

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Fotografía. Imagen personal.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 31-8-1985

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: R, Sergio H. y otro vs. CICA S.A. y otros

SUMARIO:

“... «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 aconseja hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho» (el 28/6/88, “Lambrecht, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, JA, 1989-I-89, LA LEY, 1989-C, 475)”.

“Aunque la norma sólo se refiere al retrato, existe consenso en cuanto a que debe hacerse extensiva a cualquier otra forma en que la imagen puede ser fijada, así como a la cinematografía y televisión ...”.

Como salvo en los casos de publicaciones científicas, didácticas o culturales o de interés público (aspectos a los cuales, en lo que interesa, me referiré más adelante), la ley prohíbe la publicación sin consentimiento expreso, la invocación y prueba de la existencia de ese consentimiento incumbía a los demandados, interesados en sostener la licitud de la inclusión de la fotografía ...”.

“... el medio publicitario y el tenedor de la fotografía no son dueños de la imagen, y no pueden aprovecharla con cualquier otro fin, aun los más serios si a ese efecto no hay autorización; que la autorización para determinada publicación no da derecho a publicarla en otra; que cuando el consentimiento se ha dado para un tipo de exhibición, todo cambio viola el derecho, pues la eficacia de ese consentimiento debe estar contenido en los límites de la voluntad que lo formuló ...”.

TEXTO COMPLETO:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor Fermé dijo:

La sentencia dictada a fs. 395/400 rechazó la demanda, lo que motiva los agravios de la parte actora, expresados en la pieza de fs. 418/22, que las codemandadas contestaron a fs. 428/31, 432/6 y 438/9. También había apelado la Asesora de Menores de primera instancia y a fs. 442 se expidió nuestro asesor, manteniendo el recurso con adhesión a los fundamentos expresados por los progenitores de la menor M.F.R.

I. Debo, liminarmente, referirme a que contrariamente a lo que se postula por la codemandada Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., la apelación no se encuentra desierta por no haberse criticado concretamente por la parte actora los fundamentos dados por el a quo en relación a que no se han afectado los sentimientos o afecciones legítimas de la menor, no desdibujándose su imagen ni afectado su privacidad. Esto así, por cuanto en el escrito de demanda se fundó la acción resarcitoria no sólo en una invasión de la esfera de privacidad (art. 1071 bis, Cód. Civil) según se dijo a fs. 17, sino también en que la reproducción del retrato de la niña sin autorización expresa y con fines de propaganda comercial es ilícita. Así se desprende del contexto de las referencias jurisprudenciales efectuadas a fs. 17 y vta. y la invocación del art. 31 de la ley 11.723, concretamente efectuada, junto con la del art. 1071 bis ya citado, en el apart. g) del cap. III de la demanda (fs. 18). Y así lo entendió también esta codemandada, a estar al tenor de lo que digo a fs. 81/2 dentro de su responde, bien que imputando contradicción a la demandante en una doble invocación con lo que señalo doy respuesta también a lo manifestado por otra codemandada, Cica, S.A., respecto de la necesidad de mantener el pronunciamiento sin apartarse de los términos en que quedó trabada la relación procesal (fs. 435 vta./436 vuelta).

II. He de coincidir sí con el a quo en que la divulgación de la fotografía de la otrora niña, hoy adolescente Rother, dentro del contexto en que fue realizada, no parece violatoria de su identidad,

dada su pública vinculación precedente a espacios de propaganda de la codemandada Cica. Del mismo modo, comparto su apreciación de que la publicación cuestionada no desdibuja esa imagen (sentencia, fs. 397/398, cap. II). Mas como ya dije que ése no ha sido el único fundamento de la demanda, como tampoco, el señalado (según lo interpretó el a quo en la primera parte del cons. II a fs. 397) carácter comercial de la nota publicada, sino la reproducción sin autorización, tal aspecto habrá de ser analizado, pues al mismo apuntan los agravios vertidos.

III. Como lo he señalado en oportunidad anterior, al votar en el expte. 85.024, sentencia del 9/12/94, existe un derecho a la propia imagen, “derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de autonomía privada del sujeto al que pertenece” (Cifuentes, su voto como integrante de la sala C de esta Cámara, sentencia del 2/2/88 “Tvicki, Martha C. c. Clarín Arte Gráfica Edit. Arg. S.A.”, JA, 1988-II-43; así como las citas que efectúa de Von Thur, Ricca Barberis, Del Vecchio y de su propia obra, integrante luego de “Los derechos personalísimos. La integridad espiritual y los medios de protección civil”, Revista del Notariado, separata, p. 39 y sigtes.; Rivera, Julio César, “Hacia una protección absoluta de la imagen personal”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 1, setiembre ‘88, p. 33 y con Gloria Rodríguez Burmester en “Indemnización del daño moral y del daño material por afectación al derecho a la imagen”, nota a fallo de la sala A publicada ED, 162-284, de donde toda persona tiene sobre su imagen (a la que se caracteriza también como integrante de la identidad estática, al igual que el nombre y la identificación física; cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, LA LEY, 1993-D, 673, texto y doctrina nacional y extranjera mencionada en nota 6; otros autores las diferencian, v. gr. Carlos A. Ghersi, “Derecho Civil - Parte general”, Buenos Aires, 1993, p. 124, un derecho exclusivo que se extiende a su utilización de modo de poder oponerse a su difusión sin su autorización (Rivera, op. cit., p. 33/4), y que en nuestro derecho positivo encuentra su sede en el art. 31 de la ley 11.723, norma respecto de cuya

exégesis extrae la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 aconseja hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho” (el 28/6/88, “Lambrecht, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, JA, 1989-I-89, LA LEY, 1989-C, 475).

Aunque la norma sólo se refiere al retrato, existe consenso en cuanto a que debe hacerse extensiva a cualquier otra forma en que la imagen puede ser fijada, así como a la cinematografía y televisión (cfr. Cifuentes, op. cit., p. 47; Carlos A. Villalba y Delia Lipszyc, “Protección de la propia imagen”, LA LEY, 1980-C, 820; interpretación extensiva que se efectúa también en otros derechos, v. gr. el español, en relación con los avances tecnológicos según referencia extraída de “El derecho a la intimidad, el honor y a la propia imagen”, por Roberto A. Vázquez Ferreyra, en JA, 1989-III-814, nota 5).

Esta protección del derecho a la propia imagen es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad (cfr. Vázquez Ferreyra, op. cit., y notas 20 y 25; Cifuentes, op. cit., p. 39 y sigtes. y 48; Kemelmajer de Carlucci en “Código Civil...” Augusto C. Belluscio Director, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 81 Rivera y Rodríguez Burmester, op. cit.; CNCiv., sala C, 6/5/82 “Grondona, Carlos D. c. Radio Victoria S.A.”, ED, 99-714; sala D, 30/11/93, “P. de B.A.N. c. J.H. y otro”, DJ, 1994-II-742, LA LEY, 1994-D, 148).

IV. Como salvo en los casos de publicaciones científicas, didácticas o culturales o de interés público (aspectos a los cuales, en lo que interesa, me referiré más adelante), la ley prohíbe la publicación sin consentimiento expreso, la invocación y prueba de la existencia de ese consentimiento incumbía a los demandados, interesados en sostener la licitud de la inclusión de la fotografía (art. 377, Cód. Procesal). Al absolver posiciones la codemandada Arte Gráfico Editorial Argentina dijo no ser cierto que solicitó autorización (rta. 1ª de fs. 180 bis, acta a fs. 187 vta.) y reiteró lo que sostuvo en su responde en el sentido de que la fotografía le fue suministrada por la Agencia Diagram, que la recibiera de Cica (rta.

a la 3ª, fs. citadas). También el representante de Diagram Publicidad dijo no ser cierto que solicitó autorización (rta. a la 1ª de fs. 181 bis, acta a fs. 188), y reconoció como cierto que encaró, armó, organizó, estructuró y ordenó la publicación cuestionada (rta. a la 2ª y 9ª), así como que el material de la publicación le fue suministrado por Cica, S.A. (rta. a la 3ª). Preguntado si hubo autorización de los padres de M.F. para la publicación de la fotografía incluida en la publicación del diario Clarín, el representante legal de Cica, S.A. dijo que no (rta. a la 1ª de fs. 182 bis, acta a fs. 205) y reconoció como cierto que la publicación fue autorizada por la empresa (rta. a la 2ª) y encarada, organizada, compaginada y estructurada por Diagram Publicidad (rta. a la 3ª).

Con tales elementos de juicio, no creo pueda dudarse de que la publicación fue efectuada sin autorización expresa, ya que -por lo demás- ninguna de las piezas con las que se contestó la demanda hizo mérito de que tal autorización expresa existiera (y en su alegato, fs. 334 vta., Cica S.A. reconoce que no medió consentimiento expreso), salvo las implicancias que Diagram Publicidad extrae en su contestación de la existencia de campañas publicitarias de Cica, S.A. con la imagen de la menor y posibles contrataciones al respecto, sobre lo que luego me referiré.

Con razón se ha dicho que el medio publicitario y el tenedor de la fotografía no son dueños de la imagen, y no pueden aprovecharla con cualquier otro fin, aun los más serios si a ese efecto no hay autorización; que la autorización para determinada publicación no da derecho a publicarla en otra; que cuando el consentimiento se ha dado para un tipo de exhibición, todo cambio viola el derecho, pues la eficacia de ese consentimiento debe estar contenido en los límites de la voluntad que lo formuló (voto del doctor Cifuentes en JA, 1984-II-44 y voto del doctor Halperín, citado por el primero, en ED, 33-387). Como dijera el codificador, la propiedad se define mejor en sus relaciones económicas, el derecho de gozar del fruto de su trabajo como cada uno lo encuentre mejor (nota al art. 2506, Cód. Civil). La existencia de la conformidad y sus alcances debe analizarse con criterio estricto (cfr.

voto del doctor Zannoni, CNCiv., sala A, JA, 1986-II-583 y sus citas jurisprudenciales).

En tales condiciones, parece obvio que no era a la parte actora a quien incumbía acreditar que el uso de la fotografía era no autorizado, o excluido de las estipulaciones contractuales de la relación trabada entre Rother, Cica, S.A. y S.A. Lintas Ltda. Compañía de Publicidad (esta última encargada de las campañas publicitarias de Cica, S.A. que utilizaron a la niña R. como modelo). Al respecto resulta particularmente relevante que Cica, S.A. no haya utilizado como defensa de su posición en la contestación a la demanda la existencia de tales contratos y el derecho que de ellos dimana el uso del material fotográfico o fílmico respectivo, siendo que -por otra parte- de tales elementos de juicio, venidos con la prueba informativa de fs. 215/21, surgen los necesarios como para considerar que ese derecho no era irrestricto, sino que reconocía limitaciones en el tiempo, o para nuevos comerciales, o para formas diferentes de propaganda (cfr. punto 5 de fs. 215; cláusula sexta de fs. 217; contrato de fs. 218; contrato de fs. 219; contrato de fs. 220 para el uso de la figura de la modelo en una cenefa para puntos de venta). Sólo la agencia Diagram Publicidad ha hecho mérito de la existencia de tales contratos como origen de un uso lícito y autorizado de la imagen, mas sin hacer referencia concreta a ellos, ni traerlos al expediente como prueba. Tampoco en las posiciones puestas por esta codemandada a los padres de la menor se requirió una respuesta sobre la inclusión del uso cuestionado en la demanda en las autorizaciones contenidas en los contratos. De donde, aunque se soslayaran las observaciones formuladas por la parte actora sobre la forma de introducción de tal prueba (incorporada como complemento de la contestación a un pedido de informes y no como prueba instrumental y no sometida como tal al reconocimiento de quienes aparecen como sus firmantes), de todos modos habría que concluir que no ha mediado en el caso la prueba categórica de que el uso de la fotografía que se hizo en la publicación del diario Clarín se hallaba autorizado por contrato.

No habiendo prueba de un consentimiento expreso, circunstanciado a la publicación de que se trata, la

existencia de un consentimiento de otra naturaleza (implícito v. gr.) y de las modalidades que le acompañan, debe presentarse de modo tal que no dé lugar a duda (cfr. Villalba, Carlos y Lipszyc, Delia, “Protección de la propia imagen”, LA LEY, 1980-C, 826). Y en tanto la ilicitud del acto surge de la transgresión de la ley, que requiere el permiso o la autorización (art. 1066, Cód. Civil), careciendo de relevancia si hubo o no intención de perjudicar, pues de lo que se trata es de proteger el derecho a la disponibilidad de la propia imagen y la inclusión de ella en publicidad (que lo era se verá a continuación), con prescindencia de cualquier animus ella encuadra en las previsiones de la ley 11.723, art. 31 (sala E, 23/4/81, “Simeone, I. c. Contigli Publicidad S.A.”, ED, 94-582) debiendo considerarse negligente la conducta de la agencia que omite las precauciones tendientes a impedir el acto contrario a derecho, pues ha de cerciorarse el interesado de la existencia de ese consentimiento (arts. 512 y 1067, Cód. Civil; esta sala, sentencia del 9/12/94, expte. 85.024).

V. Tal como lo resolviera el a quo, la nota publicada en el diario Clarín puede considerarse que participa de los caracteres de una nota periodística de carácter informativo en tanto da a conocer al público lector conceptos referidos a la inserción de Cica, S.A. en el mercado alimentario, la construcción de su fábrica, ubicación, productos que elabora, estrategias de comercialización y publicidad, pero es innegable, por otra parte, el fin publicitario y comercial que conlleva. La prueba aportada al proceso revela claros detalles de cómo se arman estas notas de carácter “institucional” (cfr. respuesta de la Asociación de Editores de Diarios de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 213; de la Asociación Argentina de Agencias de Publicidad a fs. 254 y declaraciones de Gerendi a fs. 228/9). Un caso similar fue resuelto por la sala G (LA LEY, 1981-D, 64) en el mismo sentido.

La difusión sin permiso con fines informativos, o culturales, etc., de acontecimientos que pudieran resultar de interés público, o desarrollados en público, no se extiende a la realizada con finalidad publicitaria, para lo que resulta necesaria la conformidad o autorización (cfr. Villalba y Lipszyc, así como su cita de jurisprudencia, p. 820). Señala

Rivera, con razón, que “la utilización de la imagen sin autorización, para una finalidad comercial... es suficiente para descartar la legitimidad de la captación o difusión de la imagen fundada en la notoriedad del personaje o en el lugar ‘público’ en que se hizo la filmación” (op. cit., p. 35). Dicen los autores citados en primer término, que queda fuera de la finalidad cultural todo aquello que la tiene primordialmente publicitada (p. 823).

Si cupiese alguna duda, la aventa la nota de fs. 95, dirigida por Cica, S.A. el 6/12/85 a la agencia Diagram, en la que dice estar “analizando la posibilidad de publicar un suplemento o nota especial, que tendrá por finalidad la difusión de sus actividades”.

Como la ley prohíbe genéricamente la publicación y no sólo la puesta en el comercio (cfr. Villalba y Lipszyc. op. cit.), carecen de relevancia las excusas relacionadas con la falta de percepción por parte de la editorial de precio por la publicación de la fotografía, o de pago de la nota por parte de Cica. De todos modos, acoto que así como la agencia que actuó negligentemente al no cerciorarse de la existencia de autorización suficiente, ha obtenido el beneficio de la actividad específica cumplida en el armado de la nota promocional, Cica S.A. lo tuvo en tanto se hizo publicidad de su actividad, marca y productos aun indirectamente y la editora del diario, aunque no cobró por publicar la fotografía, ni el espacio de la nota, sí lo hizo con los avisos de firmas relacionadas con Cica, S.A., avisos que aunque no incluyeron en sus órdenes menciones específicas en relación con la nota de que se trata, pues se pagó por espacios, es evidente no se hubieran publicado al menos en esa ocasión si no mediaba la actividad promotora de la agencia de publicidad. Por lo demás, el diario obtiene siempre un beneficio si, como cabe suponer, incluye material de interés para sus lectores, verdadera razón de ser de su existencia.

Concluyo en que las tres codemandadas han de responder por los daños que derivaran para la afectada de la infracción a lo dispuesto por el art. 31 de la ley 11.723.

VI. Aunque de lo manifestado por la madre de M.F. (...) surge que ésta, con posterioridad a su inter-

vención en la publicidad de Cica, S.A., no actuó posteriormente como modelo publicitaria ni intervino en propagandas, y que al tiempo de la publicación en Clarín la nombrada tenía varios años más que los que exhibe en la fotografía reproducida, lo cierto es que la imagen pretérita tenía valor propagandístico, en tanto recordaba la imagen de pureza de la niña a la que le “gustaba ser Cica” para ser relacionada con la invocada frescura y pureza de los productos o de su elaboración. Como recuerdan Rivera y Rodríguez Burmester (art. citado), en el fallo recaído en el caso “Tilda Thamar” se destacó con claridad que la publicación del retratado con fines de propaganda priva al retratado de obtener un beneficio y por lo tanto ese lucro cesante es indemnizable desde que existe potencialmente posibilidad frustrada de obtenerlo. En el caso, cabe ponderar que el material obtenido con anterioridad dio lugar más tarde a contratos de ampliación en el tiempo de su utilización, mediante pago a la modelo (cfr. contratos del 30 de abril de 1985, relativos a uso de material filmado en 1982, fs. 218 y 219). En la demanda se hizo mención concreta a lo que debiera haberse abonado por dicho uso (fs. 18, III, g).

En cuanto al daño moral, el mismo fluye naturalmente de la invasión del derecho (cfr. Fallo de la sala A antes citado, caso “Thamar”), habiéndose expresado, con acierto por quien fuera nuestro apreciado colega, doctor Salgado (en voto al que adhirió el doctor Bueres, fallo de la sala D, 30/11/93, LA LEY, 1994-D, 148 y DJ, 1994-2-742) “que si hay un derecho a oponerse a la publicidad de la imagen, en la forma en que fue realizada, con independencia de perjuicios materiales, su violación importa por sí sola un daño moral, que está constituido por el disgusto de verse la personalidad avasallada. La tendencia que sólo ve el daño moral cuando la publicidad esté teñida de elementos que lastiman el honor, la reputación o la estima -publicaciones injuriosas- es propia de la doctrina negatoria del derecho a la imagen, en su versión atemporada (cfr. Cifuentes...)”. Para Brebbia (“El daño moral”, Obir, Rosario, 1987, ps. 85/6), “siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de alguno de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia

de dicha transgresión importará, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño”.

La turbación de un derecho personalísimo es por sí sola desencadenante de un daño moral, a menos que se demuestre lo contrario. En todo caso, cabe ponderar las circunstancias objetivas del caso, tales como la edad de la afectada, la falta de actualidad de la fotografía al reproducirla y la actuación anterior como modelo de la misma firma alimentaria.

Y ponderando todo ello, así como la conocida circulación del diario Clarín, la importancia de la publicidad efectuada y la relevancia relativa que dentro de la misma cabe atribuir a la publicación de la fotografía, que sólo refuerza lo que sobre la utilización de la imagen de una niña en las campañas publicitarias se dice en el texto, así como los datos que obran en autos sobre la cuantía de las retribuciones obtenidas por la niña como modelo considero adecuada la suma de cuatro mil pesos como indemnización de los daños materiales y morales derivados de la publicación ilegítima de que se trata (art. 165, Cód. Procesal), destacando que en la demanda no se ha requerido discriminación del resarcimiento que corresponda a unos y otros, como tampoco parece necesario en el caso hacerlo.

VII. La suma indicada devengará intereses del seis por ciento desde la fecha de la publicación, 9/12/85 hasta la fecha del presente pronunciamiento y la tasa pasiva promedio que resulta de la publicación del Banco Central de la República Argentina hasta el efectivo pago.

VIII. Las codemandadas han de responder solidariamente (art. 31, ley 11.723 en combinación con la última parte del art. 1109, Cód. Civil; sala E, 23/4/81, ED, 94-583).

IX. Aunque la demanda no prospere en toda la cuantía pretendida, las codemandadas soportarán las costas de ambas instancias, pues resultan perdidosas en lo principal y no reconocieron oportunamente el derecho de la reclamante ni siquiera en la medida en que progresa. Atiendo, además, al carácter resarcitorio que indudablemente revisten tratándose de un hecho ilícito.

Por lo que llevo dicho, y si mi opinión fuese compartida, corresponderá revocar la sentencia en recurso, haciendo lugar a la demanda y condenando a las demandadas, en forma solidaria, a abonar a la actora, dentro del plazo de diez días, la suma de cuatro mil pesos, sus intereses y las costas del proceso.

Por razones análogas a las expuestas el doctor Ojea Quintana adhirió al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: Revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda y condenando a las demandadas, en forma solidaria, a abonar a la actora, dentro del plazo de diez días, la suma de ..., sus intereses y las costas del proceso.