

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de autor y derecho a la imagen. Fotografías.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara en lo Civil y Comercial de Tucumán, Sala II

FECHA: 3-7-2003

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal de la Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.
Referencia AA1A69

OTROS DATOS: O., Miguel Ángel y otra vs. La Gaceta S.A. Expediente 1850/00.

SUMARIO:

“Normativamente el derecho a la imagen está amparado por el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11723, disposición que requiere del consentimiento expreso de la persona para que su fotografía pueda «ser puesta en el comercio». Y así como la interpretación sobre el otorgamiento de dicho consentimiento es de interpretación restrictiva, amplio es el criterio con que la doctrina entiende debe juzgarse dicha puesta en el comercio. Situación que entiendo aparece claramente configurada en el caso, en tanto la foto del menor -que en gran escala sirve prácticamente de tapa a ese Suplemento dominical ... es extraída de su contexto para ser yuxtapuesta con otra, sirviendo evidentemente a los fines comerciales de la empresa periodística que de esta manera completa e ilustra su nota.

Las causales eximentes de la autorización para la publicación de la fotografía, previstas en el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es los fines científicos, didácticos o en general culturales de la nota, invocados por el periódico en la contestación del memorial, lucen mediatos y podrían invocarse prácticamente en todo artículo de su producción periodística, habida cuenta de la calidad y nivel de las notas publicadas en ese prestigioso matutino. Pero ello no dispensa su responsabilidad por la afectación del derecho a la imagen cuando esta se produce, como entiendo ha ocurrido en el caso, y más aún si la misma deviene de la utilización de medios técnicos que como el fotomontaje (llamado «escaneo» por la actora), permiten alterar la realidad en forma imperceptible, al yuxtaponer una foto sobre otra”

COMENTARIO: Son varias las legislaciones de países latinoamericanos donde se dispone que “el retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma, y a su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo, la publicación del retrato es libre cuando se relacione con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”. Pero es lamentable la existencia de una disposición, en el caso de alguna legislación nacional, que si bien prohíbe la puesta en el comercio del retrato o busto de una persona sin su consentimiento y, a su muerte, de sus causahabientes, exceptúa el supuesto cuando se trate de “una persona notoria”, como si los personajes públicos no tuvieran

derecho a su imagen y a su intimidad. Al comentar en su oportunidad dicho dispositivo anotamos que “no tiene ningún asidero a la luz de la legislación comparada y que, en nuestra opinión, constituyó una adición desafortunada: ¿quiere decir entonces que las personas notorias no tienen derecho a la intimidad de su vida privada?. Si se trata, por ejemplo, de una fotografía tomada subrepticamente para captar el desnudo de una persona famosa, cuando ésta se encuentra en la privacidad de su habitación: ¿no tendría acaso derecho a prohibir su divulgación?. Pensamos que sí, a pesar de dicho agregado poco feliz, sobre la base de los principios generales del derecho común, incluso de rango constitucional, relativos a los derechos de la persona en general y, en particular, de los atinentes a la imagen y a la intimidad de la vida privada”. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad de San Miguel de Tucumán, 3 de julio de 2003, reunidos los Sres. Vocales de la Excm. Cámara en lo Civil y Comercial, Sala IIa., Dres. Ricardo Jorge Robinson y Martha Gonzalez de Ponssa con el objeto de conocer y decidir los recursos interpuestos contra la sentencia dictada en los autos caratulados "ORTIZ MIGUEL ANGEL Y OTRA C/ LA GACETA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Expte. n° 1850/00;; y abierta la vista pública, el Tribunal se plantea la siguiente cuestión:

¿ESTA AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, el mismo dio el siguiente resultado: Dres. Ricardo Jorge Robinson y Martha Gonzalez de Ponssa.//-

El Sr. Vocal RICARDO JORGE ROBINSON, DIJO:

Apela a fs. 177 el apoderado de los actores, actuando estos últimos por la representación legal de su hijo menor de edad C.M.O., la sentencia dictada en autos con fecha 27 de Mayo de 2002 (fs. 168/171)), por la que se

desestima, con costas, la demanda que promovieran. Igualmente recurre el monto de los honorarios regulados, por considerarlos altos.-

I.- El memorial de expresión de agravios producido, corre de fs. 180 a fs. 190 y su contestación de fs.193 a fs. 195, recibíendose el dictamen de la Sra. Defensora de Menores a fs. 198, con lo que concluido el trámite, los autos han quedado en condiciones de ser resueltos.-

II.- En síntesis, la cuestión que motiva el presente se refiere a la publicación en la edición del día domingo 30 de Abril de 2000 del Diario demandado, de una fotografía en la que aparece el menor en cuyo nombre actúan aquí sus padres, fumando con la puerta central de entrada a la Universidad Nacional de Tucumán como fondo, y el título "Indefensos ante la Universidad y el Trabajo". Está reconocido por la accionada que la fotografía no es real sino que resulta de fotomontaje.-

III.- La queja central del apelante radica en la calificación jurídica, esto es en la normativa aplicada por la Sra. Juez para resolver la litis, sosteniendo el recurrente que no () debió encuadrar el caso en el art. 1109 del Cod. Civil, sino que era de aplicación el art. 1071 bis del mismo texto, imputando por ello al fallo arbitrariedad. Destaca al respecto que los modos de perturbar la intimidad están atendidos por la norma citada, y que el caso de autos encuadra justamente en esta situación, al referirse a la publicación de un retrato yuxtapuesto con títulos que menosprecian al

¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Disposiciones especiales para ciertas obras (Las obras de artes plásticas y las de artes aplicadas)”, en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol: “El nuevo Derecho de Autor en el Perú”. Ed. Peru Reporting. Lima, 1996, PP. 267-268.

joven hijo de sus poderdantes. Destaca que se ignoró material probatorio, como "la confesión prestada por La Gaceta al contestar la demanda, cuando afirmó a fs. 48, tercer párrafo, que reconoce que la foto fue escaneada (fotomontaje), pero le niega tenga esto ninguna relevancia, con el agravante que su presidente Sr. G. Hamilton, al contestar las posiciones, se contradijo al responder la segunda y tercera posición, manifestando que toda cuestión fotográfica es totalmente secundaria, siendo prioritaria la información precisa". En este orden también se queja de que no se haya evaluado otro material probatorio, como la nota del colegio que cursa el menor, en la que se lo felicita por su desempeño, como también se omite tratar el informe policial de fs. 101/104. Se agravia también que no se haya considerado el daño moral ocasionado al menor, ni que le haya tenido en cuenta el alegato de la demandada, donde ésta en subsidio pide se fije una suma prudente en concepto de condena. Destaca que no se aplicó la prescripción de la última parte del art. 1071 bis del C.C. que alude a la publicación de la resolución que se dicte. Considera que se contraviene toda la doctrina y jurisprudencia existente al respecto. Se queja porque se consideró que al no mediar dolo por parte del diario, no existió daño ni responsabilidad, contradiciendo otros precedentes en que se condenó al mismo por su conducta injuriosa y mordaz. Se agravia, finalmente, de la imposición de costas a cargo de su parte, esto es de la vencida, sosteniendo que debió revestir tal carácter no la misma, sino el diario demandado.-

IV.-Según se advierte del análisis de los agravios expuestos, la cuestión medular radica en establecer si al inaplicar la norma que el recurrente postula, esto es el art. 1071 bis del Cod. Civil, se ha resuelto el litigio conforme a derecho o no. Sobre el particular la Sra. Juez ha efectuado su encuadre fundada en estrictos parámetros de la responsabilidad extracontractual (art. 1109 del C.Civil), no encontrando configurados elementos básicos de esta, como son el obrar doloso o culposo de la accionada, ni un daño patrimonial que corresponda resarcir al actor.-

No son estos, sin embargo, los elementos definitorios con que entiendo corresponda resolver la litis y en ello le asiste razón al recurrente. Estimo que el caso debe encararse a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia han considerado como lesión del llamado "derecho a la imagen", que se interpreta es emanación de un derecho personalísimo cuya tutela, como la del derecho al honor o a la intimidad, es autónoma y forma parte con aquellos de una categoría más amplia, que es el derecho a la integridad espiritual (v. Gregorini Clusellas, E.L., "La violación del derecho a la propia imagen y su reparación", en LL, T. 1996-D, pag.136 y sgtes.)-

Así, ha sostenido la jurisprudencia: "Como existe un derecho a la propia imagen, que es un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta es hecha sin autorización, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho." (CNCiv., Sala I, 31/08/95, in re: "R.S.H. y otro c/CICA S.A. Industrias Alimenticias y otros" en LL, T. 1996-D, pag.136 y sgtes.)-

Normativamente el derecho a la imagen está amparado por el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11723, disposición que requiere del consentimiento expreso de la persona para que su fotografía pueda "ser puesta en el comercio". Y así como la interpretación sobre el otorgamiento de dicho consentimiento es de interpretación restrictiva, amplio es el criterio con que la doctrina entiende debe juzgarse dicha puesta en el comercio. Situación que entiendo aparece claramente configurada en el caso, en tanto la foto del menor -que en gran escala sirve prácticamente de tapa a ese Suplemento dominical (véase fs. 107)- es extraída de su contexto para ser yuxtapuesta con otra, sirviendo evidentemente a los fines comerciales de la empresa periodística que de esta manera completa e ilustra su nota.-

Las causales eximentes de la autorización para la publicación de la fotografía, previstas en el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es los fines científicos, didácticos o en general culturales de la nota, invocados por el periódico en la contestación del memorial, lucen mediatos y podrían invocarse prácticamente en todo artículo de su producción periodística, habida cuenta de la calidad y nivel de las notas publicadas en ese prestigioso matutino. Pero ello no dispensa su responsabilidad por la afectación del derecho a la imagen cuando esta se produce, como entiendo ha ocurrido en el caso, y más aún si la misma deviene de la utilización de medios técnicos que como el fotomontaje (llamado "escaneo" por la actora), permiten alterar la realidad en forma imperceptible, al yuxtaponer una foto sobre otra.-

Mi opinión encuentra respaldo en criterio jurisprudencial que se pronuncia en estos términos:

"1- La vulneración del derecho a la intimidad y al derecho a la propia imagen surge palmaria e indiscutible con la sola publicación de la fotografía sin el consentimiento expreso de la persona misma -más aún si como en el caso se la ubica en un contexto de drogadicción en el fútbol-, ya que nada más se requiere para vulnerar el derecho protegido por el art. 1071 bis del Código Civil y el art. 31 de la ley 11723.-

2- El derecho a la imagen no se identifica con otros derechos personalísimos sino que la simple exhibición no consentida de la imagen afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art. 31 de la ley 11723 y genera por sí sola un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello sin perjuicio de que, en ciertos casos, la obtención o la difusión de la imagen, sin conformidad del interesado, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad.

3- Si bien la libertad de expresión por medio de la prensa goza de linaje constitucional encontrándose protegida por el art. 14 de la Constitución Nacional, igual jerarquía tiene el derecho a la privacidad consagrado en el art.

19 de la Carta Magna, sin que para ello sea necesario un obrar culposo o doloso de los responsables de la publicación desde que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, que trasciende los factores subjetivos esto es, la intención de dañar." (CNCIV - Sala F - en autos: "LABI, Sergio Juan c/ EDITORIAL PERFIL S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", de fecha 09-12-99 - Vocal Preopinante: MORENO HUEYO.) Citar: elDial - AE1384 Copyright (c) - elDial.com - Editorial Albrematica.-

Se advierte conforme lo hasta aquí expuesto que no se requiere en el actuar del medio de prensa ni dolo ni culpa, ya que no se trata de responsabilidad extracontractual, sino de la afectación del derecho a la intimidad, cuya reparación ex art. 1071 bis del Cod. Civil está sujeta a un régimen especial. Por ello desencamina el fallo de Ira. Instancia cuando acusa la ausencia de estos requisitos para desestimar el progreso de la demanda, como también cuando sostiene que no se ha acreditado la producción de un daño patrimonial al menor. Esto porque el derecho a la imagen -que forma parte del derecho a la intimidad- tiene protección autónoma, y además, porque la fotografía -sacada de su contexto- ante la imagen de frustración e incertidumbre en que lo presenta ante su futuro, tiene virtualidad para producirle agravio moral y el mismo se configura in re ipsa, esto es con su sola producción y sin necesidad de que deba acreditarse su existencia.-

La norma mencionada deja librado al prudente arbitrio judicial la fijación de una equitativa indemnización, que estimo cabe establecer en la suma de Cinco Mil Pesos, atendiendo a las circunstancias del caso, esto es al tratarse de un estudiante adolescente, ser mínima su actuación pública y conocimiento en el medio, no resultando tampoco groseramente agravante la imagen en cuestión, por lo que no tiene en definitiva características determinantes de un dolor moral que meritúe resarcimiento con un monto mayor.- No me parece que en las circunstancias del caso antes evaluadas, corresponda efectuar una publicación reparatoria (cuya ejecución puede el juez disponer o no, según la norma citada). Ello por resultar inconducente y antes

que brindar una satisfacción al menor, significaría en la práctica reiterar o recordar situaciones que por su escasa significación concreta, han quedado ya superadas por el paso del tiempo. Con los alcances expuestos, soy entonces de opinión que cabe la revocación del fallo y el acogimiento de la demanda en los términos señalados.-

Lo anterior no significa en manera alguna desatención al principio constitucional de la libertad de prensa, que la Sra. Juez ha desarrollado en su sentencia con expresiones que comparto plenamente. No obstante, dicho principio debe conciliarse con otros, que también tienen rango constitucional: "Si bien la libertad de expresión por medio de la prensa goza de linaje constitucional, igual jerarquía tiene el derecho a la privacidad, de modo que la publicación por error del retrato de una persona en un diario, con el nombre de otra, que le provoca mortificación y vulnera su tranquilidad espiritual y el derecho a no ser importunada, configura un agravio moral indemnizable.(Sumario N°14915 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 23/2002)." (CNCIV - Sala: A - Expte. N°: A350394 - Juez de Cámara: ESCUTI PIZARRO in re: "VERDU, María del Carmen c/ DIARIO LA NACIÓN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", de fecha 03-09-02). Citar: elDial - AE19C6 Copyright (c) elDial.com - Editorial Albrematica.-

V.- En cuanto a las costas, estimo que por aplicación del principio de la indemnización integral, y considerando que la suma indicada en la demanda tiene un carácter absolutamente eventual y subjetivo, quedando en definitiva sujeta a la prudencial apreciación judicial, considero corresponde sean aplicadas

íntegramente en ambas instancias a cargo de la accionada vencida (arts. 106, 108 y ccdtes. del CPCC). Finalmente, considero cabe dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en el fallo y diferir la de esta Instancia hasta tanto exista base al efecto (art. 52 de la Ley 5480).-

Mi voto.-

La Sra. Vocal MARTHA E. GONZALEZ DE PONSSA, DIJO:

Que estando de acuerdo con los fundamentos dados por el Sr. Vocal preopinante, se adhiere a los mismos, votando en igual sentido.- Y VISTOS: El resultado de la votación consignada precedentemente, se:

RESUELVE:

I.-REVOCAR la sentencia dictada en autos con fecha 27 de Mayo de 2002 (fs. 168/171), disponiéndose: HACER LUGAR a la demanda, condenándose a la accionada a pagar al actor la suma de \$ 5.000 (Cinco Mil Pesos) dentro de los diez días de ejecutoriada la presente, devengando dicha suma los intereses de la tasa pasiva, desde la fecha del fallo hasta el pago efectivo y total.-

II.-COSTAS: Como se consideran.-

III.- HONORARIOS: Oportunamente.-

HAGASE SABER.//-

FDO.: RICARDO JORGE ROBINSON -
MARTHA E. GONZALEZ DE PONSSA
Ante mí: CLAUDIA MARIA FORTE DE
PREBISCH