

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
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 Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

FECHA: 31-10-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Comercial)

FUENTE: <http://www.eldial.com/>

OTROS DATOS:. Causa 105.609/02. Yankelevich, Tomás vs. Editorial PERFIL S.A..

SUMARIO:

“Se trata de diversas tomas en las que el actor aparece con su entonces novia abrazándola mientras caminaban por una playa, corriendo, jugando y descansando ambos en el césped de un parque y, en algunas, besando a ...”.

“Según se relató en la demanda, ninguna de esas fotografías resultó autorizada, fueron sacadas mediante teleobjetivos sin que los retratados pudieran advertirlo, y su publicación posterior en un medio gráfico de gran difusión comportó una intromisión en la vida privada e intimidad del actor, que le produjo un daño moral y una afectación en su imagen”.

“... si bien, en ciertos casos, puede ser lesionado el derecho a la imagen protegido por el art. 31 de la ley 11.723 [de Propiedad Intelectual, nota del compilador], sin coetánea o simultánea violación del derecho a la intimidad resguardado por el ... Código Civil, las circunstancias que enmarcan al caso muestran con nitidez ... una hipótesis en que se ha configurado una violación a ambos órdenes y no a uno sólo de ellos (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t. 5, p. 81, comentario art. 1071 bis, § 11)”.

Ello es así, porque las imágenes tomadas al actor han sido captadas y puestas en el comercio sin su autorización (aspecto tutelado por el art. 31 de la ley de propiedad intelectual), cuanto porque dicha captación no autorizada implicó, sin dudas, una intromisión arbitraria en la vida ajena (conf. Emery, M.A., Propiedad Intelectual, Buenos Aires, 1999, p. 172, texto y nota n° 11), lesionando, además, su interés jurídico a no ser fotografiado (conf. Zannoni, E., El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1982, p. 337, n° 104), sino en los casos en que él expresamente lo consienta”.

[...]

“... lo obrado por la demandada también trasgredió expresamente lo previsto por el art. 31 de la ley 11.723”.

“Dicho precepto, tomado del art. 11 del Decreto Real Italiano de 1925, dispone que: «... El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de sus cónyuges e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o 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 y acontecimientos de interés público que se hubieran desarrollado en público... ». El art. 33 de la misma ley contempla el caso de que las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico, sean varias y haya desacuerdo entre ellas, estableciendo que resolverá la autoridad judicial ...”.

“Aunque las normas emplean la expresión «retrato», la doctrina y jurisprudencia coinciden pacíficamente en interpretar que la alusión es al concepto más genérico de «imagen», comprensiva no sólo del retrato propiamente dicho sino de toda forma gráfica o visual que reproduzca a la persona (Emery, M.A., ob. cit., p. 176; Villalba, C. y Lipszyc, D., Protección de la propia imagen, LL, 1980-C-819; Gregorini Clusellas, E., La violación del derecho a la propia imagen y su reparación, LL, 1996-D-136)”.

“En distintos supuestos, la jurisprudencia destacó que la publicación de fotografías por un medio periodístico, obtenidas algunas subrepticamente, o provistas por terceros, o por el propio afectado para un fin distinto, o bien facilitadas por la autoridad policial, y sin autorización del interesado, viola su derecho a la imagen, pues para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado [...] Y es que el derecho a la propia imagen 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. En tal sentido, 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 [...] Se ha afirmado, asimismo, que el derecho a la propia imagen consiste en su esencia última en el poder de impedir la reproducción de nuestra persona por cualquier medio, sea fotografía, dibujo, grabado, etc., o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento (Romero Coloma, A., Los bienes y derechos de la personalidad, Ed. Trivium, Madrid, 1985, citada por Tanzi, S., Alcances de la ilegítima utilización de la imagen, LL, 1999-A-98)”.

COMENTARIO: Una fotografía, en la medida en que tenga características de originalidad, goza de la protección por el derecho de autor. Pero el alcance de ese derecho, que en principio comprende el de realizar, autorizar o prohibir cualquier forma de utilización de la obra, se ve limitado cuando la captación y reproducción de las imágenes entra en conflicto con los derechos a la imagen y/o intimidad de las personas. De allí que conforme a varios ordenamientos nacionales, el retrato o busto de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma, y a su muerte, de sus causahabientes, pero 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, o alguna otra fórmula legislativa similar. © **Ricardo Antequera Parilli, 2009.**

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a los 31 de Octubre de dos mil seis, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "YANKELEVICH, TOMAS c/ EDITORIAL PERFIL S.A. s/ ORDINARIO", registro nº 105.609/02, procedente del JUZGADO Nº 17 del fuero (SECRETARIA Nº 33), donde esta identificada como expediente Nº 43.079, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: 1º) La sentencia de primera instancia -dictada a fs. 601/606- admitió la demanda promovida por el señor Tomás Yankelevich y condenó a Editorial "Perfil S.A. al pago de \$ 65.000, más intereses y costas, por encontrarla civilmente responsable del daño causado al actor con motivo de la publicación de fotografías no autorizadas por él en la revista "Caras".

Cabe observar que se trata de un proceso que, iniciado en sede civil, resultó atraído a sede comercial por razón del concurso preventivo de la demandada (fs. 152).

2º) Contra el fallo del juez del concurso apelaron ambas partes (fs. 609 y 611).

La demandada expresó agravios a fs. 623/642. Cuestiona la decisión de fondo adoptada por el juez a qua entendiendo, en primer término, que su sentencia es nula por falta de fundamentación suficiente. Independientemente de ello, se agravia argumentando que no se han reunido en el caso los presupuestos que autorizan la aplicación del art. 1071 bis del Código Civil y que, consiguientemente, la forzada utilización

de este último precepto ha conducido a establecer ilegítima una restricción judicial a las garantías constitucionales de la libertad de expresión y prensa, y del derecho de dar y recibir información. Sostiene, asimismo, que no es aplicable al caso lo dispuesto por el art. 31 de la ley 11.723, que no corresponde ordenar la publicación de la sentencia, y que la indemnización acordada al actor es excesiva.

Por su lado, el actor se queja porque considera exigua la indemnización acordada; porque la sentencia no condenó a la demandada a que se abstuviera de continuar publicando notas relacionadas con él; y porque no estableció el carácter post-concursal de las costas (fs. 645/649).

Sólo el actor contestó los agravios de su contraria (fs. 657/673), Y la sindicatura del concurso lo hizo respecto de las dos partes (fs. 653/655).

3º) Por evidentes razones de orden lógico en la exposición corresponde comenzar por el tratamiento de los agravios de la parte demandada.

Al respecto, me adelanto a señalar que no procede la nulidad de sentencia pretendida.

En el régimen instituido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 253) la admisibilidad del pedido de nulidad de un pronunciamiento se halla circunscripta a las impugnaciones dirigidas contra los vicios que pudieron afectarlos, por haber sido dictado su guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, es decir, que procede únicamente cuando existen vicios formales en la sentencia misma. El defecto de fundamentación que postula la demandada no es un vicio formal de la sentencia sino, en todo caso, un error in iudicando que, como tal, no es susceptible de reparación mediante el recurso de nulidad, sino mediante el recurso de apelación (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, t. 6, p. 197, Santa Fe, 1992), lo cual, consiguientemente, torna improcedente la pretensión nulidificante articulada.

Con ese alcance, pues, corresponde desestimar la primer crítica de la demandada.

4º) Cabe, ahora, examinar la apelación de Editorial Perfil S.A. en sus agravios vinculados al fondo del asunto, pues de ser admisibles quedaría sellada la suerte de la demanda. Como se dijo, dichos agravios cuestionan la aplicabilidad al caso el art. 1071 bis del Código Civil y del art. 31 de la ley 11.723, e indican que la sentencia apelada ha consagrado una restricción ilegítima a la garantía constitucional de la libertad de prensa y expresión, como asimismo al derecho de dar y recibir libremente información

Es verdad, como lo sostiene la demandada, que la Constitución Nacional (arts. 14 y 32), al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13, inc. 1º), contemplan ampliamente el derecho a la libertad de expresión e información.

Sin embargo, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en sentido amplio, tiene un lugar eminente que obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (CSJN, Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508; 315:632). En efecto, el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 de la Constitución Nacional). De ahí pues, que la exigencia de una práctica periodística veraz, prudente y compatible con el resguardo de dignidad individual de los ciudadanos no puede calificarse como una obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre; lo contrario sólo traduce un distorsionado enfoque del ejercicio de la importante función

que compete a los medios de comunicación social, tal cual deben desarrollarse en la sociedad contemporánea (CSJN, Fallos: 310:508, considerando 9º). Es por ello que el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio (Fallos: 308:789; 310:508).

Con ese mismo sentido también ha dicho el Alto Tribunal, que la verdadera esencia del derecho de libertad de expresión e información radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a publicar; pero no determina la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal (CSJN, Fallos 269: 195, considerando 5), o bien ilícitos civiles. En ese orden de ideas, el derecho a la libertad de expresión y, su expresión más auténtica, el de publicar las ideas por la prensa, si bien está constitucionalmente protegido contra la intervención de los poderes del Estado, a la vez está limitado por los derechos de las personas a su libertad, a su dignidad, a su privacidad, a su honor y reputación, a sus derechos civiles y políticos (CSJN, Fallos 314: 1517).

5º) Por cierto, lejos está lo anterior de poner en tela de juicio la importancia fundamental de la libertad de expresión y de prensa como valor estratégico constitucional para el mantenimiento del sistema democrático, el intercambio irrestricto de ideas e, inclusive, el debate de ellas con vista al control de los actos de gobierno.

De lo que se trata es, en realidad, de señalar que forman parte de los confines naturales de la libertad de expresión y de prensa, otros derechos -como el honor, la intimidad, el decoro, la identidad, etc.- que gozan de la particularidad de que son previos al Estado mismo y, por tanto, a la libertad de prensa y de expresión constitucionalmente reconocida, ya

que son inherentes a la persona que es el objeto primigenio de todos los derechos.

Y esto último es así, con mayor razón, cuando se trata de la libertad de expresión o de prensa entendida no ya como herramienta para la crítica política, la discusión de los asuntos de gobierno o el control de los funcionarios (aspectos estos a los cuales está ligado históricamente el valor nuclear de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional), sino cuando se trata de la libertad de expresión o de prensa como herramienta para dar cabida al derecho a comunicar y recibir libremente información sobre simples hechos "noticiables" sin el relieve institucional antes indicado (sobre esta concepción dual de la libertad de que se trata, véase: Sánchez González, S., *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 113), pues es obvio que el criterio para determinar los límites de la libertad de expresión o de prensa frente a la afectación del derecho a la privacidad, a la intimidad, al honor, al decoro, etc., no puede ser idéntico en uno y en otro caso, sino que en el primer supuesto debiera ser naturalmente menos rígido que en el segundo, a fin de asegurar a los medios de prensa el derecho a un amplio escrutinio en asuntos de interés público.

6°) A esta altura, no es ocioso recordar que el derecho a la privacidad e intimidad tiene su fundamento constitucional en el art. 19 de la Carta Magna.

Según lo ha precisado la Corte Suprema en un fallo que ya puede decirse es histórico (caso "Ponzetti de Balbín"), el derecho a la intimidad, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente 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 del hombre y, en suma, su esfera de actuación, que él y solo él puede fijar dentro de sus fines privados lícitos, ya que aquí juega lo que se determine para sí prudencialmente y que la sociedad tiende a estimular en todo individuo, tal como el decoro ya citado, que debe ser respetado no solo como un cartabón social, sino como la propia medida de aquello que cada uno está dispuesto a no dejar trascender. Así 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 sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a 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 y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (CSJN, Fallos 306: 1892).

7°) A nivel de tratados internacionales, se ha reconocido la vigencia del derecho a la intimidad, en términos y con un alcance que es preciso recordar.

Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que "... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar..." (art. V), Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12, determina que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques...". También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "... Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación..." (art. 17, ap. 1°). Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de su art. 11, determina: "... Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su

honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias y esos ataques... " (ap. 1,2 y 3).

Por otro lado, las aludidas convenciones cuando reconocen el derecho de expresión e información contemplan también la posible colisión con los derechos personalísimos también consagrados en esos tratados, imponiendo responsabilidad es para el caso de su afectación.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa al respecto que: "... Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección ... ", y que "... el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás ... " (art. 13, incs. 1º y 2º). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a su vez, luego de reconocer la libertad de expresión con idéntico alcance, dispone que el ejercicio de ese derecho "... entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás..." (art. 19, inc. 1º, 2º y 3º).

8º) Las responsabilidades ulteriores - necesarias para asegurar la integridad de los derechos personalísimos comprometidos- se hacen efectivas mediante el régimen general vigente en nuestra ley común.

Al respecto, en el ámbito civil, el derecho a la intimidad tiene una doble protección de base legal, que está dada, por una parte, por el art. 1071 bis del Código Civil, y por otra parte, por el art. 31 de la ley 11.723, bien que, en este último caso, con relación específica a la

preservación del derecho a la propia imagen (conf. Ekmedjian, M., Derecho a la información, Buenos Aires, 1992, p. 51).

Cabe observar, a todo evento, con particular referencia a los daños a la intimidad, que las convenciones internacionales citadas exigen la arbitrariedad o el abuso de derecho para calificar la ilicitud del ataque o injerencia a la vida privada, y ello es, precisamente, lo que consagra el art. 1071 bis del Código Civil, que convierte en norma legislativa la tutela de este derecho fundamental del hombre y, en lo que interesa, define la conducta ilícita en estos términos: "... El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad...".

9º) Ahora bien, aun cuando es muy claro que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y su ejercicio no está exenta de responsabilidades ulteriores frente a violaciones del derecho a la intimidad (máxime en los casos en que tal libertad no es más que una herramienta para dar cabida al derecho a comunicar y recibir libremente información sobre simples hechos "noticiales" sin relieve institucional), cabe observar que resulta realmente difícil encontrar una fórmula que exprese con precisión los límites recíprocos entre intimidad y libertad de expresión o prensa (conf. Rivera, J., Derecho a la intimidad, L.L. 1980-D, p. Zavala de González, M. La Libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona, JA 1982-II, p. 783), lo que ha llevado a la Corte Suprema a señalar que ninguno de esos bienes jurídicos permiten el establecimiento de una supremacía jurídica a priori del uno sobre el otro (CSJN, doctrina de Fallos: 315: 1.943, considerandos 11 y 12). En tal sentido, ha dicho el Alto Tribunal que los conflictos que pueden presentarse entre estos dos derechos, no pueden analizarse sino dentro de los límites que presenta el caso concreto, desde que la sensibilidad y la importancia de los intereses presentados en los enfrentamientos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad, aconsejan basarse en principios limitados que no van más allá que el contexto adecuado del caso en estudio. Puesto

en otros términos, su consideración mayormente abstracta, puede quedar en mera retórica si se prescinde de la consideración concreta del presunto hecho antijurídico (CSJN, Fallos 326:4638, dictamen del Procurador General).

Se impone, por ello, reseñar brevemente las circunstancias fácticas propias del caso para evitar esa consideración abstracta sobre la que advierte el Alto Tribunal.

10°) En el ejemplar del día 16/9/1998 la revista "Caras" editada por la demandada incluyó una nota periodística, acompañada de multiplicidad de fotografías, que retrataban al señor Tomás Yankelevich en compañía de la actriz Agustina Cherri caminando por las adyacencias del chalet que la familia del primero tiene en Punta del Este (República Oriental del Uruguay) y por una playa cercana. La nota fue ilustrada, además, con diversos textos.

En cuanto al contenido de los textos nada cabe ponderar en esta instancia de apelación, porque en el escrito de fs. 645/649 el actor no hizo cuestión sobre el punto, abandonando así la postura contraria contenida en su demanda.

La cuestión litigiosa se centra, pues, en las fotografías.

Se trata de diversas tomas en las que el actor aparece con su entonces novia abrazándola mientras caminaban por una playa, corriendo, jugando y descansando ambos en el césped de un parque y, en algunas, besando a Agustina Cherri.

Según se relató en la demanda, ninguna de esas fotografías resultó autorizada, fueron sacadas mediante teleobjetivos sin que los retratados pudieran advertirlo, y su publicación posterior en un medio gráfico de gran difusión comportó una intromisión en la vida privada e intimidad del actor, que le produjo un daño moral y una afectación en su imagen

11°) Sobre la base de lo expuesto me interesa destacar ahora que si bien, en ciertos casos, puede ser lesionado el derecho a la imagen protegido por el art. 31 de la ley 11.723, sin coetánea o simultánea violación del derecho a

la intimidad resguardado por el art. 1.071 bis del Código Civil, las circunstancias que enmarcan al caso muestran con nitidez, a criterio del suscripto, una hipótesis en que se ha configurado una violación a ambos órdenes y no a uno sólo de ellos (conf. Belluscio, A. y Zannoni, E., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, t. 5, p. 81, comentario art. 1071 bis, § 11).

Ello es así, porque las imágenes tomadas al actor han sido captadas y puestas en el comercio sin su autorización (aspecto tutelado por el art. 31 de la ley de propiedad intelectual), cuanto porque dicha captación no autorizada implicó, sin dudas, una intromisión arbitraria en la vida ajena (conf. Emery, M.A., Propiedad Intelectual, Buenos Aires, 1999, p. 172, texto y nota n° 11), lesionando, además, su interés jurídico a no ser fotografiado (conf. Zannoni, E., El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1982, p. 337, n° 104), sino en los casos en que él expresamente lo consienta.

En este orden de ideas, cabe recordar que el bien jurídicamente protegido por el art. 1071 bis del Código Civil es la intimidad lesionada por la divulgación ilegítima de la propia imagen, entendida esta última como un signo de la identidad y de la particular personalidad, con total abstracción de que dicha imagen hubiera sido puesta en el comercio a los fines de obtener un lucro, cuestión esta última de la que se ocupa el art. 31 de la ley de propiedad intelectual.

12°) Como dije, entiendo que la demandada es responsable, en primer lugar, en los términos del art. 1071 bis del Código Civil.

Si la intimidad se entiende como el poder concedido a una persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado (conf. Abaladejo, M. Derecho Civil - Introducción y parte general, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 365, n° 45), fácil resulta entender la ratio legis del art. 1071 bis del Código Civil.

Mediante dicha norma, incorporada por la ley 21.173, se protege -cabe insistir en ello-, la intimidad de las personas que fueren mortificadas en sus costumbres o sentimientos por razón de difundirse su retrato, perturbando de cualquier modo su intimidad. Y cuando ello ocurre, se obliga al infractor a cesar en su actividad, a indemnizar e incluso a publicar la sentencia si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación (conf. Llambías, J.J., Código Civil anotado, t. II-B, p. 308 y ss., Buenos Aires, 1979; Mosset Iturraspe, I, El derecho a la intimidad, JA doctrina 1975, p. 406; Rivera, J., ob. cit., L.L. 1980-D, p. 918; Cifuentes, S., El derecho a la intimidad, ED 57-839; Oneto, T., La violación del derecho a la intimidad como acto abusivo, LL 1978-B, p. 935).

El acto lesivo previsto por la norma es el entrometimiento arbitrario, es decir, el entrometimiento no justificado por alguna causa de orden superior, vgr cumplimiento de una obligación legal, mantenimiento del orden público, etc. (conf. Bustamante Alsina, J. Teoría general de la responsabilidad civil, p. 215/216, n° 579 quinquies, Buenos Aires, 1983), ni consentida la lesión por el ofendido (conf. Belluscio, A y Zannoni, E., ob. cit., t. 5, ps. 78/79), lo cual cuanto menos supondría: a) que el interesado preste el consentimiento que resulte exigible según los riesgos que corre y recibiendo cuando sea necesario la oportuna información si la otra parte se encuentra en condiciones de dársela; y b) que el autor de la lesión actúe en interés del lesionado y de acuerdo con la voluntad presumible de éste, y con las reglas de la diligencia exigible (conf. Díez Picazo, L., Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999, ps. 304/305).

En el sub examine, a pesar de que la demandada negó que las notas se hubieran publicado sin ningún tipo de conocimiento o autorización expresa o tácita del actor (fs. 81, punto 11), lo cierto es que no probó de ninguna manera haber obtenido una previa autorización del actor para tomar y publicar las fotografías enjuiciadas aunque, como se verá seguidamente, en algunos casos pudo haber existido un consentimiento tácito que, no obstante, no tiene aptitud para obstaculizar el progreso de la demanda.

En tales condiciones, la intijuridicidad del entrometimiento -con el alcance precedentemente indicado- surge in re ipsa, debiendo presumirse la perturbación de la intimidad del actor por el solo hecho de la publicación de su retrato en situaciones atinentes a su vida privada, y de la cual solo él es dueño.

13°) Según lo adelanté, lo obrado por la demandada también trasgredió expresamente lo previsto por el art. 31 de la ley 11.723.

Dicho precepto, tomado del art. 11 del Decreto Real Italiano de 1925, dispone que: " ... El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de sus cónyuges e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o 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 resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione confines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos y acontecimientos de interés público que se hubieran desarrollado en público... ". El art. 33 de la misma ley contempla el caso de que las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico, sean varias y haya desacuerdo entre ellas, estableciendo que resolverá la autoridad judicial. A su vez el art. 35 dispone que después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada, el consentimiento a que se refiere el art. 31 deja de ser necesario.

Aunque las normas emplean la expresión "retrato", la doctrina y jurisprudencia coinciden pacíficamente en interpretar que la alusión es al concepto más genérico de "imagen", comprensiva no sólo del retrato propiamente dicho sino de toda forma gráfica o visual que reproduzca a la persona (Emery, M.A., ob. cit., p. 176; Villalba, C. y Lipszyc, D., Protección de la propia imagen, LL, 1980-C-819; Gregorini Clusellas, E., La violación del derecho a la propia imagen y su reparación, LL, 1996-D-136).

En distintos supuestos, la jurisprudencia destacó que la publicación de fotografías por un medio periodístico, obtenidas algunas subrepticamente, o provistas por terceros, o por el propio afectado para un fin distinto, o bien facilitadas por la autoridad policial, y sin autorización del interesado, viola su derecho a la imagen, pues para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado (CNCiv., Sala A, 24/4/1985, JA 1986-II-583; íd. Sala A, 18/12/1986, JA. 1987-IV-648; íd. Sala D, 30/11/1993, JA, 1994-III-484; íd. Sala E, 4/10/96, JA, 1998-II-167; íd. Sala M, 8/11/99, "Amstutz, A. M. Y otros c/Editorial Sarmiento S.A."; íd. Sala K, 9/12/1999, "Producciones Ricardo Piñeiro SA c/ Finesse s/ daños y perjuicios"). Y es que el derecho a la propia imagen 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. En tal sentido, 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., 28/6/88, JA, 1989-1-89). Se ha afirmado, asimismo, que el derecho a la propia imagen consiste en su esencia última en el poder de impedir la reproducción de nuestra persona por cualquier medio, sea fotografía, dibujo, grabado, etc., o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento (Romero Coloma, A., Los bienes y derechos de la personalidad, Ed. Trivium, Madrid, 1985, citada por Tanzi, S., Alcances de la ilegítima utilización de la imagen, LL, 1999-A-98).

En el caso, concurren dos circunstancias que, desde la perspectiva de la ley de propiedad intelectual, confirman la responsabilidad de la demandada:

a) Las fotografías fueron tomadas sin autorización del fotografiado. Al contestar demanda Editorial Perfil SA no invocó contar con la autorización prevista por el art. 31 de la ley 11.723, y menos lo probó en el trámite del pleito.

Cabe acotar que la autorización de que se trata debe ser expresa pues así lo exige el art. 31 de la ley 11.723 (conf. Emery, M., ob. cit, p. 178), y aunque ella no necesariamente debe ser escrita, pudiendo inclusive ser presumida si de la fotografía resulta la conformidad del fotografiado (conf. Satanowsky, I. Derechos Intelectuales, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 65, nº 384, texto y nota nº 1), lo cierto es que del examen de las fotografías tampoco surge una conformidad de este último tipo pues, de acuerdo al peritaje de fs. 328/329, todas las tomas fotográficas fueron hechas con teleobjetivo a mucha distancia o a una distancia pronunciada.

Consiguientemente, no puede en una autorización siquiera tácita.

b) Es irrelevante la circunstancia de que se hubieran tomado en un lugar público.

Aun cuando fueran públicos y no privados los lugares en donde fue retratado el actor (en principio, una playa es un lugar público), lo cierto es que la solución de fondo no variaría, pues en ese caso, el consentimiento del art. 31 de la ley 11.723 también resulta requerido. Así lo resolvió la Corte de Apelaciones de París en un caso en que debió resolver sobre la procedencia de una demanda promovida por un obrero fotografiado mientras trabajaba en un techo, cuya imagen fue posteriormente colocada en un afiche de difusión (CA París 6/6/85 "Soc. Fotogram c. Michel et autre" D 1986-IR 49).

Asimismo, en nuestra jurisprudencia también se encuentran numerosos casos en los que se ha responsabilizado a los autores y/o editores de fotografías no autorizadas que fueron obtenidas en lugares públicos, pues esta última circunstancia no permite por sí misma su explotación comercial (conf. C.Civ. 1ª, Cap., 31/3/43, JA 1943-U, p. 309, voto del Dr. Tobal; CNCiv. Sala I, 30/4/98, LL 1998-D, p. 632; CNCiv. Sala A, 27/10/87, ED 126-464; Emery, M., ob. cit., p. 182).

14º) No es el actor, por lo demás, una persona de alta exposición pública o notoriamente conocida. Lo que más podría decirse es que su presencia pública, derivada mayormente de su

parentesco con personas vinculadas al medio artístico, es de aquellas que por ser relativamente fugaz, resulta olvidada por el público algún tiempo después. Su situación encuadra en lo que la jurisprudencia norteamericana ha definido como public figures for a season (conf. Puig Brutau, J., Fundamentos del derecho Civil, t. U, vol. III, p. 241, Barcelona, 1983).

De cualquier forma, ni siquiera suponiendo por vía de hipótesis que el actor fuera un personaje público, la decisión variaría.

Esto es así, porque en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance no puede transgredir el límite de lo privado, y menos sosteniéndose que personas que de este tipo no tiene un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión (CSJN, Fallos: 306:1892, considerando 9°). Efectivamente, aun la persona pública, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función o trabajo, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo ser humano, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad. Nadie puede ser incomodado dentro de la zona de reserva personal.

15°) Aunque con referencia a un escenario fáctico distinto del que presenta el caso de autos, la solución confirmatoria del progreso de la demanda que propicio mediante este voto, tiene un parejo reflejo en un precedente del Tribunal Supremo de España, que conviene recordar.

En efecto, en la sentencia del 22/3/2001, nº 281 (caso "Doña Carina c/ Europa Press, S.A."), dictada por la Sala Civil de dicho alto tribunal español se estableció que " ... No se respeta ni la intimidad ni la imagen de las personas, que son derechos irrenunciables,

aunque disponible con ciertas condiciones, cuando, se capta y fotografía sorpresivamente un acto reservado; ello produce una clara y osada invasión en lo que conforma espacio vital privado de la persona, no obstante tratarse de un personaje de notoriedad social, toda vez que también estas personas tienen derecho a preservar su intimidad e imagen frente a los ataques ilegítimos ... Se trata de una publicación innecesaria, pues ha de distinguirse lo que representa utilidad general informativa correcta, que puede interesar al público por la relevancia de las personas y del acontecimiento y esté en consonancia con su actividad profesional, artística o social, del concepto, más restringido, y que la ley censura al no prestar su autorización, que ha de referirse a aquella utilidad que sólo se presenta como comercial, por no darse la circunstancia de responder a suceso público alguno, y sólo obedece a obtener una mayor difusión de la revista presentando a los lectores actividades íntimas de las personas, que sólo atraen la atención de una audiencia, que se alinea con la publicación, sin otra motivación que la curiosidad por el prójimo, lo que no se puede en manera alguna fomentar ... La captación sin consentimiento de la imagen de una persona para su reproducción periodística, no la justifica su sola explotación con fines mercantiles o publicitarios. Ante el solo interés crematístico no hace ceder el derecho fundamental a la protección de la propia imagen..."

16°) A fin de dar una acabada respuesta a los planteos de la demandada vinculados al fondo del asunto, creo necesario concluir señalando que la doctrina de la real malicia que invoca no resulta aplicable en la especie.

El standard de la real malicia adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos casos (Fallos 310:508, entre otros), siguiendo el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "New York Times Co. vs. Sullivan" -376 U.S. 254 (año 1964), se refiere al supuesto de demandas de funcionarios públicos que reclaman en juicio contra medios periodísticos, exigiéndoles que acrediten que la noticia que supuestamente los difama fue publicada con conocimiento de que era falsa o con despreocupación de si lo era o no. Y si bien,

más tarde, la corte norteamericana extendió esa doctrina a otras situaciones diversas (vgr. a personas públicas distintas de los funcionarios, pero con responsabilidad o control notables sobre la dirección de los asuntos de gobierno - caso "Rosenblatt v. Baer", 338 U.S. 85, 1966-; personas públicas que, sin tener injerencia en los asuntos del gobierno, tienen no obstante acceso a los medios de difusión y una mayor capacidad de réplica que el ciudadano común frente a los ataques que pudiera sufrir - caso "Curtis Publishing Co. v. Butts and The Associated Press", 388 U.S. 130, 1967-; personas no famosas si la cuestión versa sobre asuntos de interés público o general - caso "Rosenblomm v. Metromedia Inc.", 403 U.S. 29, 1971-), lo cierto es que jamás el standard de la real malicia fue aplicado para juzgar la responsabilidad del medio de prensa cuando se trata de intromisiones suyas en la vida privada de personas sin relieve público o con él pero en contextos totalmente ajenos a su tarea profesional, hipótesis en las que la responsabilidad debe juzgarse conforme al factor de atribución que resulte aplicable según la legislación común.

17º) Lo expuesto hasta aquí, basta para rechazar los agravios de la demandada referentes al fondo del asunto, correspondiendo confirmar la sentencia en lo principal que decidiera.

Es menester ahora, ingresar en el tratamiento del monto indemnizatorio, aspecto respecto del cual los agravios de las partes tienen finalidades opuestas.

El art. 1071 bis del Código Civil prevé una indemnización que se fijará equitativamente, lo cual tiene analogía con la prevista en los arts. 907, segunda parte, y 1069 in fine, del mismo cuerpo legal (conf. Llambías, J., ob. cit., t. II-B, ps. 312/313, nº 14).

Por su lado, el art. 31 de la ley 11.723 da lugar a un derecho de indemnización por la simple exhibición no consentida de la imagen, en el entendimiento de que por sí sola genera un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello, sin descartar, que pueda producirse, además, una lesión a la intimidad, como ocurre en el caso

(CNCiv, Sala E, 4/10/1996, Carrizo, J. c/ Editorial Atlántida S.A. si daños y perjuicios; íd. Sala H, 15/4/2004, "Bocanera, Orlando c/ Diario Clarín y otro s/ daños y perjuicios").

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, está determinado por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella (conf. Trigo Represas, F. y López Meza, M., Tratado de la responsabilidad civil, t. IV, p. 225, Buenos Aires, 2004).

No obstante, cabe tener presente que el quantum del resarcimiento, si bien constituye un factor disuasivo de las conductas ilícitas, también puede convertirse, en caso de exceso, en factor de debilitamiento del desempeño de la prensa responsable. En este sentido, el monto no debe ser simbólico ni ínfimo, pero tampoco debe entrañar un enriquecimiento sin causa del reclamante y debe guardar equilibrio con la configuración que el propio sujeto lesionado ha dado al ámbito de reserva tutelado, lo cual determina la medida en que la conducta del medio de prensa merece la calificación de arbitraria.

Desde la perspectiva de lo expuesto, ponderando por un lado las constancias de la causa que dan cuenta de la perturbación sufrida por el actor, (testimonios de fs. 181 vta., 182 vta., y 186; peritaje psicológico de fs. 278/281), el hecho de que ha cultivado, generalmente, un perfil bajo en cuanto a la difusión de su vida personal (testimonio de fs. 187 vta), y restantes condiciones de aquél, así como las características de la publicación enjuiciada (conf. peritaje de fs. 411/415), y el carácter resarcitorio que tiene la indemnización del daño moral, estimo apropiado reducir la indemnización a la suma de \$ 25.000.

Apunto, a esta altura, que resulta absolutamente improcedente la pretensión del actor de fijar la cuantía del referido resarcimiento teniendo en cuenta el efecto que sobre ella tendría la aplicación de la quita propuesta a los créditos quirografarios en el concurso preventivo de la demandada (fs. 645 vta/646). Ello es así, porque el quantum de

toda indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el daño a resarcir en sí propio y con independencia del porcentaje de pago comprometido en el concordato preventivo para los acreedores comunes; admitir otra cosa, significaría excluir al acreedor de tal indemnización de la pérdida común que le toca compartir junto con el resto de los acreedores, lo que lesiona la par condicio creditorum.

En fin, observo que la reducción que propicio en la indemnización debida no trae consecuencias respecto de la imposición de los gastos causídicos, pues el centro del litigio versó sobre la atribución de responsabilidad que, negada por la demandada, obligó al actor a reclamar por el reconocimiento de sus derechos.

18º) El juez a qua rechazó la petición del actor de que se condene a la demandada para que se abstenga de publicar notas sobre la vida personal e intimidad. Dijo al respecto que no veía interés práctico en la petición y que el deber de abstención se encontraba insito en la condena que se dictaba (fs. 605).

Contra ello apela el actor (fs. 648), pero su agravio no puede ser admitido.

El art. 1071 bis del Código Civil solamente permite condenar al demandado a cesar en su conducta lesiva del derecho de la intimidad "...si antes no hubieren cesado...", sus actos de intromisión.

En el sublite, los actos de intromisión agotaron su virtualidad con la publicación de las fotografías enjuiciadas, y no puede decirse que la demandada persista en su ejecución en la actualidad. Es decir, los actos de que se trata han cesado en los términos de la norma indicada.

En esos términos, la condena pedida por el actor no tiene base legal, siendo claro, además, que imponerle a la demandada un deber de abstención con eficacia hacia el futuro como el que se pretende, equivale a instalar una censura previa a la libertad de prensa reprobada por el art. 14 de la Constitución Nacional, con el agravante de que sería el poder del estado llamado a preservar esa

garantía constitucional el instrumento de tal censura.

Corresponde reiterar, a todo evento, que lo anterior no significa excluir responsabilidades ulteriores de la demandada, para el caso de que reitere una conducta dañosa como la examinada en autos ..

19º) También es improcedente el recurso del actor en cuanto pretende que se declare que los honorarios por regular en concepto de costas constituyen un crédito post-concursal no alcanzado por la convocatoria de acreedores de Editorial Perfil S.A.

Al respecto, cabe recordar el criterio según el cual tratándose de honorarios judiciales, se impone su tratamiento concursal aunque hubieran sido regulados luego de la presentación en concurso, si corresponden a tareas cumplidas con anterioridad (CSJN, 2/12/93, "Espíndola, Plácido M. y otros c/ Imar S.A.", Fallos 316:2706; CNCom. Sala E, 23/10/89, "Seoane, Oscar c/ Soco Española de Beneficencia").

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que los honorarios, en razón de su carácter accesorio, deben seguir la suerte de lo principal -que, en el caso, es el crédito del actor- (conf. dictamen del Procurador General, en el precedente citado de Fallos 316:2706), no puede ser admitido el pretendido carácter post-concursal.

Por lo tanto, corresponde concluir que los honorarios por regularse en concepto de costas se encuentran alcanzados por la convocatoria de acreedores de Editorial Perfil SA, como créditos concursales.

20º) A juicio del suscripto, es pertinente la apelación de la demandada en cuanto se agravia de la decisión adoptada por el juez a quo referente a la publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación.

Si bien el art. 1071 bis del Código Civil autoriza esa publicación, ella debe ser denegada cuando no se advierte el real beneficio para el reclamante (CNCiv, Sala M, 8/11/1999, JA, 2000-III-288). Adviértase que la publicación de

la sentencia cabe "... si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación... ", y en el caso de autos no se aprecia que ello sea así teniendo en cuenta que con la publicación del fallo no se contribuiría a reparar la ofensa soportada. Al respecto, obsérvese no hay beneficio alguno que derive de la publicación pretendida, pues no ha estado en juego el derecho al honor por la difusión de noticias inexactas o agraviantes. Por lo demás, se trata de una publicación aparecida hace varios años, que posiblemente pocos recuerden.

Téngase en cuenta, de otro lado, que la doctrina es conteste en que la publicación de la sentencia tiene virtualidad resarcitoria (conf. Bianca, C., *Diritto Civile - La responsabilita*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, t. 5, p.. 191/ 192, nº 73), Y es idónea para neutralizar los efectos futuros del daño moral, con apoyo en lo dispuesto por el art. 1071 bis y 1083 del Código Civil, en tanto la víctima así lo considere y el juez lo estime oportuno (conf. Pizarra, R., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, p. 299; Zannoni, E., ob. cit., ps. 299/300, nO 96; Rivera, J.C., *Publicación de sentencias que hacen al estado civil*, ED, 157-737). Mas en el caso, el resarcimiento se agota en el pago de la indemnización acordada.

21º) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: a) confirmar la sentencia de primera instancia en 10 principal que decidió, modificándola en cuanto al monto de la indemnización debida, que se fija en \$ 25.000; b) dejar sin efecto el fallo en cuanto ordenara

su publicación en el diario Clarín; c) declarar que los honorarios por regularse en carácter de costas se encuentran alcanzados por el concurso preventivo de Editorial Perfil S.A. Las costas de alzada deben imponerse a la demandada vencida en 10 sustancial en ambos recursos (art. 68, primera parte, del Código Procesal).

Así voto.

Los señores jueces de Cámara, doctores Vassallo y Dieuzeide adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decidió, modificándola en cuanto al monto de la indemnización debida, que se fija en \$ 25.000.

(b) Dejar sin efecto el fallo en cuanto ordenara su publicación en el diario Clarín;

(c) Declarar que los honorarios por regularse en carácter de costas se encuentran alcanzados por el concurso preventivo de Editorial Perfil S.A.

(d) Imponer las costas de alzada a la demandada vencida en ambos recursos (art. 68, primera parte, del Código Procesal).

GERARDO G. VASSALLO JUAN JOSÉ
DIEUZEIDE PABLO D. HEREDIA