

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

Derecho de autor y derecho a la imagen. Fotografías.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 1-11-2005

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Búsqueda en la web a través del Portal Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm>

OTROS DATOS: D. Analía Elizabeth vs. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.

SUMARIO:

“En distintos supuestos, la jurisprudencia destacó que la publicación de fotografías por un medio periodístico, 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, pues para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado”.

“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 (CNCiv., 28/6/88, JA, 1989-I-89). La protección de este derecho es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad”.

“Se considera que no legitima la utilización comercial de la imagen el hecho de que ella hubiera sido captada en el lugar público”.

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, a 1 días del mes de noviembre del año 2.005 hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: “Demassi Analía Elizabeth c/Arte Gráfico Editorial Argentino SA y otro s/daños y perjuicios” y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 383/6), que hizo lugar a la demanda por la cual la Sra. Demassi perseguía la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la publicación de una fotografía suya obtenida sin su consentimiento, apelan las partes, quienes por los motivos que expresan en sus escritos de fs.402/11 (Arte Gráfico Editorial Argentino SA) y fs. 413/6 (actora), intentan obtener la modificación de lo decidido. A fs. 426/9 y a fs. 418/23 se agregaron las respectivas con-

testaciones de agravios, encontrándose los autos en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo.

I. En su presentación ante la Cámara, la parte demandada expone que de las constancias de autos surge que las técnicas utilizadas para ocultar la identidad de la persona fotografiada han sido eficaces y por ende que no se acreditó que la fotografía que motiva este litigio sea la de la actora.

Agrega que aún de corresponder la imagen a la Sra. Demassi, no probó la citada el daño que alegó (que haya sido identificada por su círculo íntimo).

Sostiene que la revista no hizo una interpretación lesiva y agravante para con la persona fotografiada, sino que se trató de una fotografía tomada en un lugar público que documentaba un hecho verdadero y en el que no se destacaba la persona retratada sino el hecho o situación en el que tomaba parte. Indica que el art. 31 de la ley 11.723 autoriza la reproducción de un acontecimiento ocurrido en público.

Pone de relieve que si la accionante es la persona fotografiada, ha sido ella quien se expuso en la vía pública exteriorizando un hecho que entonces no sería secreto, por lo que no cabe entender que pueda verse afectado su honor. Indica que la juez desatendió de manera infundada las condiciones personales de la actora.

Postula que no se dan en el caso los presupuestos necesarios para atribuirle responsabilidad a su parte ni los presupuestos específicos de la violación al derecho de la intimidad.

Entiende que es improcedente la publicación de la sentencia, puesto que aún cuando no ha sido vulnerada la intimidad de la actora, la solución propuesta en el fallo generaría a la reclamante un mayor daño que el que supuestamente afirmó sufrir. A todo evento, se queja porque la anterior sentenciante no fijó las pautas para que se hiciese operativa la publicación del fallo y destaca que la aplicación de astreintes sólo puede ser procedente una vez que la sentencia adquiera el carácter de cosa juzgada.

II. La actora se agravia porque a su entender es exíguo el monto por el que prosperó el daño moral.

Funda su pretensión, remarcando que la juzgadora no tomó en cuenta que al haberse publicado su foto en el marco de una nota relacionada con un asesino serial de prostitutas, se la colocó como una posible víctima del criminal en una situación de evidente peligro, extremo que -sumado a la repercusión que tuvo la publicación en el ámbito de su entorno- motivó su alejamiento de la Ciudad de Mar del Plata.

Agrega luego, que la elevación pretendida del quantum está justificada ante el obrar doloso, o la culpa grave de la accionada, ya que se desprende de los testimonios brindados por los autores de la fotografía que existían técnicas más idóneas para evitar la identificación de la persona retratada.

III. Comenzaré por el examen de los agravios vertidos por la vencida en torno a la responsabilidad que se le imputó en la anterior instancia.

a) - Es un hecho no controvertido que en la edición del día 7 de septiembre de 1977, la Revista "Viva" publicó una nota titulada "Tras los pasos de un asesino serial". En dicha nota (fs. 49 v./54), se tratan hechos vinculados a un asesino de prostitutas en la Ciudad de Mar del Plata. En el contexto de la nota, aparece un fotografía -fs. 54 v., pág. 46 de la revista-, en donde se observa a una mujer, parada en una ochava de la vía pública, que la actora dice ser ella.

La reclamante adujo que la fotografía fue obtenida sin que ella lo advirtiera y que se omitió la toma de una medida protectora para preservar su intimidad, en tanto que -en el contexto en que se publicó la nota- se la señaló como prostituta y posible víctima del asesino, con el consiguiente efecto que ello causó en el barrio donde vive con sus hijos menores de edad, donde es conocida por todos.

La demandada "Arte Gráfico Editorial Argentino SA" expuso que no es posible identificar a nadie en la fotografía cuestionada (el rostro está movido), negó que la foto correspondiera a la actora y agregó que -de ser así- se trató de la exposición de un hecho ocurrido en público (confr. art. 31 de la ley 11.723), por lo que no cabía pedir su autorización; que la actora no negó ser prostituta y que por ende no indicó si la indemnización que pretendía tenía su

causa en la publicación de información no veraz, o por la violación del derecho a la intimidad ante la información de hechos verídicos que la perjudicaban; que se trató de una nota de interés público en el que no se aludió a persona alguna, la fotografía no permitía identificar el rostro de la mujer retratada, sino la zona que habitualmente recorren las prostitutas en la Ciudad de Mar del Plata.

b) Al emitir mi voto en primer término en los autos: “Bocanera, Orlando c/Diario Clarín y otro s/daños y perjuicios”, del 15/4/04, precedente que fue citado por la actora en los agravios, vertí determinados conceptos que entiendo oportuno reproducir. El art. 31 de la ley 11.723 tomado del art. 11 del Decreto Real Italiano de 1925 dispone que: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta de sus cónyuges 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 y acontecimientos de interés público que se hubieran desarrollado en público”. El art. 33 de la misma ley contempla el caso de que las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico, sean varias y haya desacuerdo entre ellas, estableciendo que resolverá la autoridad judicial. A su vez el art. 35 dispone que después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada, el consentimiento a que se refiere el art. 31 deja de ser necesario.

Se puede apreciar que la ley tutela el derecho sobre la propia imagen, que es uno de los caracterizados como personalísimos, frente a tres posibles formas de agresión: 1) La de su empleo no autorizado como marca comercial (art. 4º, ley 3975), que fue la primera situación contemplada legislativamente en el tiempo y específica para esa forma de utilización comercial; 2) La de su puesta en el comercio o su simple publicación (interpretación a contrario sensu del último párrafo del art. 31 ley 11.723), 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, o bien hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada (la ley Orgánica Española 1/1982 del 5/5/82, que reglamentó este derecho elevado al rango constitucional por el art. 18 de la Constitución de ese país de 1978, estableció en 80 años desde el fallecimiento del afectado, el término de su limitación temporal); 3) Cuando la publicación del retrato fuese un medio de intromisión arbitraria en la vida ajena, de mortificación en sus costumbres o sentimientos o de perturbación de cualquier modo de su intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil). El supuesto contemplado por esta norma es específico pues tutela el empleo de la imagen de un modo particularmente lesivo como el genéricamente denominado derecho a la intimidad.

Cabe consignar que si bien las tres formas de ilicitud sancionadas, cuya verificación puede o no coincidir en presencia de un caso determinado, emplean invariablemente la expresión “retrato”, la doctrina y jurisprudencia coinciden pacíficamente en interpretar que la alusión es al concepto más genérico de “imagen”, comprensiva no sólo del retrato propiamente dicho sino de toda forma gráfica o visual que reproduzca u ostensiblemente pretenda reducirla (Villalba, Carlos y Lipszyc, Delia, Protección de la propia imagen, LL, 1980-C-819; Gregorini Clusellas, Eduardo L., La violación del derecho a la propia imagen y su reparación, LL, 1996-D-136)

En distintos supuestos, la jurisprudencia destacó que la publicación de fotografías por un medio periodístico, 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, pues para la difusión pública es necesaria la previa conformidad del fotografiado (C. Nac. Civ., sala A, 24/4/1985, JA, 1986 II 583; 18/12/1986, JA, 1987 IV 648; Sala D, 30/11/1993, JA, 1994 III 484; Sala E, 4/10/96, JA, 1998 II 167; Sala M, 8/11/99, AMSTUTZ, Ana María y otros v. EDITORIAL SARMIENTO S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS; Sala K, 9/12/1999, PRODUCCIONES RICARDO PIÑEIRO S.A. v. FINESSE s/Daños y perjuicios). La autorización debe ser expresa pues literalmente así lo exige el art. 31 de la ley 11.723, que reformando la exigencia, se apartó en ello de su fuente, el art. 11 del Real Decreto Italiano de 1925 que admitía el consentimiento tácito.

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 (CNCiv., 28/6/88, JA, 1989-I-89). La protección de este derecho es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad.

Se considera que no legitima la utilización comercial de la imagen el hecho de que ella hubiera sido captada en el lugar público. La Corte de Apelaciones de París tuvo que resolver la demanda promovida por un obrero que se encontraba trabajando en un techo, y fue fotografiado en esa actitud difundándose su imagen en un afiche. Consideró el tribunal que la circunstancia aludida no eximía de requerir su consentimiento expreso para la utilización de esta fotografía (CA París 6/6/85 “Soc. Fotogram c. Michel et autre” D 1986-IR 49).

c) Admitido ello, cabe examinar si es posible identificar a la actora en la fotografía que motiva este litigio.

A fs. 310/19, el licenciado en criminalística Lorenzo Oscar Careaga presentó el informe pericial que le fue encomendado. A efectos de contar con material indubitado que permitiese una comparación entre la fotografía publicada y el retrato de la actora, el

experto la citó y le tomó las fotografías que lucen a fs. 311/13 (gráficos 2, 3, 4, 6, 7 y 9).

En el gráfico N° 1 se observa una ampliación de la fotografía publicada en la página 46 de la edición de la revista “Viva” (fs. 54 v.) que fue la que motivó el inicio de esta demanda y que el perito identificó como “dubitado 1”. A fs. 317/8, el profesional realizó un estudio comparativo entre los documentos indubitados y en -la tercer columna del cuadro explicativo- el que rotuló dubitado 1, arribando a la conclusión de que la semejanza promedio entre ambos es de un 80,73 % (v. fs. 318 y punto f de las conclusiones de fs. 318 vta.).

Sin pretender menoscabar la labor del auxiliar, estimo que sus conclusiones no tienen la contundencia que les asignó la Sra. juez de la instancia de grado.

En primer término he de advertir que lo trascendente para la resolución de la litis es saber si es factible reconocer a la Sra. Demassi en la fotografía que en tamaño original publicó la revista y no en una considerable ampliación obtenida a través del uso de medios tecnológicos que no están a disposición del común de los lectores. Lo cuestionado era si es factible establecer la identidad de quien en ella había sido retratada, por lo que el documento a examinar (comparar) no podía ser otro que la misma foto publicada en la revista.

No cabe duda que la imagen contenida en la publicación presentada como prueba a estos obrados, no se corresponde con aquella sobre la cual el experto basó sus conclusiones. Ello desacredita desde su génesis las consideraciones volcadas en el peritaje y que fueran recogidas por la a-quo sin esta precisión.

La realización del informe pericial, debe señalarse, no puede desvirtuar el objeto de su producción, cual fue, constatar científicamente la presunta identidad entre la retratada y la aquí accionante. Es claro que en su desarrollo, y mediante distintos procedimientos (ampliación del retrato, etc.), el experto concluyó en aquella semejanza, cuando el agravio por el que se reclama es que la foto -y no su ampliación- habría hecho pública a quien demanda.

Sin perjuicio de ello, aún en la inteligencia de que la ampliación fotográfica pudo resultar un medio idóneo para resolver la cuestión que aquí se trata, lo cierto es que no se observa una marcada similitud entre la figura de la actora retratada por el perito en el : 2 y la que es objeto de controversia (dubitado-gráfico N°: 1).° gráfico N

Nótese que aún cuando el perito concluyó que la técnica utilizada en la fotografía publicada por la revista de la demandada no resultó adecuada para proteger la identidad de la persona retratada, al analizar en la foto cuestionada las características del rostro de la persona que allí aparece, dejó asentado que varios de los rasgos faciales de aquella no son visibles o identificables. A saber, cejas: poco visible; regiones orbiculares: desenfocada, párpados superiores: desenfocada; iris: desenfocada; ángulos internos: desenfocado; ángulos externos: desenfocado; párpados inferiores: desenfocados; surco naso-labial: desenfocado; pliegue nasobucal: desenfocado. Todo ello, sobre la base de una ampliación fotográfica, por lo que, con más razón, no es posible apreciar tales aspectos con algún grado de nitidez en la foto cuestionada.

Por lo demás, intentando compatibilizar determinadas diferencias en relación de la contextura corporal de la mujer que retrató la revista y las que se observan en las fotos tomadas a la accionante, el perito incurrió en subjetividades o suposiciones que no encuentran correlato en las constancias del expediente. Así, corren por cuenta del experto las apreciaciones que volcó en el párrafo 4° de fs. 317, pues no se cuenta en autos con fotografías de la actora correspondientes a la época en que fue publicada la que es objeto del litigio.

Si es exacto que en el lapso de cinco años las personas sufren cambios en su estructura corporal, no en todos los casos las mutaciones físicas siguen un patrón determinado, las diferencias habidas en la fisonomía de la actora merced al paso del tiempo no pueden ser inferidas por el perito ya que no tuvo a su alcance elementos que le permitiesen saber como lucía la actora en el mes de septiembre de 1997, fecha en que se publicó la foto, o al tiempo en que fue tomada.

Pues bien, si lo hasta aquí apuntado lleva a relativizar el valor del peritaje, entiendo que la cir-

cunstancia que a continuación expongo conduce a que inexorablemente sus conclusiones se vean desacreditadas.

En efecto, el experto formuló por su cuenta una nueva comparación entre las fotografías que él tomó y las que fueron publicadas por el diario Clarín en la página 46 de la edición del día 29 de julio de 1997, a las que identificó como dubitado 2, gráficos 5 y 8 (fs. 317/8).

Es importante recordar, que la parte actora trajo a juicio el mentado artículo del diario Clarín que versaba sobre el mismo hecho que publicó la revista “Viva” (el asesino serial de prostitutas), con el único propósito de acreditar que el periódico -en esa oportunidad- utilizó un método que (a criterio de la accionante) fue idóneo para resguardar la identidad de las mujeres que aparecieron en la foto que ilustró la noticia, de manera contraria a lo que aconteció en el supuesto que -a su decir- la tuvo involucrada.

En ningún momento dijo la actora que alguna de las mujeres que aparecieron en la foto que publicó el matutino era ella, es más lo negó expresamente al responder los agravios (v. punto III de fs. 427).

Desde esta perspectiva la única lectura que cabe hacer luego, respecto del alto grado de semejanza que halló el perito entre las fotografías que le tomó a la actora y una en la que la misma interesada admitió que no aparecía (79, 76 %) es que el procedimiento aplicado para determinar el eventual “grado de semejanzas” no fue rigurosamente científico, por lo que no es dable aferrarse a él para establecer una conclusión determinante en el caso.

Recuérdese, que respecto del documento dubitado 1, que -en apariencia- ilustraría el supuesto retrato de la actora, el auxiliar halló un grado de semejanza de 80,73 %, vale decir, un porcentual casi idéntico -sólo un punto menor- al que resultó de comparar el retrato de la actora con una persona que ella misma afirmó no ser.

Concluyo de lo expuesto que la pericial llevada a término en autos no es idónea para clarificar la cuestión.

Por otro lado, las escasas precisiones que surgen de las declaraciones de los testigos Weingad (fs. 284) y Romero (fs. 285) en cuya virtud la actora

pretende acreditar que fue reconocida por personas de su entorno social, no permiten tener por probado el extremo.

Si bien ambos dijeron identificar a la actora cuando en el acto de la audiencia se les exhibió la fotografía agregada en autos, ninguno de ellos manifestó que la pudo reconocer con anterioridad. La Sra. Weingad no sostuvo haber visto personalmente la revista, mientras que Romero no supo identificar a quienes presuntamente se la habrían exhibido. Por lo demás, los deponentes no dieron adecuada razón de sus dichos y hasta del contexto de su relato es posible inferir que dudaron de que fuese la actora la persona retratada.

Respecto a la valoración de la prueba testimonial, un testigo es atendible cuando su declaración sea idónea para crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a que aquella se refiere (conf. Palacio, Tratado de Derecho Procesal, T. I, pág. 478), y para apreciar la eficacia del testigo debe atenderse a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones, ya que ni el juramento de decir la verdad impuesto por la ley ni las manifestaciones al responder por las generales de la ley, obstan el ejercicio por el juzgador de la potestad legal de apreciarlas según las reglas de la sana crítica, normas estas que no son sino las del correcto entendimiento humano, extraídas con recto criterio de lógica y basadas en la ciencia, experiencia y observación de los demás elementos agregados a la causa, por tanto la fuerza probatoria de la declaración testimonial está vinculada a la razón de sus dichos y en particular a la explicación que pueda dar del conocimiento de los hechos, ya que es condición esencial de su validez, al punto que el código impone al juez exigirla (E.D., 81-334).

El reconocimiento formulado en el acto de la audiencia no puede considerarse espontáneo, pues ha de presumirse que los testigos -conocidos de la actora- tenían un previo entendimiento de los extremos que por los que han sido citados para declarar en el expediente, por lo que ante la falta de precisiones habidas respecto del modo en que tomaron conocimiento de los hechos que narraron, concluyo que no ha logrado la parte actora con el aporte de ellos, acreditar el extremo que invocó.

Estimo en consecuencia, que la fotografía que acompañó la nota y que aquí se cuestionó tuvo por norte ilustrar un sector de la vía pública en el que ocurrieron determinados sucesos de interés público que se ventilaban en el artículo, sin que trascienda la identidad de la persona que allí apareció, cuya difusa imagen no permitió -ante el tenor de los elementos reunidos en autos- la identificación de la actora, ni de ninguna otra persona.

Ante el tenor de lo expuesto, cabe concluir que la demandante no ha logrado probar los hechos en que se funda, conforme lo impone el art. 337 del ritual y su doctrina. (Cfe. Palacio, Derecho Procesal Civil T. IV pág. 361/71, Colombo, Código Procesal Comentado, T. III pág. 361 y sgs.), por lo que entiendo que cabe admitir la queja de los demandados y revocar la sentencia de primera instancia. En razón de ello, propongo el rechazo de la demanda incoada.

En virtud del modo en que se resuelve, no corresponde abordar el tratamiento de los agravios que propuso la parte actora.

No obstante lo expuesto y de conformidad a lo autorizado por el artículo 68 del Código Procesal, propondré que las costas se soporten en el orden causado, en razón de que fuera de lo concerniente a la efectiva acreditación del extremo que se invocó, la actora -desde una perspectiva subjetiva- pudo creerse con derecho a litigar.

Así voto.

Los Dres. Giardulli y Gatzke Reinoso de Gauna, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2005.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide:

Revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar la demanda incoada. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado.