

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

Límites al derecho patrimonial. Libre publicación de retratos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 30-11-1993

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *“El derecho de autor en la Argentina”*. Ed. La Ley. 2001, p. 48. Texto del fallo en *“La Ley”*, 1994-D,148.

OTROS DATOS: P. de B.A.N. vs. J.J. y otro

SUMARIO:

“No discuten los quejosos en esta instancia que el art. 31 de la ley 11.723 les vedaba la publicación del retrato de la actora, sin su consentimiento. Apuntan, en cambio, a encuadrarse en la excepción legal que permite la publicación libre cuando «se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales...». Este es el meollo del asunto”.

“Bien recuerda Rivera que la publicación de la imagen, aun en los supuestos enunciados, tiene sus límites. Siempre --agrega el autor citado-- debe tratarse de publicación no ofensiva y en su caso deben adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si la publicación se hace en libros o revistas de medicina para ilustrar ciertas enfermedades o terapias (conf. Rivera, Julio César, «Instituciones de Derecho Civil», t. II, p. 107)”.

“De esta permisión restrictiva del uso de la imagen, con fines científicos, rescato la conclusión de Rivera: “deben adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si la publicación se hace en libros o revistas de medicina”.

COMENTARIO:

Son varias las legislaciones de países latinoamericanos donde se dispone que *“el retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma, y a su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo, la publicación del retrato es libre cuando se relacione con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”*. Pero es lamentable la existencia de una disposición, en el caso de alguna legislación nacional, que si bien prohíbe la puesta en el comercio del retrato o busto de una persona sin su consentimiento y, a su muerte, de sus causahabientes, exceptúa el supuesto cuando se trate de *“una persona notoria”*, como si los personajes públicos no tuvieran derecho a su imagen y a su intimidad. Al comentar en su oportunidad dicho dispositivo anotamos que *“no tiene ningún asidero a la luz de la legislación comparada y que, en nuestra opinión, constituyó una adición desafortunada:*

¿quiere decir entonces que las personas notorias no tienen derecho a la intimidad de su vida privada?. Si se trata, por ejemplo, de una fotografía tomada subrepticamente para captar el desnudo de una persona famosa, cuando ésta se encuentra en la privacidad de su habitación: ¿no tendría acaso derecho a prohibir su divulgación?. Pensamos que sí, a pesar de dicho agregado poco feliz, sobre la base de los principios generales del derecho común, incluso de rango constitucional, relativos a los derechos de la persona en general y, en particular, de los atinentes a la imagen y a la intimidad de la vida privada”¹. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Salgado dijo:

Contra la sentencia definitiva recaída en la instancia precedente expresan sus agravios los demandados a fs. 568/584, los que fueron contestados por la reclamante a fs. 586/596.

La queja se centra en los siguientes puntos: a) Sostienen que la interpretación realizada por la a quo del art. 31 de la ley 11.723 es errónea. Aducen que el consentimiento es necesario para la explotación comercial de la imagen, que no se tipifica —a su entender— en la especie.

Que sencillamente se trata de una publicación con fines científicos, ya que la nota es fruto de la actividad profesional liberal y de los conocimientos adquiridos a través de ella y está expuesta en una obra científica. La misma dice parte de una finalidad altruística y eminentemente de divulgación científica. Que el provecho económico es de hecho inexistente. Que el tiraje es limitado, ya que tiene por objeto únicamente la consulta. Que la misma norma establece la innecesidad del consentimiento del retratado cuando se trate también de fines culturales y en general con acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

b) Que la sentencia en recurso incurre en contradicción cuando por un lado afirma que la sola prueba de la publicación de la imagen sin autorización correspondiente, resulta una conducta arbitraria, mientras que en el párrafo siguiente sostiene que la parte final del art. 31 declara que es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines científicos, didácticos, que los profesionales que declararon en la causa aseguraron la modalidad habitual de fotografiar y publicar sin solicitar autorización en tanto se utilice con fines científicos. Que en la especialidad la exhibición del rostro se hace imprescindible.

c) Que en atención a que la a quo ha entendido que la publicación es de carácter científico el consentimiento del retratado deviene innecesario.

d) Que los retoques o modificaciones a que alude la sentencia no se compadecen con las propias leyes y objeto de la ciencia y más bien constituirían un bastardeo de la imagen.

e) Que las características de la publicación y las peculiaridades de quienes habitualmente pueden leerla, aun determinando que se trataba de la actora, no van razonablemente a ridicularizarla, ni a pensar mal de ella. Que la reclamante no ha demostrado que la actora fuese fácilmente identificable.

f) Que la indemnización por daño moral se hubiese fijado en base al contacto que la actora tiene con el medio científico. Que la fijación del monto apa-

¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Disposiciones especiales para ciertas obras (Las obras de artes plásticas y las de artes aplicadas)”, en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol: “El nuevo Derecho de Autor en el Perú”. Ed. Peru Reporting. Lima, 1996, PP. 267-268.

rece aumentada en su “quantum” por el presunto agravante del círculo profesional del cónyuge. En definitiva piden su reducción. Luego de otras consideraciones reclaman en esta instancia la revocación del fallo y supletoriamente que se disminuya la indemnización acordada.

Ha dicho la jurisprudencia que tanto el art. 31 de la ley 11.723, como el 1071 bis del Cód. Civil, son protectores del derecho a la intimidad. El primero ampara específicamente la protección de la imagen y el segundo sanciona el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, entre los que la propia norma incluye la publicación de retratos, o sea que si bien la función tuitiva de una y otra norma puede no coincidir, en otros casos ello sí ocurre, configurándose la violación de ambas órdenes (conf. Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio-Zannoni, “Código Civil...”, t. 5, p. 81, N° 11, y CNCiv., sala A, “Medina de Bruschi, Patricia c. Editorial Inéditas S.A. u otro s/daños y perjuicios”, del 27/10/87 —La Ley, 1988-B, 375—).

En este orden de ideas se ha sostenido que la intromisión en la vida de otro debe ser arbitraria, pero en el caso de la publicación de retratos la ley presume “iuris et de iure” que siempre se viola la intimidad. La sola prueba de la publicación sin la autorización correspondiente, deviene arbitraria porque expresamente una previsión legal lo impide y lo sanciona (CNCiv., sala A. “Ivanoff de Regueiro, Liliana c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. s/daños y perjuicios”, del 6/6/83).

No discuten los quejosos en esta instancia que el art. 31 de la ley 11.723 les vedaba la publicación del retrato de la actora, sin su consentimiento. Apuntan, en cambio, a encuadrarse en la excepción legal que permite la publicación libre cuando “se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales...”. Este es el meollo del asunto.

Bien recuerda Rivera que la publicación de la imagen, aun en los supuestos enunciados, tiene sus límites. Siempre —agrega el autor citado— debe tratarse de publicación no ofensiva y en su caso deben adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si la publicación se hace en libros o revistas de medicina para ilustrar ciertas enfermedades o terapias (conf. Rivera,

Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, t. II, p. 107).

El mismo autor en un trabajo anterior, que hace un análisis retrospectivos de la jurisprudencia francesa y nacional, expresa que se está proyectando una protección cada vez más extensa sobre el derecho a la imagen, inclusive independizándola de la intimidad. Es decir, puede haber lesión al derecho a la imagen aunque ello no afecte la privacidad ni el honor de la persona (conf. Rivera, Julio César, “Hacia una protección absoluta de la imagen personal”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, N° 1, p. 33).

De esta permisón restrictiva del uso de la imagen, con fines científicos, rescato la conclusión de Rivera: “deben adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si la publicación se hace en libros o revistas de medicina”.

¿Cumplieron con este presupuesto los demandados? No me parece.

Desde ya que si la operación estética era en el rostro no podía fotografiarse otra parte del cuerpo. Sin embargo dicha circunstancia torna más exigentes los recaudos tendientes a la no identificación del afectado. En efecto, es de perogrullo que las personas se identifican por el rostro.

Luego la presentación sin ninguna disimulación del rostro de frente y perfil constituía, por lo menos una imprudencia, sobre todo si se la pretendía realizar sin la anuencia de la interesada.

Alegan los quejosos que cualquier alteración o disimulación de la identidad afectaba el resultado de la terapia realizada. Es posible. Pero no es menos cierto que entre una parcial ineficacia de las vistas fotográficas para patentizar el resultado alcanzado y el derecho a la imagen de un tercero, que no dio su consentimiento con tal publicación, debieron preferir este último, o en su caso, prescindir de la publicación. El camino elegido les hace responsables de lo hecho.

La circunstancia de la escasa difusión del material cuestionado, será, quizás, un factor de incidencia en el cálculo de la reparación, mas no alcanza para excusar la conducta seguida.

El derecho a la propia imagen se transgrede aun de este modo. Baste señalar que en el caso a estudio el hecho vino a verse potenciado por la interacción que supone la comunidad grupal que la reclamante guardaba, justamente, con quienes eran destinatarios de la publicación.

La reducida y aun inexistente explotación comercial de la publicación tampoco altera el resultado del juicio, ya que la expresión “poner en el comercio”, que utiliza el art. 31 de la ley 11.723, debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (conf. Zavala de González, “Derecho a la intimidad”, p. 95).

Que las actitudes que puedan asumir quienes reconozcan a la actora (“no van a ridiculizarla o pensar mal de ella” —dicen los demandados—) carece de interés para juzgar la procedencia de la pretensión, ya que —como adelantara “ut supra”— la mera captación, reproducción o publicidad de la imagen constituyen un atentado al derecho a su protección, sin que sea necesario demostrar que como consecuencia de dicha atentado se ha afectado la privacidad del sujeto, o su honor, o reputación (Rivera, ob., cit., p. 104).

Tres hechos también resultan relevantes: 1) La actora era reconocible en las fotografías. De ello no dudo, no sólo por la pericia de fs. 253/257, sino por la coincidencia en el particular de diversos testigos; 2) los demandados ni siquiera intentaron alguna maniobra para disimular la identidad, como estaba a su alcance y lo demuestra la pericia aludida y 3) las instituciones consultadas sobre el particular (Academia Nacional de Medicina, fs. 314, Sociedad de Cirugía Plástica de Buenos Aires y Asociación Médica Argentina desde 1985, según se infiere del informe del doctor Malbec de fs. 218/219), recomiendan a sus miembros requerir autorización para publicar fotografías.

Por todas estas consideraciones y de los sólidos fundamentos de la sentencia en recurso habré de concluir que la misma deberá ser confirmada en cuanto admite la pretensión.

El daño moral es el único rubro admitido. Adhiero a su procedencia. En este sentido se ha sostenido que si hay un derecho a oponerse a la publicación

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 al 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 atemperada (conf. Cifuentes, “Derechos personalísimos”, ps. 316 y siguientes).

El derecho a la imagen es autónomo del derecho al honor o al decoro (conf. Cifuentes, ob. cit., ps. 320/324 y CNCiv., sala C, “Muschiatti, Jorge Prometeo c. Editorial Abril S.A. s/cesación de publicación” del 10/4/90).

Respecto del rubro daño moral hemos dicho que el mismo supone la privación o disminución de bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, los afectos, etc. (Dalmartello, “Danni morali contratualli”, en Rivista del Dir. Civile, 1933, p. 55; Ennecerus Lehmann, “Tratado. Obligaciones”, t. II, p. 240; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, t. 1, p. 150; Brebbia, “El daño moral”, p. 75; Borda, “Tratado. Obligaciones”, t. 1, p. 176; Orgaz, “El daño resarcible”, p. 183; etc.). Que por lo demás, como recuerda Orgaz: “La mirada del juez tiene que abarcar todo el caso a juzgar, con todos sus elementos; el autor del daño para apreciar su responsabilidad, la gravedad de la culpa y del daño, la posición económica y social, etc.; y desde luego, al damnificado, la índole y la extensión de su perjuicio, su situación patrimonial, la repercusión que el hecho ha tenido y tendrá en su sensibilidad, seguridad, dicha, honor, etcétera.

Va de suyo que la gravedad de la falta, dentro de una concepción reparadora del daño moral, no tendrá incidencias en la graduación del “quantum”, aunque sí tendrá valor para ponderar la extensión de la reparación con arreglo a las normas de los arts. 520 y 521 del Cód. Civil —que rigen en la órbita contractual— y de los arts. 901, 903, 904, 905 y 906 que son genéricos, y que regulan en

particular la responsabilidad aquiliana (en la especie involucrada).

Este es el sentido de la expresión “gravedad de la culpa” conferido por Orgaz en el trabajo que más abajo se cita (ver nota 27). Bajo otra luz, cabe destacar que la posición económica del dañante no es por regla general elemento estimable para apreciar la cuantía de la indemnización, salvo en la hipótesis en que se aplique el art. 1069, parte 2ª del Cód. Civil, o de las reparaciones de equidad y solidaridad social contempladas por el art. 907, parte 2ª del mismo cuerpo legal.

Esta visión conjunta del responsable y de la víctima es la que caracteriza a la justicia que administran y deben administrar los jueces: “Justicia de los dos ojos” (conf. Orgaz, “El daño moral: pena o reparación”, ED, 28/8/78).

Con tales parámetros y teniendo en cuenta que si bien la publicación realizada tenía un destinatario específico —como bien señala la sentencia en recurso— la profesión del cónyuge de la actora la exponía a ésta a mantener frecuentes contactos con las personas a quienes estaba dirigida.

En consecuencia y a mérito de las condiciones personales de la reclamante y de los accionados, descartada una actitud dolosa de estos últimos, soy de opinión que la cuantía del rubro debe ser reducida a la suma de \$ 10.000, a valores de la fecha en que fuera fijada en primera instancia. En este sentido propiciaré que el fallo sea modificado. Con costas de esta instancia en el orden causado (art. 71, Cód. Procesal). Así voto.

El doctor Bueres, por análogas razones a las aducidas por el doctor Salgado, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica el fallo apelado reduciendo la cuantía del rubro daño moral a la suma de \$ 10.000, a valores de la fecha en que fuera fijada en primera instancia. Las costas de esta instancia en el orden causado (art. 71, Cód. Procesal). El doctor Russomanno no interviene por hallarse en uso de licencia.