

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. Intimidad.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K

FECHA: 8-4-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original

OTROS DATOS: Expediente 34.665/07

SUMARIO:

“La ley 11.723¹ prescribe en su art. 31 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 su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo los daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público».”

[...]

“En esa inteligencia, sólo se considera lícita la comercialización de la imagen de una persona cuando ésta da su consentimiento, sin que el solo hecho de conferir consentimiento para que se comercialice la imagen, otorgue a la otra parte un derecho absoluto, irrestricto e ilimitado”.

“A su vez, las excepciones enunciadas tienen límites en cuanto no pueden innecesariamente lesionar la intimidad, el honor o la identidad personal del afectado ...”.

[...]

“Y aún de mediar un interés general prevaleciente para divulgar un acontecimiento en que interviene una persona, el hecho es antijurídico si la reproducción de la imagen era superflua para el fin general de que se trate. De allí que el objetivo cultural debe interpretarse en forma restrictiva”

“Se ha dicho así que el legislador ha prohibido- como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que sólo cede si se dan circunstancias

¹ Ley argentina de Propiedad Intelectual, nota del compilador

que tengan en mira un interés general, que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho. No todo acontecimiento desarrollado en público autoriza la difusión de la imagen con cualquier fin ...”.

“En el caso, la fotografía de S. fue publicada sin autorización y la temática referida en la nota que originó tal publicación, relacionada a los supuestos hábitos y escenarios de las vidas privadas de las personas homosexuales, no reviste a mi criterio interés científico, cultural o de interés general, en todo caso, como bien sostiene la a quo, la exposición está relacionada a una órbita tan íntima como lo es cualquiera que se vincule con la sexualidad, a la que el actor tenía todo el derecho de preservar”.

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 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 8 días del mes de abril de 2009, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos: "S., L. c/ Editorial Perfil SA s/ daños y perjuicios", y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, el Dr. Ameal dijo:

I. Vienen estos autos a este tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 145/54, expresando agravios la demandada en la memoria de fs. 175/79, cuyo traslado fuera contestado por su contraria a fs. 181/86.

II. Antecedentes:

L. S. promueve demanda de daños y perjuicios contra Editorial Perfil S.A. con motivo de la publicación no autorizada de su fotografía en la edición 1549 del 2 de septiembre de 2006 en la revista "Noticias de la semana" en el contexto de una nota sobre una investigación titulada

"Tras los crímenes de Recoleta- Así vive la clase alta gay".

Adujo el actor que la publicación de su imagen en el ámbito de un espectáculo de strip-tease masculino sin su consentimiento y sin ningún tipo de cuidado, viola lo dispuesto por el art. 31 de la ley 11.723, en tanto tal accionar no () se encuentra comprendido dentro de las excepciones previstas por el art. citado, al no resguardar ningún interés superior, o interés general, científico o cultural, habiendo incurrido asimismo, en una intromisión arbitraria en su intimidad en los términos del art. 1071 bis del Código Civil.

Tal publicación tuvo una repercusión negativa entre sus allegados, conocidos y en especial su familia, debiendo soportar comentarios, preguntas, chanzas y planteos, a los que tuvo que hacer frente y prestar las correspondientes explicaciones, provocándole ello un desmedro espiritual cuyo resarcimiento reclama.

La demandada negó en el responde que la fotografía publicada se corresponda con la del actor, esgrimiendo que la nota de referencia no

identifica a ninguna persona con nombre y apellido y que no se puede tener certeza adecuada de la identidad de los retratados. El artículo, sostiene, carece de conclusiones propias que puedan constituir un demérito respecto a las personas de esa condición, esgrimiendo en su resguardo que se encuentra comprendida dentro de la excepción contemplada por el art. 31 de la ley 11.723, toda vez que no cabe duda de la finalidad cultural y social de la nota y sobre la actualidad de su tratamiento. La actividad de su parte en nada se entromete en la esfera privada del actor quien pretende por medio de falsas afirmaciones responsabilizar a la demandada de un daño inexistente con el único objetivo de obtener un enriquecimiento incausado.

III. Sentencia.

La a quo admitió la demanda interpuesta contra Editorial Perfil S.A. con fundamento en lo dispuesto por el art. 31 de la ley 11.713, al haber sido publicada la fotografía del actor sin su autorización y para ilustrar una nota referida a temas propios de la esfera íntima de cada persona, como lo es lo ligado a la sexualidad, todo ello sustentado con profusas citas jurisprudenciales y doctrinarias, condenando a la demandada a abonar a L. S. en concepto de daño moral la suma de \$50.000, con más intereses y costas.

IV. Agravios.

Contra dicha decisión se alza la accionada.

Sostiene que la libertad de prensa es una garantía estratégica dentro de nuestro derecho positivo, razón por la cuál no puede interpretarse, como lo hace el fallo en crisis que se haya cumplido la condición de "poner en el comercio" las fotografías pertenecientes al actor.

En segundo lugar, esgrime que el artículo revestía un interés público indudable y se realizó en un lugar de acceso público, mal puede entenderse entonces que la conducta atribuida a su parte constituya una lesión al derecho a la imagen y a la intimidad.

Tampoco se identificó al actor con ningún dato personal en dicha nota, agregando, que quien permanece en un bar de esas características está expresando públicamente sus costumbres e inclinaciones sexuales, aspecto sobre el cuál el artículo periodístico no entró a juzgar de ningún modo.

Entiende por último, que corresponde aplicar la doctrina de la real malicia, y en tal sentido la ausencia de malicia y la necesidad de demostrar un dolo específico en el autor de una nota de prensa, descarta la posibilidad de que el medio periodístico sea responsable por las eventuales interpretaciones o pensamientos que sean motivo de opiniones de terceros.

En función de ello solicita el rechazo de la demanda con costas. En subsidio pretende la reducción del quantum otorgado en concepto de daño moral.

V. Planteada así la cuestión, corresponde, conforme a un orden metodológico adecuado, analizar en primer lugar las manifestaciones vertidas por la actora respecto a que los agravios deducidos por la demandada no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia. En tal sentido debe recordarse que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A-573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513).

En ese marco, y dado que la quejosa al expresar su disconformidad con el pronunciamiento en vista ha dado cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que

habrá de desestimarse la pretensión perseguida por la actora.

VI. Cabe en consecuencia pronunciarse sobre la procedencia de las quejas vertidas.

En tal sentido, puedo adelantar opinión en el sentido que las mismas no habrán de recibir acogida, toda vez que resultan a mi juicio ineficaces para acordar fundamento a la petición revisoria que sustentan. Y ello toda vez que el análisis de las constancias obrantes en el expediente no permite arribar a una solución distinta a la que en definitiva propiciara la Sra. juez a quo en su meditado y fundado pronunciamiento. La fotografía del actor obtenida sin su autorización, se encuentra vinculada a una investigación periodística sobre los crímenes "que alarman al establishment gay" (p. 80 de la revista reservada en sobre cerrado) titulada "Tras los Crímenes de Recoleta. Así vive hoy la clase alta gay" seguida del siguiente párrafo "El asesinato del ganadero... es el último de una serie negra. ¿Asesino serial o promiscuidad vip? El mundo secreto en los hoteles 5 estrellas, restaurantes y chacras marítimas. Qué es Gayland. La insólita atracción por los cartoneros. Hablan los taxi boys que trabajan para el establishment". En este marco se publicó, entre otras imágenes, la del actor, la que aparece en un bar donde se presenciaba un espectáculo de Strip-tease masculino (p. 85).

Cabe analizar en el marco de los agravios vertidos, si la conducta desplegada por la demandada al divulgar una fotografía del accionante obtenida sin su autorización, en el contexto que involucra la temática de la publicación, se encuentra comprendida dentro de las excepciones previstas en el art. 31 de la ley 11.723 que regula en nuestro país el derecho a la imagen, o en su caso, si además de constituir una ilegítima utilización de la imagen afectó el derecho a la intimidad del actor.

A fin de resolver la controversia, corresponde efectuar algunas consideraciones en torno al derecho a la imagen y su protección jurídica.

Toda persona tiene derecho sobre su imagen, es decir, de facultades para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma (conf. Ramón D. Pizarro, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación", p. 339). Hoy se acepta en forma mayoritaria que la existencia del derecho a la propia imagen es independiente de otros derechos personalísimos como el honor y la intimidad; de allí que pueda ser lesionado sin que ello forzosamente traiga aparejado minoración de la intimidad, del honor o del derecho a la identidad personal (Conf. Cifuentes "Los derechos personalísimos", p. 315 y ss.; y "El derecho a la imagen" en ED 40-670; Belluscio "Código civil Comentado, anotado y concordado" T. 5, p. 81; Zavala de González "Resarcimiento de daños", T. II, p. 171/73). Ello no obsta sin embargo, para que una misma acción pueda ser apta para provocar, además de una lesión a la imagen, un daño a la intimidad o al honor (Conf. Cifuentes ob. cit., p. 502 y ss.; Vázquez Ferreyra, "El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen"; JA 1989-III-814).

La simple exhibición no consentida de la imagen afecta entonces el derecho que se intenta proteger por medio del art. 31 de la ley 11.723 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, como fuera dicho, la obtención o la difusión de la imagen, sin conformidad del interesado, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad (Conf. Cám. Nac. Civil, Sala C en ED 99-713, ídem Sala D, en LL 1994-D-p. 147 con nota de Villalba "La investigación científica y el respecto de la personalidad). Y es que, 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 (Conf. esta Sala, en autos "Labi, Sergio J. C/ Editorial Perfil S.A. S/ Daños y Perjuicios", del 09/12/1999, CNCiv. Sala C, "Gómez c/ Gelblung" (L.482.270 del 19/02/2008; ídem "M.N.A. c/ Torneos y Competencias Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios", L.507.504, Expte. 10.664/05, 25/11/08, entre muchos otros).

La ley 11.723 prescribe en su art. 31 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 su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcando los daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

La expresión "poner en el comercio" debe ser entendida en el sentido amplio: exhibición, difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido" (Conf. Orgaz, "Las personas individuales", pp. 166 y 169; Cifuentes, "Los derechos personalísimos", pp. 323 y 324; Ramón D. Pizarro "Responsabilidad civil de los medios de comunicación", p. 341/42).

El derecho a la imagen, como todos los que reconoce la Constitución Nacional, expresa o implícitamente, no es absoluto (Fallos: 257:275; 258:267 --La Ley, 115-437; 114-515--; 262:205), pues todos deben actuarse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460 --La Ley, 111-498; 120-376; 123-959, 13.815-S-). Conforme la norma citada, los supuestos que facultan la utilización de la imagen son a) el consentimiento del interesado; b) asuntos de interés general; c) acontecimientos desarrollados en público y d) fallecimiento de la persona de cuya imagen se trate, si no existen parientes sobrevivientes.

Como regla, sólo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de su imagen. En ese orden destaca Zavala de González en su obra "Resarcimiento de daños", T. 2 d, p. 179; que: "El consentimiento no es verdaderamente una excepción a la libre utilización de la imagen sino, antes bien, una exigencia como principio. Principio que a su

vez, tiene ceñidas salvedades, desde que la mediación de consentimiento no autoriza cualquier publicación".

En esa inteligencia, sólo se considera lícita la comercialización de la imagen de una persona cuando ésta da su consentimiento, sin que el solo hecho de conferir consentimiento para que se comercialice la imagen, otorgue a la otra parte un derecho absoluto, irrestricto e ilimitado.

A su vez, las excepciones enunciadas tienen límites en cuanto no pueden innecesariamente lesionar la intimidad, el honor o la identidad personal del afectado. En cuyo caso se extralimita la autorización legal y nace la responsabilidad consiguiente. Es decir, las excepciones son de interpretación estricta y no pueden ser objeto de abuso. (Conf. Ob. cit. p. 179).

De allí que la obtención y difusión de la imagen es libre cuando obedece a un interés general prevaleciente. La primacía del interés general se decide desde una perspectiva objetiva, por los valores que implica para la comunidad y no porque simplemente, sea fruto de la curiosidad del público. Por ello, se exige la mediación de un sano interés público (conf. Mosset Iturraspe, "Daños a los derechos de la personalidad", JA, 1971-346. secc. Doctrina; Zavala de González, ob. cit., p. 187).

Y aún de mediar un interés general prevaleciente para divulgar un acontecimiento en que interviene una persona, el hecho es antijurídico si la reproducción de la imagen era superflua para el fin general de que se trate. De allí que el objetivo cultural debe interpretarse en forma restrictiva.

Se ha dicho así que el legislador ha prohibido como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general, que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho. No todo acontecimiento desarrollado en público autoriza la difusión de la imagen con cualquier fin. (CSJN 28/6/88, JA 1969-I-89).

En el caso, la fotografía de S. fue publicada sin autorización y la temática referida en la nota que originó tal publicación, relacionada a los supuestos hábitos y escenarios de las vidas privadas de las personas homosexuales, no reviste a mi criterio interés científico, cultural o de interés general, en todo caso, como bien sostiene la a quo, la exposición está relacionada a una órbita tan íntima como lo es cualquiera que se vincule con la sexualidad, a la que el actor tenía todo el derecho de preservar.

Tan es así que la persona retratada en la tapa aparece con el rostro encubierto; se reproducen fotografías de hombres de espalda y también entrevistas donde se guarda la identidad de las personas involucradas. Resguardos estos que no fueron tomados respecto de la fotografía del actor, a la que los propios testigos propuestos por la demandada otorgan el carácter de superflua, demostrando con ello el carácter innecesario que a los fines de la nota tenía la publicación de la fotografía del accionante.

En efecto, G. A. G., (fs. 123/24) destaca que se trataba de un fotografía absolutamente secundaria de la nota; que se la incluyó solo para hacer referencia al estado de preocupación que reinaba en algunos círculos de la comunidad gay a raíz de los recientes crímenes, destacando que la idea no era individualizar a algunos de ellos, por lo que se eligió una foto de situación donde ninguna persona tuviera protagonismo, publicándosela para reflejar la preocupación en esos círculos, sin mencionar el nombre de ninguno de los que pudieron aparecer en la misma ya que no tenían nada que ver con el tema central de la nota. En igual sentido declara A. R. D. (fs. 125/26).

No solo se ha comprometido en el caso, el derecho a la imagen sino también el respecto a la intimidad del actor, al inmiscuirse sin necesidad, tal como la propia demandada reconoce, con la reserva de la existencia privada del sujeto.

Las declaraciones brindadas por los testigos ofrecidos por la actora son elocuentes al respecto.

C. G. (fs. 105), al responder acerca de las consecuencias negativas que tuvo la publicación de la nota en la vida del actor dijo: "...consecuencias negativas obviamente, no fue una nota feliz, dado que apareció en una nota de clase alta de crímenes, mas que nada el miedo y la inseguridad de aparecer en una revista como persona de clase alta que no lo es, mas allá de eso que la gente se enterara de su condición sexual a través de la misma...", "...lo tildaron de maricón..."

H. M. B. (compañero de trabajo) manifestó a fs. 106 que "...sí, tuvo repercusión de hecho en el trabajo, hubo comentarios, hasta del propio jefe..., cambio el trato hacia L. a partir de esa nota...", "...el jefe ... lo objetaba más y discutía de una manera agresiva y despectiva...". Agrega que le preguntaban permanente, si era verdad que S. era gay o no era gay.

A. C. (fs. 109/10), señala que la nota tuvo repercusiones en lo personal y en lo laboral, provocándole problemas y discusiones con su padre, con el que ahora mantiene un relación muy distante.

S. S. (fs. 111/12), hermana del actor, manifestó que la nota fue muy conflictiva porque su papá no sabía que su hermano era gay, y a partir de ahí hasta la fecha se modificó la relación entre ellos, destacando además la afectación que tuvo no sólo por el modo en el que se enteró, sino también por la connotación de la nota, donde se hablaba de prostitución, asesinatos, "...de cosas que mi hermano no es y no va a ser nunca en su vida..." . Puntualmente destacó que el jefe lo llamó, le mostró la revista y le dijo "que es esto"; con los amigos hay alguno de ellos que no ve y en cuanto a su familia no solo afectó la relación con su padre si no además con su abuela y algunos tíos. "L. era una persona reservada y con esto violaron su intimidad ante todo el mundo..."

En forma similar se expresó el testigo J. M. S. W. (fs. 114).

Por lo demás, no puede sostenerse que se trate de un evento desarrollado en público, señalando al respecto el testigo Cotón, que el lugar donde le sacaron la fotografía al actor no tiene ventanas del lado de afuera, tiene un portón negro, no existiendo posibilidad de ver hacia adentro. Se trata de "un bar que se llama Chueca, es de un público en particular, para el público gay, igual convengamos que es un bar que no es muy vistoso de afuera, no tiene nombre ni ventanas, no tiene una gran iluminación...". A ello se refiere asimismo W.. Destaca en tal sentido Pizarro que "La noción de hechos desarrollados en público que contiene el art. 31 de la ley 11.723 debe ser prudentemente valorada, pues su interpretación literal puede resultar, en ciertos supuestos, excesivamente amplia; de allí la conveniencia de interpretarla en estrecha armonía con la regla del art. 1071 del Código Civil (ob. cit. 344/45).

Carece de interés asimismo, que no haya habido dolo ni intención de dañar en la reproducción de su imagen, invocando la demandada la aplicación de la teoría de la "real malicia".

Sobre el punto cabe señalar, que la doctrina civilista ha sido reacia a su aplicación. Se sostiene al respecto que el art. 1109 del Cód. Civil no discrimina a propósito del autor y de la víctima, y que tampoco el art. 512 establece distinciones entre grados o niveles de culpa, a lo que se agrega lo dispuesto por el art. 902 en torno a la mayor previsibilidad que cabe exigir a quienes hacen de la labor informativa su profesión habitual (Zavala de González, M., "Resarcimiento de daños", t. 2-C, p. 473/6; Alterini-Filippini, "Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo", LA LEY, 1986-C, 406; Belluscio, A. --con la colaboración de S. Lima--, "Daños causados por la publicación de noticias" en "Derecho de daños", p. 371 y ss; López Cabana, R., "Responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la difusión de noticias", en Responsabilidad por daños, II, p. 27 y ss; Bustamante Alsina, J.,

"Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas", LA LEY, 1989-B, 286; Ghersi, C., "Intrusión a la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación", en Mosset Iturraspe y otros, "Daños", p. 69 y ss.; despacho mayoritario de la Comisión I de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, y de la Comisión 4 de las Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al doctor Bustamante Alsina). También se ha dicho que la aplicación de esta teoría, en tanto implica la creación de una "supercausal subjetiva", es contraria al art. 14 de la Constitución, y que la responsabilidad civil debe atenerse a las normas del Código o de leyes especiales (Cifuentes, S., "El honor...", cit.). Otros admiten en principio el sistema subjetivo pero con la variante de convertirse en objetivo cuando mediase abuso del derecho (Zannoni, E., "El factor de atribución de la responsabilidad de los medios de comunicación", en Responsabilidad por daños, II, p. 23 y ss; Ferreira Rubio, "El derecho a la intimidad", pp. 143/4). Asimismo, en una postura más extrema algunos sostienen que el factor de atribución es objetivo y basado en la teoría del riesgo creado (así Pizarro, ob. cit., p. 257 y ss.).

Por lo demás, y para quienes admiten esta doctrina, la misma no tiene cabida cuando no se trata de noticias atinentes a funcionarios públicos (v. Ekmekdjian, M. A., "Derecho a la información", pp. 59/60, Buenos Aires, 1992). Es que el estándar de "protección atenuada" derivado de la doctrina sólo es aplicable a los casos en que funcionarios o figuras públicas están comprometidos en temas de interés general, relevancia pública o importancia institucional (conf. CSJN, 106.156, 2003/08/05, ejemplar de La Ley del 10/9/03, p. 6; Badeni, Gregorio; (Doctrina de la real malicia, pub. En LL del 9/4/97, pp. 1/7; jurisp. CNCiv., sala G del 19/9/2001 en autos: (Barreiro, Hipólito C. v. Fernández, Mario A. y otro). No es el caso de autos, en que el sujeto pasivo -la víctima- contrariamente a los fallos que cita la demandada, es un ciudadano común, por lo que corresponde el rechazo de los agravios articulados sobre este aspecto. Lo que interesa es que los autores de la nota obraron sin autorización y sin "oscurecer" o "paliar" la imagen fotográfica evitando así, un

reconocimiento patronal, amical y familiar susceptible de conllevar un perjuicio semejante al accionante, cuando la propia demandada reconoce su carácter secundario dentro de la nota, la que por cierto no puede considerarse que revista un interés general, cultural o científico, susceptible de ser incluida en las excepciones previstas en el art. 31 de la ley 11.723, provocando al actor un perjuicio espiritual (conf. testimonios brindados) que merece una condigna reparación en aras al principio de reparación plena. El desenvolvimiento de la función específica de la prensa no roza ni debe rozar los intereses individuales, sino en virtud de su conexión y subordinación a otros sociales y prioritarios (Conf. Zavala de González, Matilde, "La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona", JA, 1992-II-786). En función de lo expuesto, entiendo que se ha consumado la vulneración del derecho a la imagen y a la intimidad del actor, como lo señala la a quo en interpretación y con argumentación jurídica que personalmente comparto, de allí que si mi voto es compartido habré de proponer la confirmatoria del fallo recurrido.

VIII. Sentado lo anterior, corresponde examinar los agravios vertidos por la recurrente respecto de la cuantía de la indemnización fijada en concepto de daño moral.

Sobre la cuestión, enseña Ramón Daniel Pizarro, que el daño moral importa, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral, p. 47). La opinión doctrinaria casi uniforme considera que la tesis resarcitoria contempla con mayor certeza el fundamento de la reparación del perjuicio experimentado por el damnificado, con ello quedo superada la concepción que entendía analizar el tema focalizando su

atención en el autor, propiciando la imposición de una sanción ejemplar a este último.

Es así que se diferencia la noción de daño reparable en sentido amplio conceptualizándolo como la lesión a cualquier derecho subjetivo, de otra acepción estricta, que entiende que dicha lesión recae sobre ciertos derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial.

Este último significado -relevante en derecho de daños- pone en evidencia que la consecuencia de la lesión al derecho subjetivo siempre es cuantificable en dinero.

La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio como ocurre en el daño moral.

En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos daños de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (p. 240) que "El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto". La tesis resarcitoria tiene plena vigencia en doctrina nacional, por lo que, en la valuación del daño

moral padecido, no debe primar la idea de placeres compensatorios que servirían para brindar consuelo a la víctima, sino que es necesario estimar la entidad objetiva del daño, para repararlo con equidad. No obstante lo expresado, en tal justipreciación debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta cometida por el agravante, sin que ello implique adoptar "in totum" la idea sancionatoria;; ello es así en razón que la actitud que adopta el ofensor no puede ser ignorada por el juzgador, quien debe tenerla presente, porque la extensión del resarcimiento en nuestro derecho positivo se inclina por un sistema mixto que además del daño objetivamente considerado tiene en cuenta el factor de atribución con el que obra el ofensor (Conf. Derecho Obligaciones, Alterini, Ameal, López Cabana, p. 259, nº 579 (3).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado.

Debe decirse además que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral.

La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que

origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que "conforme el curso normal y ordinario" permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio.

Asimismo es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura.

En función de ello y considerando que la publicación de la fotografía del actor afectó su esfera íntima, como así también su vida de relación y profesional, es que se justifica ampliamente la extensión del resarcimiento en función de la reparación plena, no resultando en modo alguno elevado el quantum acordado (50.000), que es el que fuera peticionado en la demanda, por lo que propongo su confirmatoria.

X. Por las razones expuestas, expido mi voto porque se confirme la sentencia apelada en todo lo que decide, manda y fuera objeto de agravios. Las costas de la Alzada se imponen a cargo de la demandada en su carácter de parte vencida (art. 68 del ritual).

Las Dras. Díaz y Hernández por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ámela vota en igual sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, abril 8 de 2009.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide, manda y fuera objeto de agravios. Las costas de la Alzada se imponen a cargo de la demandada en su carácter de parte vencida (art. 68 del ritual).