscita en torno a la licitud de los contenidos alojados por ellos; en relación a esta cuestión, podríamos determinar su responsabilidad según sea el grado de conocimiento que estos poseen respecto de la información contenida, disponiendo que de encontrarse al tanto de la ilicitud de la misma y de no tomar las medidas necesarias para retirar o impedir que los usuarios tengan acceso a ella, se verían a mi juicio, alcanzados por las reglas de la responsabilidad subjetiva. Corresponde hacer una mención respecto de las modalidades que pueden adoptar los contratos de alojamiento de datos para luego realizar una distinción: una de las variantes de estos contratos es el “hosting”, *“que consiste en la puesta a disposición del usuario de un espacio virtual para alojar los datos que desee...”*²⁴; la otra es el “housing”, que *“se trata de la puesta a disposición del usuario del servicio de un lugar físico donde alojar los datos”*²⁵. La principal diferencia entre uno y otro es que en el primero el usuario desconoce el lugar de alojamiento de los datos y además en este caso la prestación puede ser de carácter gratuito, cosa que normalmente no ocurre en el segundo. Esto me lleva a pensar en las dificultades que podrían presentarse en torno a la localización del sujeto responsable por parte de la víctima, en mérito a que podría plantearse la situación que un usuario que tiene almacenadas imágenes con características lesivas lo haga mediante un “contrato” de hosting de forma gratuita, desconociendo él mismo el lugar de almacenamiento y los datos identificatorios de este intermediario dado que en la práctica resulta muy sencillo encontrar un espacio virtual para poner a disposición todo tipo de información y las condiciones de contratación suelen ser “precarias”.

Otro de los actores que cumple con un rol sumamente importante en este proceso es el buscador, como herramienta que facilita la ubicación de los diversos contenidos que brinda la Web. Estos trabajan con un sistema de “palabras clave” que son ingresadas por los usuarios al momento de iniciar una búsqueda y ellos recopilan los contenidos de las páginas de acuerdo a una indexación realizada previamente, devolviendo al usuario los resultados de la búsqueda en forma de listado que contiene una nómina de los sitios que contienen aquella palabra que ofició como motor de consulta, ordenados según el orden de relevancia asignado por el propio buscador en base las distintas técnicas²⁶ de posicionamiento existentes. Lo que ocurre en estos casos es que en ocasiones los sitios a los cuales el buscador remite contienen imágenes que vulneran este derecho personalísimo y a las cuales el usuario no podría acceder sino fuese a través de esta herramienta. Es aquí donde se plantea la discusión en materia de la responsabilidad que les compete: existen diversas opiniones al respecto, por un lado tenemos a aquellos que

²³ Peña Valenzuela Daniel, “Responsabilidad civil en la era digital”, pág. 59.

²⁴ Rico Carrillo Mariliana, “Derecho de las nuevas tecnologías”, pág. 261.

²⁵ Rico Carrillo Mariliana, “Derecho de las nuevas tecnologías”, pág. 262.

²⁶ Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos jurídicos de Internet”, pág. 221 y ss.

consideran que no les cabe responsabilidad alguna por los daños ocasionados en razón de la función que cumplen dentro del proceso, por ser simples herramientas que colaboran con la ubicación de los sitios pero nada tienen que ver con los contenidos ofrecidos por los mismos; por otro encontramos la opinión de quienes consideran que sí son responsables frente al daño, teniendo esta postura dos vertientes, la primera de ellas sostiene que la actividad de estos sujetos quedaría encuadrada dentro los principios de la responsabilidad subjetiva, aplicándose por lo tanto el art. 1.109 del Código Civil siempre y cuando logre probarse que el daño se debió a su actuar culpable o negligente; la mayor crítica que se le hace a esta posición es que en el proceso de indexación de contenidos no interviene la actividad humana sino que se trata de procedimientos realizados de forma automatizada con lo cual no podría atribuirse éste tipo de responsabilidad por no existir el obrar de una persona física. La segunda vertiente afirma que las consecuencias del actuar lesivo deberían soportarse en virtud de la “teoría del riesgo empresario” aplicándose el art. 1.113 del citado código, dado el beneficio económico obtenido por estos sujetos; no obstante ello, también existen cuestionamientos a esta posición fundados principalmente en las dudas que se plantean respecto de “cosa riesgosa”, debate que deviene extenso y aun no se encuentra resuelto ni doctrinaria ni jurisprudencialmente.

Finalmente, a esta altura del análisis, no caben dudas que el daño causado por la utilización indebida de la imagen es producto de un obrar antijurídico que genera una obligación de resarcimiento que debe ser atribuida a un sujeto, en este caso el principal responsable de la afectación a este derecho resulta ser el usuario/titular de la página Web que sube el contenido a la red, dando comienzo de esta manera al circuito que recorrerá la imagen y que posteriormente se convertirá en el elemento primordial de la práctica lesiva.

A cerca de la responsabilidad que le corresponde a estos sujetos, valen las nociones desarrolladas en el punto IV y sus apartados, dependiendo su encuadre, de las características particulares de su obrar. Asimismo, es importante destacar que al momento de recabar información respecto de los datos identificatorios de cada usuario debe tenerse en cuenta que cada uno de ellos posee un número de identificación único denominado dirección IP y mediante el cual resulta más sencilla la ubicación de los mismos; no obstante ello, también se puede obtener información en ciertos sitios que a través del ingreso del nombre de dominio que posee la página que contiene las imágenes, brindan datos a cerca del propietario de dicha página Web.-

6) Conclusiones.

A través de ésta investigación he desarrollado una propuesta conceptual que permita entender los criterios básicos de responsabilidad civil frente un hecho de características lesivas al derecho a la imagen dentro de un medio de comunicación masivo que cuenta con la participación de múltiples actores.

Mi propósito ha sido intentar mostrar cómo de una simple situación cotidiana pueden devenir riesgos y daños significativos cuando no se tienen en cuenta previamente las particularidades del entorno utilizado, derivando ello en serias dificultades para lograr la atribución de responsabilidad que provienen de la pluralidad e indistinción de los diferentes sujetos que conforman el proceso de difusión de la imagen.

En mi opinión uno de los principales problemas al que se enfrentan en la actualidad aquellos que tienen a su alcance el uso de las TIC's e Internet, es la falta de reflexión que implica el acceso y utilización masiva e indiscriminada a este tipo de medios y servicios. Considero que una posible vía de solución sería, en principio, la “educación del usuario”, mediante la fijación de conceptos que permitan la toma de conciencia en relación a los postulados elementales que rigen este derecho como son el consentimiento, el aspecto económico y moral, las

circunstancias que rodean al hecho y demás requisitos exigidos en torno a la captura y difusión de la imagen, como así también el discernimiento respecto de los peligros que acarrea el desconocimiento de dichas pautas.

Del mismo modo, creo que sólo en el marco de una regulación legal acorde al contexto operatorio, resultará posible subsanar los daños producidos por este tipo de prácticas lesivas. Debemos asumir que el desarrollo de Internet y la aparición de las nuevas tecnologías han promovido un cambio socio-cultural fundamental y sumamente veloz a nivel mundial y nuestro ordenamiento jurídico no puede resultar ajeno a ello; con lo cual, y sin efectuar ningún tipo de valoración moral sobre estos avances, creo que deviene necesaria la existencia de normas que permitan un cierto grado de control de los contenidos que circulan en la red, como también la implantación de medidas que posibiliten y garanticen soluciones ágiles y eficaces ante el daño potencial o concreto. En cuanto a las medias cautelares ²⁷ aplicadas en acciones promovidas contra distintos buscadores, a mi juicio no resultan suficientemente eficaces para lograr la finalidad que se les asigna, que es la de hacer cesar el daño, ya que aparecen limitadas territorialmente; no obstante lo cual, atendiendo al estadio en el que se encuentra la legislación argentina, aparecen como un paliativo viable para acotar la propagación del daño pero sin resolver total y definitivamente el conflicto.

Finalmente, reafirmando lo expresado en los párrafos precedentes, concluiré señalando que comparto el criterio de quienes sostienen que nuestro régimen legal no debe mantenerse al margen de este tipo de cuestiones ya que en los tiempos que corren se hace necesario el dictado de normas que adecuen los institutos tradicionales a las nuevas problemáticas que se plantean como así también que se proceda a la creación de otros nuevos que consagren los medios y procedimientos necesarios para aportar soluciones a aquellos conflictos que la realidad ha demostrado que no pueden resolverse utilizando criterios y elementos de responsabilidad que se muestran obsoletos.-

²⁷ Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos jurídicos de Internet”, pág. 214 y ss.

Bibliografía:

- Cifuentes Santos, “Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual”, LL, 1998-B, pag. 702.-
- Cifuentes Santos, “Derechos personalísimos”. Editorial Astrea, 2º edición, 1.995.-
- Fontán Balestra Carlos, “Derecho Penal”, Parte Especial, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Editorial Abeledo Perrot, 16º edición, 2.002.-
- <http://es.wikipedia.org>.-
- <http://www.wordreference.com/definicion/look>.-
- Mosset Iturraspe Jorge (Director), Stiglitz Gabriel A., Echevesti Carlos A. (Coautores), “Responsabilidad Civil”. Editorial Hamurabi, 1.997.-
- Peña Valenzuela Daniel, “Responsabilidad civil en la era digital”. Universidad Externado de Colombia, 1º edición, 2.007.-
- Rico Carrillo Mariliana, “Derecho de las nuevas tecnologías”. Ediciones La Roca, 2.007.-
- Rivera Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, Parte general. Editorial Abeledo-Perrot, 3º edición, 2.004.-
- Suplemento “Mundo Tecno”, Diario Clarín, 2.006.-
- Vaninetti Hugo Alfredo, “Aspectos jurídicos de Internet”. Editora Platense, 2.010.-