

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de autor. Derecho a la imagen. Fotografía publicitaria.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 1-3-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en formato digital

OTROS DATOS: Expediente 43.472/2006

SUMARIO:

“No se discute que en la edición del 5 de agosto de 2005 del diario Clarín, de propiedad de AGEA, se publicó la publicidad incluida en la página glosada a fs. 443, referente al servicio de acceso gratuito a Internet bajo la marca «Datafull», perteneciente a 4K Bytes S.A., como tampoco que tanto los textos escritos como las imágenes contenidos en el aviso hacer referencia inequívoca a la persona de ...”.

“El señor juez a quo estimó que el contenido de tal publicidad resultó claramente agravante para con el nombrado, al presentarlo como vividor y mantenido, lesionando de ese modo su derecho al honor, y también el derecho a la imagen reconocido por el art. 31 de la ley 11.723¹ ...”.

[...]

“... el a quo destacó que la figura del cenicero partido por la mitad en clara alusión a hechos de público conocimiento (esto es, el casamiento de ... con la afamada conductora de televisión ..., el posterior divorcio y los diez millones de dólares que le habrían correspondido en la liquidación de la sociedad conyugal), así como la postura relajada con que se lo presenta, reclinado en un sillón fumando un habano, sumada a la expresión «degarrón» incluida en la ficticia dirección de correo electrónico que se consigna en la tarjeta y a la leyenda «si te gusta vivir de arriba, que no se note», implican mostrarlo «como alguien que vive a expensas de los demás (esto es, como un vividor, de acuerdo a la cuarta acepción que da a la palabra el Diccionario de la Real Academia Española)». Y bien, tal interpretación resulta incuestionable; tanto, como insostenible la afirmación de la quejosa en el sentido de que «la calificación de vividor no ha sido introducida siquiera

¹ Ley argentina 11.723 de Propiedad Intelectual: “Artículo 31. 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 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 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” (nota del compilador).

mínimamente por la publicidad en exégesis». Las palabras son signos, y no es preciso pronunciarlas para transmitir su significado. También existe el lenguaje de las imágenes y de las expresiones indirectas, en ocasiones no menos diáfano que aquéllas, como ocurre en el caso. Supuesto lo cual, la virtualidad injuriente del mensaje resulta igualmente incuestionable”.

COMENTARIO: El fallo que se reseña, como el dictado en la primera instancia, también incluido en esta compilación, estuvo relacionado con un jugador de polo que había estado casado con una conocida presentadora de televisión, quien fue denunciada en su momento por romperle un cenicero en la nariz a su entonces marido y, disuelto el matrimonio, el esposo obtuvo diez millones de dólares en la liquidación de la sociedad conyugal. La vinculación entre ese caso y el derecho de autor está en que los atentados a la imagen y al honor del demandante se expresaron a través de un mensaje publicitario que, en caso de ostentar originalidad, gozaría de protección como creación intelectual. Y con fundamento en esa tutela legal el titular del derecho tendría la facultad de explotar la obra por cualquier procedimiento y en cualquier forma. Pero ese derecho sufre limitaciones cuando su difusión afecta los derechos fundamentales de terceros, como son los ya mencionados derechos a la imagen y al honor de las personas. Esas restricciones son compatibles con lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, por el cual *“las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho”*. Con razón, el Tribunal Supremo español sentenció que *“es cierto que la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística ... y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de su creación (artículo 1), expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...; pero no lo es menos que tal libertad y derecho tienen su límite en el propio artículo 20.4 de la Constitución, cuando dice: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y..... se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» ...”*². © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 1 días del mes de marzo de dos mil once, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Civil para conocer en los recursos interpuestos en los autos “ROVIRALTA, Huberto c/ PRIMERA RED INTERACTIVA DE MEDIOS ARGENTINOS S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, respecto

de la sentencia corriente a fs. 291/2, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dres. OJEA QUINTANA, UBIEDO y CASTRO.

Sobre la cuestión propuesta el Dr. OJEA QUINTANA dijo:

l.- La sentencia de fs. 448/54 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Huberto Roviralta contra Arte Gráfico Editorial

² Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del 29-3-1996.

Argentino S.A. En consecuencia, condenó a esta última empresa a pagar al actor la cantidad de \$ 40.000, con intereses y costas, haciendo extensiva la condena a 4K Bytes S.A. en los términos del art. 96 in fine del Código Procesal. Pero rechazó dicha demanda en cuanto fue dirigida contra Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A., con costas en el orden causado.

II.- Todas las partes apelaron. El actor expresó agravios a fs. 773, Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. (en adelante AGEA) a fs. 486/91 y Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (en adelante PRIMA) a fs. 493, y los traslados respectivos fueron contestados a fs. 510/11 y 499/502. En cambio, no lo hizo 4K Bytes S.A. ya que a fs. 496 se tuvo por no presentado su escrito, desestimándose a fs. 507 la nulidad de dicha providencia, por lo que su recurso debe declararse desierto (art. 266, Cód. Proc.).

III.- No se discute que en la edición del 5 de agosto de 2005 del diario Clarín, de propiedad de AGEA, se publicó la publicidad incluida en la página glosada a fs. 443, referente al servicio de acceso gratuito a Internet bajo la marca "Datafull", perteneciente a 4K Bytes S.A., como tampoco que tanto los textos escritos como las imágenes contenidos en el aviso hacer referencia inequívoca a la persona de Huberto Roviralta.

El señor juez a quo estimó que el contenido de tal publicidad resultó claramente agravante para con el nombrado, al presentarlo como vividor y mantenido, lesionando de ese modo su derecho al honor, y también el derecho a la imagen reconocido por el art. 31 de la ley 11.723. Consideró así responsables a 4k Bytes S.A. como autora y comitente del aviso y a AGEA como dueña del diario Clarín, en los términos de los arts. 1072 y 1109 del Código Civil, respectivamente, condenándolas al pago de la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral. Y según lo indiqué al inicio, de ello se agravia solo AGEA, por lo que paso a examinar sus planteos.

Sin cuestionar lo establecido en la sentencia en orden a la afectación del derecho a la imagen del actor, la recurrente insiste en negar que la publicidad de marras lesione asimismo su derecho al honor. Mas las críticas que esboza al respecto no conmueven los fundamentos expuestos en aquélla.

En efecto, el a quo destacó que la figura del cenicero partido por la mitad en clara alusión a hechos de público conocimiento (esto es, el casamiento de Roviralta con la afamada conductora de televisión Susana Giménez, el posterior divorcio y los diez millones de dólares que le habrían correspondido en la liquidación de la sociedad conyugal), así como la postura relajada con que se lo presenta, reclinado en un sillón fumando un habano, sumada a la expresión "degarrón" incluida en la ficticia dirección de correo electrónico que se consigna en la tarjeta y a la leyenda "si te gusta vivir de arriba, que no se note", implican mostrarlo "como alguien que vive a expensas de los demás (esto es, como un vividor, de acuerdo a la cuarta acepción que da a la palabra el Diccionario de la Real Academia Española)". Y bien, tal interpretación resulta incuestionable; tanto, como insostenible la afirmación de la quejosa en el sentido de que "la calificación de vividor no ha sido introducida siquiera mínimamente por la publicidad en exégesis". Las palabras son signos, y no es preciso pronunciarlas para transmitir su significado. También existe el lenguaje de las imágenes y de las expresiones indirectas, en ocasiones no menos diáfano que aquéllas, como ocurre en el caso. Supuesto lo cual, la virtualidad injuriante del mensaje resulta igualmente incuestionable.

Tampoco posee la relevancia pretendida por la quejosa que esa caracterización de Roviralta no fuera novedosa, sino reflejo de una representación instalada socialmente, presente en el conciente o inconciente popular del público lector, de modo que la publicación no habría aportado ni generado nada nuevo. Por empezar, pues en la especie no se halla en juego el derecho a la intimidad, como aquélla parece interpretarlo al insistir en que en esas condiciones no puede considerarse afectado. Aquí se trata del derecho a la imagen, sobre el

cual –reitero- nada se dice en esta instancia, y del derecho al honor. Y con relación a este último, como bien se destaca en la sentencia sin crítica concreta de la apelante, “aun cuando hipotéticamente se compartiera la afirmación de las accionadas en el sentido de que la manera en que la publicidad presenta a Roviralta coincide con una representación socialmente instalada, de todos modos debería concluirse que se ha afectado el honor del actor, cuanto más no sea en su faz subjetiva. Por lo demás, es evidente que lo que el común de las personas piense o deje de pensar acerca de un personaje público no otorga a nadie un bill de indemnidad para injurarlo gratuitamente. Al haber elegido representar a Roviralta como un vividor, las emisiones de la publicidad han hecho suyas las ideas que aquélla traduce, y no pueden ahora pretender escudarse en Jung para atribuir al ‘inconciente colectivo’ (fs. 65 vta.) la causa de los perjuicios sufridos por el actor”.

Así las cosas, supuesto el menoscabo de esos derechos personalísimos mediante la publicidad examinada, con el daño moral consecuente, así como el dolo atribuido a 4 K Bytes S.A. como autora y comitente de la misma sin cuestionamiento en la alzada, concuerdo nuevamente con el a quo cuando imputa a AGEA, como dueña del diario Clarín, haber obrado en forma negligente al publicar dicha publicidad, responsabilizándola con arreglo a lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil. En tal sentido, el sentenciante sostuvo que el deber legal de controlar el contenido del aviso “se desprende del de comportarse con diligencia, en los términos de la norma citada, máxime teniendo en cuenta el carácter profesional de la demandada (art. 902 del Código Civil) y la potencialidad dañosa de las eventuales publicaciones lesivas al honor, la imagen y la intimidad de las personas, en un diario de la importancia y la tirada del diario Clarín. Todas esas circunstancias imponían, por consiguiente, una mínima diligencia en el control de los anuncios que se publican en el periódico de propiedad de la aquí demandada, que claramente estuvo ausente en el caso”.

La apelante arguye que no podría modificar los avisos que publica sin autorización de sus propietarios, lo cual es cierto. Pero no se trata de esa prerrogativa sino de la decisión misma de publicarlos, que sí depende de ella y en la cual pudo obrar con negligencia. Y si bien añade que en cualquier caso ésta debe descartarse dada la imposibilidad fáctica de controlar todos y cada uno de los avisos que diariamente se emiten en un periódico con la tirada de Clarín, más aun cuando aquí el aviso fue recibido vía módem el día anterior al día en que debía publicarse y fue publicado, el planteo no resulta atendible. No hay prueba concreta de esa imposibilidad operativa, y tampoco corresponde presumirla sin más. De hecho, el medio lleva a cabo cierto examen de los productos publicitarios cuya publicación se le encomienda, tocante a su origen, ubicación y costo, de modo que tampoco cabe excluir la posibilidad de ampliar ese examen al contenido de tales productos a fin de evitar afectaciones al honor de terceras personas ostensibles y evidentes. Ese mayor control podrá implicar un mayor costo, pero en tal caso se vería ampliamente justificado tratándose de una actividad lucrativa tanto del requirente como del requerido de la publicación.

No soslayo el papel preponderante asignado a la libertad de expresión en nuestro régimen constitucional. Pues como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia con base en la Carta Magna y los tratados internacionales que hoy la integran, amén de constituir un derecho individual cumple una función esencial en el sistema republicano y democrático en tanto asegura, en particular a través de la prensa, el debate público de los problemas comunes y de ese modo la publicidad de los actos de gobierno y la elección y el control de las autoridades.

Por ello, dicha libertad, reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional como el derecho “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, encontró originalmente su objeto fundamental en la trasmisión de ideas y opiniones, extendido luego a la comunicación de hechos, noticias e informaciones. En cambio, solo secundariamente comprende

mensajes comerciales, enderezados a publicitar productos o servicios con fines lucrativos. No se trata de ignorar toda significación de esta modalidad comunicativa dentro del marco de la libertad de expresión, ya que aun en el campo comercial la publicidad puede mejorar el funcionamiento del mercado y satisfacer así un interés social, amén de contribuir al mantenimiento económico de la prensa, cuya trascendencia constitucional acabo de subrayar. Pero es solo en razón de estas implicancias, valoradas en cada caso, según las circunstancias, que esos mensajes comerciales pueden encontrar amparo razonable en la libertad de prensa.

Al respecto es ilustrativa la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos interpretando la Primera Enmienda de su Constitución. Desconocida en el caso *Valentine vs. Chrestensen* (316 US 52 – 1942) la inclusión en dicha Enmienda de esas expresiones cuando el objetivo primario de las mismas era de índole comercial, posteriormente la Corte terminó por admitir esa protección constitucional si mediaba un interés general. Sin embargo, añadió que en estos supuestos correspondía reconocer solo una protección diferenciada, o algún grado de protección. Así, en el caso *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc* (425 US 748 – 1976), precisó: “cuando llegamos a la conclusión de que la expresión comercial goza de la protección de la Enmienda I, no pretendimos afirmar que aquélla no sea de algún modo diferenciable de las otras formas. Existen diferencias de sentido común entre la expresión ‘que no hace otra cosa que proponer una transacción comercial’...y expresiones de otras clases. Aun cuando las diferencias no justifiquen concluir en que la expresión comercial carece de valor –lo que permitiría al Estado suprimirla completamente-, dichas diferencias, sin embargo, sugieren la necesidad de darle un grado diferente de protección a fin de asegurar que no se debilite el flujo de información comercial veraz y legítima. Quien difunde expresiones comerciales puede verificar más fácilmente su veracidad que, por ejemplo, quien trasmite comentarios políticos o

periodísticos, ya que normalmente el anunciante busca difundir información sobre un producto o servicio específico que él mismo brinda o sobre el que presumiblemente conoce más que cualquier otra persona. Por otra parte, la expresión comercial puede ser más perdurable que otros tipos... Estos atributos de mayor objetividad y persistencia de las expresiones comerciales pueden hacer menos necesaria la tolerancia de declaraciones inexactas por temor a silenciar al que se expresa... Pueden también hacer necesario exigir que un mensaje comercial aparezca de una determinada forma, o incluya cierta información o las advertencias adicionales que se consideren necesarias para impedir que sea engañosa...(y) también hacen inaplicable la prohibición de restricciones previas”. Y en el caso *Young vs. American Mini Theatres* (427 US 50 – 1976), la Corte sostuvo que si bien la expresión comercial goza de algún grado de protección en la Enmienda I, el alcance de esa protección en gran parte varía de acuerdo al valor del mensaje difundido, reiterando así que la protección que brinda esa norma constitucional tiene dos niveles diferentes (Rolando Gialdino y Mercedes Urioste, “La libertad de expresión comercial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos”, I, II y III partes, en *Rev. C.S.J.N. “Investigaciones”, 1996-I, 1997-II y 1997-I*). Cabe concluir así que en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos “las comunicaciones comerciales entendidas como aquel discurso que ‘no hace más que proponer una transacción comercial’ quedan amparadas por la libertad de expresión, aunque en un grado inferior a la protección que recibe el discurso público (político, artístico, científico)” (Antoni Rubí Puig, “Publicidad y libertad de expresión. La doctrina del Commercial Speech en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU.”, *Rev. “Indret”, octubre de 2005, www.indret.com*).

Ahora bien, en la especie sub iudice es claro que la publicidad en cuestión no tuvo por fin transmitir ideas u opiniones, hechos o noticias, sino un objetivo comercial, como es la oferta del servicio gratuito a Internet bajo la marca

“Datafull”, perteneciente a 4K Bytes S.A., objetivo que sobresale además claramente por sobre las posibles implicancias sociales de aquélla. Y en tales condiciones, no se advierte que so pretexto de evitar una suerte de autocensura deba considerarse al órgano periodístico liberado de la obligación de controlar el contenido del aviso antes de su publicación, a fin de evitar una afectación ostensible y evidente de derechos personalísimos de terceras personas.

Tampoco yerra el juez a quo al considerar inaplicable tanto lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campillay” donde fijó condiciones de licitud para la difusión de noticias que puedan rozar la reputación de las personas (Fallos 398:789), como al admitir la doctrina de la real malicia que exige un factor de atribución agravado si las noticias falsas que se transmiten versan sobre funcionarios o figuras públicas, doctrina esta última originada en el célebre caso “New York Times Co. vs. Sullivan” resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos, meritada en distintos votos de miembros de nuestra Corte a partir del caso “Ponzetti de Balbín” (Fallos 306:1892), recogida por la mayoría de este último tribunal en el caso “Costa” (Fallos 310:508) y posteriormente aplicada en el caso “Ramos” (Fallos 319:3428) y otros posteriores. Es que, como bien lo destaca el a quo y lo ha resuelto esta Sala con fundamentos a los que me remito breviter causa (“Falcone, Roberto Atilio y otros c/ Moreno Ocampo, Luís” del 18/7/06), ambas estándares solo juegan frente a la difusión por la prensa de informaciones inexactas; lo que no ocurre en la especie ya que en el aviso en cuestión no se informa ni se afirman hechos inexactos sino que se transmite una valoración moral de la persona de Roviralta. Por lo demás, las genéricas razones esbozadas en la expresión de agravios (fs. 486/91, II.3.), aludiendo al cumplimiento de las pautas establecidas en el caso “Campillay”, no se hacen cargo del fundamento que acabo de referir. En este aspecto, pues, dicho escrito no cumple la exigencia del art. 265 de la ley de forma.

IV.- De todos modos, asiste cierta razón a AGEA cuando postula una discriminación en las responsabilidades. En efecto, según quedó establecido en la sentencia sin impugnaciones en esta instancia, 4K Bytes S.A. responde como autora y comitente de la publicidad agravante en los términos del art. 1072 del Código Civil; y de acuerdo a lo expuesto supra, AGEA responde por acceder al pedido de publicación sin cumplir con diligencia su deber de controlar el contenido de dicho aviso, en los términos del art. 1109 del mismo código. Se les reprocha así conductas distintas que confluyeron en la provocación del hecho ilícito, esto es, la referida publicación agravante. Y habida cuenta la naturaleza y particularidades de cada una de esas conductas y su respectiva incidencia causal en ese hecho, estimo que la culpabilidad debe atribuirse a 4K Bytes S.A. en un 70% y a AGEA en un 30%. Aunque, dada la solidaridad impuesta por el citado art. 1109, segunda párrafo, del Código Civil como copartícipes del hecho ilícito, frente al actor ambas partes deben responder por la totalidad de la condena sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan ejercer entre ellas.

V.- AGEA objeta asimismo la indemnización por daño moral reconocida al actor, mas las críticas que esboza no alteran el pronunciamiento. No cuestiona lo establecido con acierto en la sentencia en orden a que, según conocida jurisprudencia, mediando lesión a derechos personalísimos como el honor y la imagen la sola violación de esos derechos hace presumir la existencia del daño moral; y como también lo puntualiza el a quo, es claro que aun cuando el actor hubiese consentido ser noticia a raíz de las alternativas ya puntualizadas, relativas a su matrimonio con la conductora de televisión Susana Giménez y a su posterior divorcio, ello no justificaba sin más la injuria inferida a través del aviso en cuestión.

VI.- El cuestionamiento de Roviralta en torno a la fecha fijada como punto de partida para el cómputo de los intereses no resulta atendible. Es que si bien tratándose de hechos ilícitos deben computarse desde el momento en que cada daño se produjo (CNCiv. en pleno in re

“Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes” del 16/12/58, L.L. 93-667), y en la especie ello coincidiría con la publicación examinada, lo cierto es que el propio actor solicitó expresamente que los intereses corrieran “desde la fecha de promoción de la demanda y no desde el hecho ilícito” (fs. 41). Y así se resolvió en la sentencia, respetando el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6°, Cód. Proc.).

VII.- Como lo indiqué al inicio, el a quo rechazó la demanda con relación a PRIMA, con costas en el orden causado, y de ello se agravia dicha firma a mi juicio con razón. El rechazo se fundó en el hecho de ser 4K Bytes S.A. y no PRIMA la titular de la marca “Datafull” y única contratante de la publicación de marras; y si bien, como se destaca en el fallo, la circunstancia de figurar al pie de esa publicación el nombre de PRIMA con número de CUIT y dirección (fs. 443) pudo inducir a error al actor acerca del verdadero titular de la marca “Datafull” y del servicio que se publicitaba, ello no justifica que PRIMA, ajena a la publicación –reitero- deba cargar con costas. Por ello, estimo equitativo que en esta relación procesal se impongan al actor sus propias costas –pues no impugnó la sentencia en este aspecto- y las generadas por la intervención de PRIMA se impongan a 4k Bytes S.A., responsable de la publicación.

En suma, si se comparte mi opinión el pronunciamiento de fs. 448/54 debe ser confirmada en cuanto condena a 4K Bytes S.A. y a AGEA a pagar al actor la cantidad de \$ 40.000, con intereses y costas, atribuyendo las mismas la culpabilidad en la comisión del hecho ilícito en un 70% y 30%, respectivamente, sin perjuicio de responder en forma solidaria frente al actor por la totalidad de la condena y de las acciones de regreso que puedan deducir entre ellas; y modificarla en lo concerniente a las costas de la relación procesal entre el actor y PRIMA en la forma que acabo de puntualizar. En esta instancia las costas correspondientes a la relación procesal del actor con 4k Bytes S.A. y AGEA también deben imponerse a estas últimas y con respecto a la relación procesal del actor con

PRIMA el primero deberá soportar sus propias costas y 4K Bytes S.A. las generadas por PRIMA. Así voto.

Por razones análogas, la Dra. UBIEDO adhiere al voto que antecede.

La Dra. CASTRO dijo:

Comparto el voto de mi distinguido colega Dr. Ojea Quintana en cuanto concluye en que en el caso ha existido violación a los derechos personalísimos –imagen y honor- del actor mediante la publicidad cuestionada, que compromete la responsabilidad de 4K Bytes S.A.

En cambio, a mi juicio las quejas de AGEA deben prosperar pues no encuentro conducta reprochable que pueda comprometer su responsabilidad.

En este sentido, coincido con el voto precedente en cuanto refiere el papel preponderante que nuestra Constitución Nacional asigna a la libertad de prensa. Igualmente me remito al estudio que allí se formula de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en orden a la menor protección que corresponde asignar al discurso meramente comercial, carácter que sin duda cabe asignar a la publicidad cuestionada en el caso.

Sin embargo, y tal como se ha señalado en lo que a la protección de la imagen se refiere, las demandas se dirigen exclusivamente contra las entidades que prestan los servicios que se promocionan y no contra el medio de comunicación en el que se concreta la intromisión (García Sanz, Javier, “La protección Civil frente a la utilización in consentida de la propia imagen para fines publicitarios o comerciales. Doctrina judicial” en Indret, Barcelona, Enero de 2008). En cuanto a la jurisprudencia americana sobre “commercial speech” la lectura de los precedentes permite afirmar que en su mayoría los casos judiciales importaron el cuestionamiento de disposiciones legales que limitaban o prohibían determinadas publicidades, y no fueron iniciadas ni dirigidas

contra medios de comunicación en los que se hubieran publicado los anuncios (ver reseña en Bianchi, Enrique y Gulco Hernán “Un nuevo fallo...” En Revista de Derecho de la U.P., año 2 n°1y2, además del artículo citado en el voto del Dr. Ojea publicado en Indret, octubre de 2005).

Entiendo que ello refleja que cuando como en el caso, el diario se limita a publicar un aviso encargado por un tercero perfectamente individualizado, no cabe considerar al medio de prensa sino a ese tercero como el autor del discurso comercial y por tanto responsable del daño que cause.

Ha sostenido esta Sala (exptes. 100.021/02 y 112896/2001) que “la mera inserción en un diario o periódico de una carta o solicitada firmada por sus autores sin agregarle elemento alguno del que pueda emanar la propia opinión del editor, no basta para someterlo al riesgo de sufrir acciones civiles o penales. Una condena que exceda la del autor directo de la ofensa y alcance al editor del periódico constituiría una manera eficaz de entorpecer la prensa libre y obstaculizar el cumplimiento de sus fines esenciales. De lo contrario se obligaría al medio a cerrar sus columnas a todo artículo, carta o noticia que pudiera estimarse ofensivo para terceros, con lo que se le convertiría en censor de aquellos (Fallos 321: 667, voto de los Dres. Belluscio y Fayt y su cita)”. Y no encuentro razón suficiente para distinguir el supuesto de la solicitada -artículo o noticia cuya publicación interesa a un particular y que a petición de este se inserta en un periódico mediante pago según el Diccionario de la real Academia- con el de un aviso publicitario.

La solución se corrobora a mi juicio si se tiene en cuenta la importancia que la publicidad

comercial tiene en el financiamiento de las empresas periodísticas. Es clara la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa; entre esos recursos reviste especial importancia la publicidad (causa E. 1. XXXIX; “Editorial Río Negro S.A. c/Neuquén, Provincia del “, del 05/09/2007, voto del Dr. Fayt y su cita; ver igualmente aunque desde una visión negativa de la influencia de la publicidad, Faraone, Roque, La libertad de prensa y el derecho a la información, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005). Si se exigiera a diario una suerte de control de la legitimidad de los avisos que publica se dificultaría sobremanera su normal funcionamiento. Repárese que en el caso, además de comprobar la inexistencia de lesión al honor de un tercero, debiera haberse cerciorado de que el anunciante contaba con autorización del aquí actor respecto de la publicación de su imagen. Todo ello importaría un obstáculo de tan difícil superación como el requisito de comprobar la veracidad de cualquier noticia publicada en los términos que ha descartado como exigibles la doctrina de la real malicia, que conduciría a una enorme dificultad de financiamiento, extremo éste cuya importancia recién se indicó.

Por estas consideraciones voto para que se modifique la sentencia apelada y se rechace la demanda dirigida contra Arte Gráfico Editorial Argentino S. A., con costas en el orden causado dado que se trata de una cuestión novedosa de derecho (art. 68 segunda parte del Código Procesal).

Con lo que terminó el acto.