

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Derecho de autor y derecho a la imagen. Fotografía. Publicidad.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata

**FECHA:** 27-9-2011

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Contencioso-Administrativa)

**FUENTE:** Texto del fallo en la Biblioteca Jurídica Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA70C8

**OTROS DATOS:** Expte. N° C-2220-DO1. Burak Mauricio Leandro vs. Municipalidad de la Costa

### SUMARIO:

*“El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Depto. Judicial Dolores dictó sentencia acogiendo parcialmente la acción que el Sr. Mauricio Leandro Burak incoara contra la Municipalidad de la Costa ...”.*

[...]

*“Individualizando los hechos que consideró útiles para la solución del pleito precisó que: (i) el accionante había realizado junto con su entonces pareja una serie de fotografías que luego fueron utilizadas como material publicitario de la temporada de verano por el Municipio de la Costa y; (ii) tanto el folleto como la carpeta de publicidad fue editada por el Sr. Martínó con material entregado para tal fin por la Secretaría de Turismo de la Municipalidad de La Costa”.*

[...]

*“Y si bien reconoció que el art. 31 de la ley 11.723 <sup>1</sup> establecía la posibilidad de publicar libremente un retrato cuando ello se relacionara con fines científicos, didácticos y culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, resultaba empero comprobado en la especie que la actividad publicitaria desplegada por la Comuna no encajaba dentro de tal eximente”.*

[...]

*“... 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. 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*

<sup>1</sup> Ley argentina de Propiedad Intelectual (nota del compilador).

*menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho ... Ello así, desde que la protección material del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de las personas, un rasgo diferencial entre el Estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”.*

[...]

*“Dando plafón legal al citado derecho personalísimo, la ley 11.723 regula y tutela el derecho «sobre la propia imagen», identificando diversas formas de agresión, a saber: (i) la de su empleo no autorizado como marca comercial ...; (ii) la de su puesta en el comercio o su simple publicación ... sin el consentimiento expreso, específico y revocable de la persona misma o de los derechohabientes que la ley determina, el que solamente se dispensa cuando medien algunas de las siguientes circunstancias: a) cuando la publicación del retrato se relacione con fines culturales en general y científicos o didácticos en particular; b) cuando dicha publicación se relacione con hechos y acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público; c) cuando la persona fallezca sin dejar cónyuge ni alguno de los ascendientes o descendientes identificados por la norma del art. 31 y; d) cuando hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada ...”.*

*“Y aunque las formas de ilicitud señaladas se refieren a la expresión «retrato», tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en afirmar que la alusión es al concepto más genérico de «imagen», comprensivo no solo del retrato sino de toda forma gráfica o visual que reproduzca u ostensiblemente pretenda reproducirla ...”.*

*“En tal sentido, diversos han sido los pronunciamientos en los que se puso de relieve que la publicación de «fotografías», 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, desde que para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado ... En suma, la autorización para la publicación debe ser expresa pues mandatoriamente así lo exige el art. 31 de la ley 11.723”.*

[...]

*“... nunca se planteó en el proceso que la imagen del actor difería con la impresa en las publicidades del Partido de la Costa ...”.*

*“Tampoco merece recibo el agravio vertido por la comuna en cuanto a que las publicaciones solo perseguían un objetivo de interés público o general y, por ende, ajeno a toda finalidad lucrativa. Es que, como supra se pusiera de resalto, la simple publicación sin el consentimiento expreso y específico del interesado, compromete –por principio- la responsabilidad de quien se vale de las fotografías”.*

*“Con ello, no desconozco que en la promoción turística de la zona del Partido de la Costa se encuentra comprometido el ejercicio de una actividad direccionada a satisfacer el interés público y el desarrollo del lugar, empero ello no empece a la necesaria obtención del recaudo exigido por la ley 11.723 para utilizar la imagen de una persona, esto es, la expresa autorización del interesado”.*

*“Menos aún cabría aceptar como causal eximente de responsabilidad la circunstancia de que las fotografías hubieran sido realizadas por un tercero -fotógrafo privado- desde que ... fue la Secretaría de Turismo de la Municipalidad de la Costa la que se las proveyó al editor para incorporarlas a la «guía turística y comercial».”*

*“Repárese que aunque tales fotos fueron realizadas por un profesional de confianza del accionante, ello no dispensa a la accionada de requerir, con total abstracción del modo o la manera como obtuvo tales retratos, la expresa autorización del retratado para utilizar su imagen ...”.*

*“Tampoco cabe validar el razonamiento que propone la apelante en cuanto asevera que al haberse practicado las fotografías en un lugar público el accionante debe cargar con los riesgos que ello implicaría. Es que, de seguir el iter lógico propuesto no se estaría sino vaciando de todo contenido la tutela que la ley 11.723 brinda a la imagen como emanación de la personalidad humana, de ahí que la jurisprudencia sea conteste en considerar que el hecho de que la imagen hubiera sido captada en sitios públicos no dispensa la necesidad de obtener la pertinente autorización”.*

**COMENTARIO:** Ley argentina 11.723 de Propiedad Intelectual dispone: *“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 resarciendo 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”.* Ahora bien, el hecho de que numerosas leyes sobre derecho de autor contengan una disposición relativa a la imagen de las personas, especialmente para determinar los casos en que la publicación de un retrato es libre (como en el dispositivo que se ha transcrito), no significa que se reconozca un derecho de autor sobre la imagen como tal (porque la imagen de una persona no es una creación intelectual de quien la tiene), sino que esas disposiciones, o bien suplen lo que debería estar previsto en el código civil o en leyes especiales sobre los derechos de la personalidad, o se dirigen a resolver el conflicto que puede presentarse entre el derecho del autor que realiza el dibujo, la pintura, la escultura, la fotografía o la filmación y el sujeto cuya imagen aparece en la obra. Se trata entonces de dos derechos diferentes (independientemente de que los dos bienes jurídicos protegidos se encuentren fijados en el mismo soporte material), por una parte, el derecho personalísimo que tiene todo sujeto sobre su imagen y, por la otra, el derecho del autor que fotografía, filma, pinta, dibuja o esculpe la imagen de aquella persona, de manera que lo que protege el derecho de autor es *“al retrato de una persona, mas no a la imagen en abstracto como si se tratara de un derecho civil de la personalidad”*, de modo que lo tutelado por el derecho de autor *“es la obra que reproduce la imagen”*<sup>2</sup>. Y

2 Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Sentencia de la 1ª Sala (21-5-2008).

como son derechos distintos, los tribunales han resuelto que “el derecho a la imagen no se confunde con el derecho de autor, que sería de la titularidad del fotógrafo”, de suerte que “se debe distinguir el derecho a la imagen de la propiedad [intelectual] de las fotografías en que ésta se encuentra impresa”<sup>3</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

Expte. N° C-2220-DO1 - “Burak Mauricio Leandro c/ Municipalidad de la Costa s/ pretensión indemnizatoria” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - 27/09/2011

En la ciudad de Mar del Plata, a los 27 días del mes de setiembre del año dos mil once, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa C-2220-DO1 “Burak Mauricio Leandro c/ Municipalidad de la Costa s/ pretensión indemnizatoria”, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Riccitelli, Mora y Sardo, y considerando los siguientes:

### ANTECEDENTES

I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Depto. Judicial Dolores dictó sentencia acogiendo parcialmente la acción que el Sr. Mauricio Leandro Burak incoara contra la Municipalidad de la Costa, a la que condenó al pago de la suma de PESOS OCHO MIL (\$ 8.000,00). Impuso las costas del proceso en el orden causado y practicó regulación de honorarios a los letrados intervinientes en el proceso [v. fs. 226/243]./-

II. Declarada por esta Cámara la admisibilidad formal de los recursos de apelación interpuestos por la accionada [v. fs. 246/254] y por la parte actora [v. fs. 255/257], y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia, corresponde votar la siguiente:

### CUESTION

¿Son fundados los recursos de apelación

interpuestos a fs. 246/254 por la accionada y a fs. 255/257 por el accionante?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo:

I.1. A fs. 226/243 el a quo dictó sentencia acogiendo parcialmente la acción que el Sr. Mauricio Leandro Burak incoara contra la Municipalidad de la Costa, a la que condenó al pago de la suma de PESOS OCHO MIL (\$ 8.000,00).-

Individualizando los hechos que consideró útiles para la solución del pleito precisó que: (i) el accionante había realizado junto con su entonces pareja una serie de fotografías que luego fueron utilizadas como material publicitario de la temporada de verano por el Municipio de la Costa y; (ii) tanto el folleto como la carpeta de publicidad fue editada por el Sr. Martínó con material entregado para tal fin por la Secretaría de Turismo de la Municipalidad de La Costa.-

Clarificando el anclaje normativo sobre el cual se apuntala la pretensión, precisó que la actora atribuía responsabilidad al Municipio sustentando su reclamo –de un lado- en la denunciada vulneración del art. 31 de la ley 11.723 y –del otro- en diversas normas del Cód. Civil, a saber: arts. 1067, 1068, 1071 bis, 1079, 1083, 1109 y 1113.-

En ese contexto de análisis, previa transcripción de la norma contenida en el artículo 31 de la ley 11.723 y ponderando la prueba testimonial efectuada en la causa, juzgó que se encontraba comprobado que el Municipio había publicado, sin consentimiento y con fines publicitarios, fotografías en las que el actor posaba junto con su entonces pareja.-

Con sustento en citas jurisprudenciales, entendió que la defensa esgrimida por la Comuna en cuanto sostenía que la actividad publicitaria había tenido como único objeto propender al bienestar común, resultaba insuficiente para eximirla de la

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia de Chile (1-10-1997).

*responsabilidad derivada del uso inconsulto de las fotografías del actor.-*

*Y si bien reconoció que el art. 31 de la ley 11.723 establecía la posibilidad de publicar libremente un retrato cuando ello se relacionara con fines científicos, didácticos y culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, resultaba empero comprobado en la especie que la actividad publicitaria desplegada por la Comuna no encajaba dentro de tal eximente. Es que cuando la ley 11.723 indica que las notas de divulgación científica son una causal eximente de responsabilidad frente al uso inconsulto de la imagen, se esta refiriendo –según interpreta- a una fotografía o retrato que ilustre sobre una enfermedad y sus efectos en el cuerpo humano, o en su caso de la evolución causada por un tratamiento, empero nada de ello –afirmó- acaeció en la especie, donde la imagen publicitada lejos se encuentra se importar trascendencia alguna para la ciencia.-*

*Indicó que a los efectos de determinar la obligación estatal de resarcir, resultaba innecesario transitar por el carril delineado en el art. 1071 bis del C.C. desde que la protección del derecho a la propia imagen resultaba independiente de la tutela del honor y la intimidad. Con citas jurisprudenciales, rememoró que la simple exhibición no () autorizada de una fotografía, aun sin causar ningún gravamen al honor o reputación del afectado, importa una afrenta a la manda contenida en el art. 31 de la ley 11.723. De tal modo –aseveró- al encontrarse acreditada la conducta estatal violatoria del art. 31 de la ley 11.723 quedaba sellado el debate atinente a la responsabilidad de la Comuna.-*

*Dirimida la responsabilidad de la accionada, se adentró al examen de los rubros reclamados en concepto de daños. Con relación al identificado como daño patrimonial, y luego de poner de resalto la deficiencia postulatoria que portaba el citado ítem indemnizatorio, consideró que no se encontraba acreditado detrimento o perjuicio patrimonial alguno. Ninguna de las probanzas agregadas al proceso –ahondó- permiten tener por configurada la lesión patrimonial y tal defectuosa actividad*

*probatoria sumada a que la Comuna accionada no realizó actividad lucrativa con las fotografías del actor permiten descartar la configuración del daño reclamado. Para más, indicó que el accionante no realizaba actividad artística que pudiera haberse visto interferida por la publicación. Por el contrario, estimó que siendo la profesión del actor la reparación de máquinas de café, difícilmente cabría tener por configurado una merma o afectación en su laboreo.-*

*Pronunciándose sobre el daño moral y luego de ponderar las declaraciones de los testigos Arriola y Mazza, descartó que la publicación de las fotografías hubiera importado para el actor graves consecuencias en su vida de relación, menos aún que tal situación hubiera sido el desencadenante de la ruptura con quien por aquel entonces era pareja del accionante. Desechó asimismo que los testimonios producidos en la causa tuvieran entidad como para tener por acreditado daño psicológico alguno.-*

*Sin embargo, estimó que la sola reproducción inconsulta de las fotografías del actor poseía entidad para generar daño moral representado – en la especie- por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ateniéndose a las pautas fijadas por la jurisprudencia en casos análogos lo cuantificó en la cantidad de PESOS OCHO MIL MIL (\$ 8.000,00).-*

*2. Contra la sentencia de grado se alza la Municipalidad de la Costa a fs. 246/254.-*

*Resalta que la publicación de la folletería se ha direccionado a la promoción del turismo en el Municipio de La Costa por lo que mal cabría encuadrar tal actividad como contraria a la manda contenida en el art. 31 de la ley 11.723.-*

*Indica que para llevar adelante tal publicidad, fueron terceras personas las que le han provisto el material fotográfico, agregando que las fotografías fueron obtenidas en una playa pública, a la vista de toda la población, sin tener por objetivo cierto o directo al accionante y, por sobre todas las cosas, sin que mediara oposición alguna del actor.-*

*Precisa que la fotografía inserta en el material publicitario dista de perseguir fin comercial alguno;*

por el contrario, tiene en mira fines culturales direccionados al bienestar general mediante la promoción de actividades que permiten la realización integral de los habitantes de un lugar donde el turismo resulta ser la principal fuente de ingresos.-

Tal objetivo de la publicación (satisfacción del bien común), sumado al carácter gratuito del producto permite –en su visión-, descartar en la especie la configuración de la pretendida infracción al art. 31 de la ley 11.723.-

Agrega que ningún perjuicio ha generado en el accionante la publicidad practicada mediante la folletería y resalta que, en todo caso, fue libre la decisión del actor de asumir el riesgo que importa fotografiarse en público. En suma, esgrime que si el Sr. Burak no quería ser fotografiado no debió exponerse en público y, en todo caso, era su obligación manifestar expresamente al profesional que su intención era la de preservar su imagen.-

Efectúa una reseña doctrinaria de los presupuestos de la responsabilidad [daño – relación de causalidad – factor de atribución] y resalta que no se ha acreditado perjuicio concreto alguno en la esfera personal del actor en tanto el contenido, la forma de presentación y el modo de difusión dista de haber provocado descrédito, denigración o desprecio respecto de su persona.-

Puntualiza que la conducta de la Comuna no puede ser calificada de ilícita desde que: (i) no atenta contra la dignidad de la persona, ni vulnera los valores y derechos reconocidos por la Constitución; (ii) no existe publicidad engañosa ni subliminal y; (iii) no se ha infringido la normativa que regula publicidad de bienes, productos, actividades o servicios.-

En concreto, estima que al haberse obtenido las fotografías en una playa pública mal podría aseverarse que se ha afectado la intimidad o la vida privada del accionante. Si el actor asumió el riesgo de realizar fotografías “que van más allá de un álbum familiar”, postula su consentimiento tácito que habilitaría considerar la existencia de una compensación de culpas. Era obligación del accionante –aduce- otorgar expresas instrucciones al fotógrafo para que se abstuviera de hacer circular

las fotografías de la pareja o en su caso, exigir al profesional del retrato la entrega de los negativos.-

Como ardid defensivo, por último, pretende poner en crisis que el accionante resulte ser la misma persona que luce en las fotografías de la folletería desde que, tal lo que afirma, ninguna prueba certera sobre el punto [identikit, rueda de reconocimiento, etc.] se ha realizado en la causa.-

Concluyendo su crítica, resalta –de un lado- que la revista publicitaria no resulta editada por la comuna y –del otro- que fue el fotógrafo otrora contratado por el actor quien permitió que las fotografías circularan públicamente, todo lo cual resulta demostrativo que no existe relación causal alguna entre el daño que se denuncia y el supuesto hecho que se le atribuye a la Comuna.-

3. Materializando su derecho a réplica se presenta el accionante a fs. 268/270.-

Recuerda que al encontrarse debidamente acreditado que la Secretaría de Turismo de la Municipalidad de la Costa le entregó al editor de la revista el material para efectuar la publicidad de la ciudad balnearia no cabría sino tener por configurada la violación del art. 31 de la ley 11.723, más cuando no ha prestado conformidad alguna para que se utilizaran sus fotografías. Rechaza que la Comuna pueda pretender eximirse de semejante atropello invocando la gestión de intereses generales como resulta ser la promoción turística del lugar.-

Efectúa una transcripción parcial de los Considerandos de la sentencia y, con cita de los testimonios rendidos en la causa, pone de resalto que se encuentra debidamente acreditado el padecimiento sufrido como consecuencia de la conducta del Municipio accionado.-

4. Quejándose del quantum de condena fijado en el pronunciamiento, el accionante interpone a fs. 255/257 recurso de apelación.-

Remarca que a poco que se examinan los precedentes jurisprudenciales valorados por el a quo para mensurar el alcance de la condena por daño moral se advierte que la suma fijada luce insuficiente para reparar el mal ocasionado.-

*En su visión, millones de turistas han tenido al alcance de sus manos la publicidad que fuera realizada utilizando inconsultamente sus fotografías. A todo ello agrega que el a quo se apartó de las pautas citadas en el precedente “Cambiaso” [dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil] para fijar el quantum indemnizatorio y pone de resalto que su situación de “sujeto anónimo” merece ser apreciada como un agravante al momento de ponderar los perjuicios ocasionados por la publicación desde que, mal cabría asimilar el daño que ha padecido con el de aquellas personas que ostentan notoriedad pública.-*

*Desde tal mirador, entiende que la suma reconocida en concepto de daño moral resulta insuficiente para resarcir el daño ocasionado por ese concepto y solicita se la eleve a valores razonables.-*

*Por último, se agravia del alcance de la condena en costas que porta el fallo de grado. La aplicación del principio de costas al vencido fijado por el art. 51 del C.P.C.A. importa –según entiende- consagrar una situación injusta desde que, de mantenerse la condena impuesta, se estaría favoreciendo la posición de quien con su actuación ilegítima brindó justas razones para litigar, con violación de las pautas que fijadas por la Carta Magna aseguran al ciudadano el acceso efectivo a la jurisdicción.-*

*5. Replicando las razones blandidas por el accionante se presenta a fs. 260/267 la Municipalidad de la Costa.-*

*Sin perjuicio de negar en la oportunidad de deducir el recurso de apelación de fs. 246/254 la existencia de daño moral alguno, a todo evento, descarta que el a quo hubiera incurrido en una defectuosa ponderación de las circunstancias y, consecuentemente, peticiona se mantenga el quantum indemnizatorio.-*

*Por último, recuerda que en el proceso contencioso administrativo rige en materia de costas la previsión legal contenida en el artículo 51 del C.P.C.A. que, solo en los casos específicamente reglados [configuración de conducta temeraria o maliciosa] admite la posibilidad de imponer las costas del proceso al vencido. De tal modo, al no haberse*

*acreditado ninguno de tales extremos –en su visión- correspondería confirmar el fallo de grado en la parcela que dispone imponer las costas en el orden causado.-*

*II. Los recursos no prosperan.-*

*Metodológicamente, resulta conveniente brindar inicial respuesta a los agravios vertidos por la accionada que, imputando al pronunciamiento atacado una errónea interpretación de las circunstancias jurídicas y fácticas de la causa, pretende derrumbar la construcción de responsabilidad que porta el fallo postulando que: (i) no existe prueba suficiente que permita inferir que las ilustraciones de la publicidad turística se correspondan con la imagen del accionante; (ii) la Comuna solo se ha limitado a promover el turismo mediante folletería sin perseguir fin lucrativo alguno; (iii) las fotografías del actor fueron provistas por terceros; (iv) el accionante fue fotografiado en un lugar público asumiendo el riesgo que ello implica; (v) no existe daño cierto y concreto en la esfera personal del actor; (vi) la promoción turística realizada por el Municipio no contraría la manda contenida en el art. 31 de la ley 11.723 y; (vii) la publicación realizada dista de importar una lesión al derecho a la intimidad en los términos del art. 1071 bis del Cód. Civil. En segundo término, dependiendo de la respuesta que se brinde al primer interrogante, corresponderá analizar conjuntamente los recursos deducidos por ambas partes vinculados al reconocimiento del rubro indemnizatorio daño moral y su cuantificación, lo que permitirá sopesar en forma adecuada las diversas visiones que, sobre esta última cuestión, han blandido las partes (argto. doct. esta Cámara causas A-294-DO0 “Defilipi”, sent. del 25-VII-2008; C-1394-MP2 “Blanco”, sent. de 30-III-2010).-*

*1. Siguiendo el esquema de trabajo propuesto, advierto que la demandada se agravia de la sentencia recaída en la instancia por la cual se le atribuye, en los términos del artículo 31 de la ley 11.723, el deber de resarcir los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de utilización sin consentimiento de una serie de fotografías del accionante.-*

*Liminarmente, cabe precisar 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. 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 (cfr. doct. C.S.J.N. in re L.476.XXI “Lambrechi, Norma Beatriz y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, sent. de 28-06-1988). Ello así, desde que la protección material del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de las personas, un rasgo diferencial entre el Estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias (cfr. doct. C.S.J.N. in re a href="/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=4560&base=14"> “Ponzetti de Balbin, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, sent. de 11-12-1984).-

Como bien se remarca, el derecho a la privacidad comprende aspectos de la integridad espiritual de las personas tales como la imagen y nadie puede inmiscuirse en tal terreno sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, los buenas costumbres o la persecución de un crimen (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 316:703; 324:2895; 330:4615 –por remisión al dictamen de la Procuración General).-

Dando plafón legal al citado derecho personalísimo, la ley 11.723 regula y tutela el derecho “sobre la propia imagen”, identificando diversas formas de agresión, a saber: (i) la de su empleo no autorizado como marca comercial [art. 4]; (ii) la de su puesta en el comercio o su simple publicación –interpretación a contrario sensu del párrafo final del art. 31- sin el consentimiento expreso, específico y revocable de la persona misma o de los derechohabientes que la ley determina, el que solamente se dispensa cuando medien algunas de las siguientes circunstancias: a) cuando la publicación del retrato se relacione con fines culturales en general y científicos o didácticos en particular; b) cuando dicha publicación se

relacione con hechos y acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público; c) cuando la persona fallezca sin dejar cónyuge ni alguno de los ascendientes o descendientes identificados por la norma del art. 31 y; d) cuando hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, in re “Bocanera Orlando c. Diario Clarín y otro”, sent. de 15-04-2004).-

Y aunque las formas de ilicitud señaladas se refieren a la expresión “retrato”, tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en afirmar que la alusión es al concepto más genérico de “imagen”, comprensivo no solo del retrato sino de toda forma gráfica o visual que reproduzca u ostensiblemente pretenda reproducirla (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, in re “P., L. N. y otro c. Editorial La Capital S.A. y otro”, sent. de 09-12-2009; Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, LL 1996-D-136).-

En tal sentido, diversos han sido los pronunciamientos en los que se puso de relieve que la publicación de “fotografías”, 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, desde que para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, in re “Amstutz, Ana M. y otros c. Editorial Sarmiento S.A. s. Daños y Perjuicios”, sent. de 8-11-1999; Sala K in re “Producciones Ricardo Piñeyro S.A. c. Finesse s. Daños y Perjuicios”, sent. de 9-12-1999). En suma, la autorización para la publicación debe ser expresa pues mandatoriamente así lo exige el art. 31 de la ley 11.723 (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, in re “Panizzi, Miguel A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Daños y Perjuicios”, sent. de 29-11-2006).-

2.a Bajo tal prisma de análisis, no observo que el juez de grado haya incurrido en un error de juzgamiento que justifique la revocación de su fallo en alzada.-



*A poco que se examinan las constancias de la causa, se advierte que tanto los testigos Martino [v. fs. 133/134]; Arriola [v. fs. 170] y Mazza [v. fs 171] son contestes en cuanto a que las fotografías que motivan el litigio se corresponden con la imagen del actor. Y aunque resulta cierto que no hay una prueba científica que determine que las fotografías aparecidas en la publicidad turística sean el retrato del actor, la prueba testimonial relevada resulta suficiente para descartar la queja que pretende incorporar la accionada ante esta Alzada en cuanto postula que la inexistencia de un Identikit o una “rueda de reconocimiento” (sic) no permite tener por acreditado que el accionante sea quien luce fotografiado en las publicaciones.-*

*Es que, por fuera de que nunca se planteó en el proceso que la imagen del actor difería con la impresa en las publicidades del Partido de la Costa –de hecho siquiera la Comuna negó expresamente la correspondencia en oportunidad de contestar la demanda-, no lo es menos que basta para que exista una cuestión en torno a la imagen con que se esté ante la reproducción total o parcial de una figura humana que resulte identificable a juicio de un observador corriente y sin recurrir a auxilios técnicos específicos (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, in re “Bocanera”, cit.).-*

*b. Tampoco merece recibo el agravio vertido por la comuna en cuanto a que las publicaciones solo perseguían un objetivo de interés público o general y, por ende, ajeno a toda finalidad lucrativa. Es que, como supra se pusiera de resalto, la simple publicación sin el consentimiento expreso y específico del interesado, compromete –por principio- la responsabilidad de quien se vale de las fotografías.-*

*Con ello, no desconozco que en la promoción turística de la zona del Partido de la Costa se encuentra comprometido el ejercicio de una actividad direccionada a satisfacer el interés público y el desarrollo del lugar, empero ello no empece a la necesaria obtención del recaudo exigido por la ley 11.723 para utilizar la imagen de una persona, esto es, la expresa autorización del interesado.-*

*Para más, no puedo soslayar que la revista obrante a fs. 4 -en la que luce la imagen inconsultamente utilizada del actor- se identifica como “Guía turística y comercial de la Costa Atlántica”, incluyendo, allende de la promoción turística propiamente dicha, avisos de naturaleza pura y exclusivamente comercial, todo lo cual –en definitiva- priva de convicción a las razones blandidas por la Comuna para justificar su proceder.-*

*c. Menos aún cabría aceptar como causal eximente de responsabilidad la circunstancia de que las fotografías hubieran sido realizadas por un tercero -fotógrafo privado- desde que, tal lo que se desprende de las declaraciones del testigo Sr. Martinó [v. fs. 133/134], fue la Secretaría de Turismo de la Municipalidad de la Costa la que se las proveyó al editor para incorporarlas a la “guía turística y comercial”.-*

*Repárese que aunque tales fotos fueron realizadas por un profesional de confianza del accionante, ello no dispensa a la accionada de requerir, con total abstracción del modo o la manera como obtuvo tales retratos, la expresa autorización del retratado para utilizar su imagen (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 311:1171).-*

*d. Tampoco cabe validar el razonamiento que propone la apelante en cuanto asevera que al haberse practicado las fotografías en un lugar público el accionante debe cargar con los riesgos que ello implicaría. Es que, de seguir el iter lógico propuesto no se estaría sino vaciando de todo contenido la tutela que la ley 11.723 brinda a la imagen como emanación de la personalidad humana, de ahí que la jurisprudencia sea conteste en considerar que el hecho de que la imagen hubiera sido captada en sitios públicos no dispensa la necesidad de obtener la pertinente autorización (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, in re “Bocanera”, cit.). Es que, el derecho a la privacidad no solo comprende a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino que tutela a la persona contra las intromisiones aún respecto de actividades que, aunque realizadas en público, no están destinadas a ser difundidas (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 330:4615 –por remisión al*

dictamen de la Procuración General).-

Reitero, no se trata en el caso de un retrato vinculado a hechos o acontecimiento de interés público o que acaecidos en público interesen a la comunidad (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, in re “W., G. C.”, sent. de 5-10-2009), por el contrario, resulta de total evidencia que de la voluntaria realización de una serie de fotografías personales en una zona pública –playa- no puede derivarse –sin más- que se aceptó sin cortapisas la difusión de tales imágenes (argto. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, in re “S., L. J.”, sent. de 21-02-2011).-

e. En cuanto al restante agravio, atinente a la denunciada falta de configuración de la afectación al derecho de intimidad y honor en los términos del art. 1071 bis del C.C. cabe poner de resalto que, aunque el accionante apuntaló su reclamo sustentándolo no solo en la ley 11.723 sino también en la citada norma, la sentencia de grado hundió sus raíces en el ámbito del derecho a la imagen que resguarda el art. 31 de la ley de propiedad intelectual.-

De tal manera, y siendo que el único y exclusivo título jurídico al que acude el fallo de grado para sustentar la atribución de responsabilidad [art. 31 ley 11.723] resulta ser el atinente a la protección de la propia imagen, cuya independencia respecto de la tutela al honor y a la intimidad que recoge el art. 1071 bis del C.C. ha sido puesta de resalto por el Címero local (cfr. doct. S.C.B.A. causa Ac. 68.541 “Vanucci”, sent. de 29-XI-2000), no puedo sino descalificar el agravio traído a conocimiento de este Tribunal.-

3. Descartados entonces aquellos agravios direccionados a turbar la sentencia de grado en cuanto encontró comprometida la responsabilidad estatal derivada del uso indebido de imagen ajena en los términos del art. 31 de la ley 11.723, corresponde abordar de manera conjunta los recursos deducidos por ambas partes vinculados al reconocimiento del rubro indemnizatorio daño moral y su cuantificación.-

En tal tarea, pongo de resalto que la accionada –sin mayores explicitaciones- lo desconoce

en cuanto a su configuración. El actor, por el contrario, arguye que una adecuada ponderación de las circunstancias tanto de la causa como de la jurisprudencia vigente en la materia justificaría elevar el monto indemnizatorio.-

Atendiendo entonces al modo como se articularon estos agravios, vale rememorar que en lo que concierne a la prueba del daño moral y su procedencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, ha sostenido que no siempre ha de tenerse por configurado el daño moral por aplicación del aforismo latino *res ipsa loquitur*, pues si bien es posible que, en razón de las particularidades de cada caso, se arribe al resultado en virtud del empleo de presunciones *hominis*, en principio, la procedencia de la condena indemnizatoria ha de depender de la suficiente alegación que del menoscabo formule el reclamante (cfr. doct. S.C.B.A. causa C. 102.151 “Fernández”, sent. de 12-VIII-2009). No partir de la presunción del daño moral significa que el perjuicio a esa esfera personal del afectado no ha de reputarse como un efecto necesario del hecho ilícito, sino que es preciso que en el proceso sea objetivada la lesión o repercusión negativa sobre la esfera vital invocada por el demandante (cfr. esta Cámara causa C-1624-DO1 “Ferrari”, sent. de 13-IV-2010).-

Y si bien tal doctrina legal descarta que en todos los casos la indemnización procede *in re ipsa*, no puedo sino tenerlo por configurado respecto del Sr. Mauricio Leandro Burak desde que, acreditada la divulgación no autorizada –en una revista de publicidad comercial y en folletería de turismo- de las imágenes del actor con su entonces pareja, es dable concluir que el damnificado ha sufrido el disgusto de ver avasallada la propia personalidad (cfr. doct. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, in re “Panizzi, Miguel A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Daños y Perjuicios”[elDial.com - AE2242], cit.), ello en tanto la característica de los daños a la imagen no es el sufrimiento particular sino la violación de los derechos inherentes a la personalidad (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 327:3536 –por remisión al dictamen de la Procuración General-). Si bien lo anterior sella la suerte del cuestionamiento en esta parcela, para

más, las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 170 [Sr. Arriola] y a fs. 171 [Sr. Mazza] son contestes en cuanto a la negativa repercusión que sobre la vida personal del accionante tuvo la conducta del Municipio (cfr. doct. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial San Isidro, Sala 1, in re “R., M. A.”, sent. de 14-08-2003; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, in re “M., J. A. c. Canal 13 de Televisión – Arte Radiotelevisivo Argentina S.A.”, sent. de 2-10-2008).-

En lo relativo a su cuantificación, y siendo que tal actividad no se encuentra sujeta a cánones objetivos sino a la prudente ponderación de las repercusiones negativas del suceso (cfr. argto. doct. S.C.B.A. causas B. 56.478 “García”, sent. del 27-IV-2004; B. 56.525 “M., A.”, sent. del 13-II-2008; B. 51.992 “P., A.”, sent. del 7-V-2008; B. 51.148 “C., H. L.”, sent. del 18-VI-2008), no advierto elemento alguno de entidad que permita descalificar la determinación a la que arribara el magistrado de la instancia (cfr. doct. esta Cámara causa C-1394-MP2 “Blanco”, sent. de 30-III-2010).-

Aunque el actor posiciona su crítica atribuyéndole al fallo una defectuosa –por escasa- cuantificación del perjuicio argumentando que la situación por él vivida se asemejaría a la que originara el precedente “Cambiasso” (resuelto por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 26-06-2004) –en donde se reconoció una suma indemnizatoria superior a la aquí convalidada-, descarto tal razonar desde que, más allá de lo escueto de las argumentaciones blandidas, solo limitadas a una mera disconformidad con lo resuelto –y que a fuerza de estrictez autorizaría a disponer su deserción (art. 260 C.P.C.C.)-, las circunstancias acreditadas en la causa difieren de las ponderadas en aquel precedente en el que el ilícito radicaba en la explotación comercial no autorizada de la imagen de un jugador de fútbol profesional.-

4. Por último, en cuanto al final ataque efectuado por el actor y mediante el cual se agravia del alcance de la condena en costas que en los términos del art. 51 inc. 1° del C.P.C.A. porta la sentencia, adelanto que no puede prosperar.-

Para así postularlo, he de señalar que en el marco

del proceso contencioso administrativo provincial rige, en materia de costas procesales, el criterio rector fijado por el art. 51 del C.P.C.A. (t.o. ley 13.101); por tanto, en principio, corresponde que el pago de los gastos causídicos derivados del juicio sea soportado por las partes en el orden causado –inc. 1°-, con excepción del supuesto en que la vencida hubiese actuado con notoria temeridad y malicia –inc. 2°, ap. “b”-, en cuyo caso corresponderá aplicar el principio objetivo de la derrota (argto. doct. S.C.B.A. causa B. 66.082 “Bergez”, sent. del 19-IV-2006; esta Cámara causa C-1689-AZ1 “Farinella”, sent. de 28-IV-2010).-

Desde tal mirador, no resulta procedente –como pretende el accionante- la aplicación del principio general que pregona la imposición de costas al vencido, regla establecida para el régimen procesal civil y comercial (art. 68 del C.P.C.C.), cuando –por tratarse de una cuestión de naturaleza procesal- las leyes locales han válidamente consagrado principios propios en la materia contencioso administrativo, distintos a los adoptados para aquel proceso (argto. doct. S.C.B.A. A. 68.418 “Asenjo”, sent. del 15-IV-2009; esta Cámara causa G-942-AZ1 “Tellechea”, sent. del 8-IV-2009).-

De tal modo, ninguna razón cabría atribuírsele al actor cuando se queja del anclaje normativo fijado por el a quo para imponer las costas del proceso en el orden causado. Es que, como supra remarcara la pauta rectora fijada por el artículo 68 del C.P.C.C. –cuya aplicación en la especie pretende el apelante- no rige en el ámbito procesal contencioso administrativo (argto. doct. esta Cámara causa C-1460-MP1 “Cabarcos”, sent. de 13-V-2010).-

Ahora bien, si fue intención del actor sostener que la resistencia opuesta por la demandada importó una conducta temeraria o maliciosa que permitiera apartarse del principio general previsto en el art. 51 del C.P.C.A., ello tampoco merece acogida, desde que la circunstancia que la Municipalidad de la Costa se resistiera al progreso de la acción, negando la procedencia de la pretensión contenida en el escrito de demanda, no autorizan a calificar de manera negativa el modo como ejerció en el proceso sus argumentos defensivos, máxime cuando la

*pretensión solo ha sido acogida parcialmente (cfr. doct. esta Cámara causas G-958-DO1 “Erвити”, sent. de 21-IV-2009; C-1608-DO1 “Galeano”, sent. de 4-III-2010).-*

*Por ello, he de concluir que no se encuentra configurado en la especie un supuesto de excepción que permita apartarse del art. 51 inc. 1º de la normativa ritual, por lo que debe confirmarse la sentencia en cuanto impuso las costas del proceso en el orden causado (cfr. doct. esta Cámara causas G-1049-DO1 “Buzid”, sent. de 16-IV-2009; C-2134-AZ1 “Barrena”, sent. de 19-X-2010).-*

*III. Si lo expuesto es compartido, habré de proponer al Acuerdo, rechazar los recursos de apelación articulados a fs. 246/254 por la parte demandada y a fs. 255/257 por la parte accionante y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento de fs. 226/243. Las costas de esta alzada deberían imponerse en el orden causado (art. 51 inc. 1º del C.P.C.A.).-*

*Voto la cuestión planteada por la negativa.-*

*Los señores Jueces doctor Mora y doctora Sardo por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, votan la cuestión planteada por la negativa.-*

*De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:*

#### **SENTENCIA**

*1. Rechazar los recursos de apelación articulados a fs. 246/254 por la Municipalidad de la Costa y a fs. 255/257 por el Sr. Mauricio Leandro Burak. Costas de esta alzada en el orden causado (art. 51 inciso 1º del C.P.C.A.).-*

*2. Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del decreto ley 8904/77).-*

*Regístrese, notifíquese y devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.//-*

*Fdo.: Elio Horacio Riccitelli – Roberto Daniel Mora – Adriana M. Sardo*

*Fdo.: María Gabriela Ruffa, Secretaria*