

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 de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tucumán, Sala III

FECHA: 29-7-2004

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: I. Wetsitein vs. La Gaceta S.A.

SUMARIO:

“... una cosa es que una persona concurra a un supermercado a adquirir mercaderías y otra muy distinta es que allí se la fotografíe sin autorización y que se publique su fotografía en el diario para ilustrar una de las notas que en ese día se ocurrió incluir en el periódico”.

“La toma fotográfica sin autorización constituye una arbitraria intromisión en la intimidad de una persona que no tiene carácter público, cualquiera que sea el lugar en que hubiera sido tomada”.

“A todo esto se agrega la reiteración de dicha fotografía para ilustrar diversos artículos posteriores, lo que equivale a una utilización sin derecho de la «imagen» de la actora. Resulta evidente que un periódico es un medio que persigue fines de lucro, y que está utilizando una imagen sin autorización y sin pagar el derecho de uso de dicha imagen. Lo correcto sería que el medio de prensa utilice modelos particulares, o que recurra a las agencias pertinentes que proveen de fotografías diversas para ilustrar sus notas, o que las obtenga de los particulares con su autorización, pero no que las utilice en forma clandestina sin el consentimiento del interesado”.

TEXTO COMPLETO:

¿Esta ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de la votación, el mismo dio el siguiente resultado: Dres. Carlos Miguel Ibáñez y Santiago Gallo Cainzo.

El Sr. vocal Dr. Carlos Miguel Ibáñez, dijo:

1. Vienen los autos para resolver el recurso de apelación deducido por la actora en contra de la

sentencia de fecha 02/09/03 que no hace lugar a la demanda deducida.

Los agravios de la recurrente corren en el memorial de fs. 199/206, siendo contestados los mismos por la demandada mediante escrito que glosa a fs. 209/212.

2. Se agravia la apelante expresando que la sentencia ha omitido el tratamiento de la cuestión planteada con relación a la prohibición del uso de la imagen.

También se agravia expresando que no puede considerarse que publicar la imagen de una misma persona cinco o seis veces puede ser llamado al solo efecto ilustrativo, cuando su parte no ha dado autorización ni consentimiento para ello, y que tiene todo el derecho a preservar su imagen de la injerencia arbitraria de cualquier medio de prensa.

Afirma que existe contradicción en el aquo por cuanto si a su criterio la reproducción fotográfica es susceptible de varias interpretaciones, por qué todas las personas que ven la imagen en el diario deben pensar que no incrimina falta de recursos o pobreza, cuando se está informando sobre la crisis económica del país.

Se agravia de que el aquo considere que no hay lesión del honor de la actora, cuando ésta ha sido fotografiada sin su consentimiento y sin que otorgue autorización para publicar su imagen, expresando que la fotografía se tomó en un supermercado que es un lugar privado, expresando que tiene derecho a realizar sus actividades de la vida cotidiana sin ningún tipo de injerencia, y mas cuando la demandada obtuvo un beneficio propio e hizo un uso indiscriminado y abusivo de la imagen de la actora.

Sostiene que el interés personal de una persona es algo propio de cada uno, y que se agravia que el aquo considere que la identificación de la actora solo podía concretarse en el reducido círculo de sus parientes y amigos, sin comprender que el accionar indebido de la demandada ha violado otros derechos.

Se agravia la recurrente de que el aquo aplique el art. 31 de la ley 11723 diciendo que reconoce que la ley prohíbe la reproducción de la imagen y considera que se refiere a un interés general sin fines de lucro, cuando se trata de un diario comercial con claros fines de lucro.

También se agravia de que se impongan las costas por el orden causado, cuando el objeto de la acción no ha sido la búsqueda de un resarcimiento sino el derecho de preservar de los medios la propia imagen que cada uno tiene sobre sí mismo.

3. La Sra. juez aquo ha rechazado la demanda expresando: 1) que la difusión de la imagen fue al

solo efecto ilustrativo, sin aludir a la persona; 2) que la escena que la reproducción refleja es totalmente objetiva; 3) tampoco se advierte que los textos que acompañan a la fotografía importen incriminación alguna de pobreza o falta de recursos; 4) que la publicación de la fotografía de una persona tomada en un lugar público, como es un Supermercado, no vulnera su privacidad; 5) que no es reprochable, excepto cuando confunde al lector o se generan suspicacias o conclusiones peyorativas; 6) que la identificación de la actora sólo podía concretarse en el reducido círculo de sus parientes y amigos; 7) que el legislador ha prohibido la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella que puede ceder si se dan circunstancias que tengan por objeto atender al interés general sin fines de lucro.

4. Entrando al análisis de los agravios se advierte que la fotografía de la actora, que es una señora de la tercera edad, apareciendo en un supermercado empujando un carrito totalmente vacío, fue publicada por la demandada en varias ocasiones como ilustración de diversos artículos.

a) La primera publicación ha sido titulada “El lado oscuro del consumo”, del 18/06/95, donde se lee: “Las amas de casa están obligadas a salir del supermercado con una sola bolsa de artículos... el jubilado, acostumbrado a pagar puntualmente sus impuestos, desde hace un tiempo tiene que esperar hasta el tercer o cuarto vencimiento -si lo hay- para abonar sus cuentas, o bien acostumbrarse a vivir sin agua, gas o luz...”, y que la discusión científica de la recesión “no mutará algo que es real: las señoras sólo salen con una bolsa del supermercado...”.

La fotografía se reitera en los siguientes artículos: “¿Qué son promoción y merchandising?; “La crisis bursátil no detuvo el consumo”, del 30/11/97; “La reforma fiscal no es un lecho de rosas”, del 03/03/98; “La clave es competir con servicios”, del 07/06/98.

b) La primera nota referida a la crisis económica general, permite interpretar sin mayores esfuerzos de acuerdo a su contexto, que la mujer fotografiada no parecería estar en condiciones de realizar grandes compras en el supermercado, lo que se

refleja en el carro totalmente vacío y en la expresión de su rostro un tanto desencajado, o como dice la propia actora en su escrito de demanda “con un rostro decaído” (fs. 11 vta. último renglón), a lo que se agrega su aspecto similar al de una persona jubilada dada su edad, con lo que queda igualmente descripta en la situación eventual de tener que vivir sin agua, gas o luz si llegara a pagar los impuestos.

Vale decir, que más allá de lo objetivo del análisis de la economía general del país del artículo periodístico, la toma de la fotografía y la publicación de la misma ha sido efectuada sin autorización. De allí que resulta arbitraria su publicación ante la falta de autorización del afectado, y a la vez, dada la índole de la ilustración, ha perturbado la “intimidad” y sentimientos de la persona retratada en forma totalmente inconsulta (art. 1071 bis del Código Civil).

Porque una cosa es que una persona concurra a un supermercado a adquirir mercaderías y otra muy distinta es que allí se la fotografíe sin autorización y que se publique su fotografía en el diario para ilustrar una de las notas que en ese día se ocurrió incluir en el periódico.

La toma fotográfica sin autorización constituye una arbitraria intromisión en la intimidad de una persona que no tiene carácter público, cualquiera que sea el lugar en que hubiera sido tomada.

c) A todo esto se agrega la reiteración de dicha fotografía para ilustrar diversos artículos posteriores, lo que equivale a una utilización sin derecho de la “imagen” de la actora. Resulta evidente que un periódico es un medio que persigue fines de lucro, y que está utilizando una imagen sin autorización y sin pagar el derecho de uso de dicha imagen. Lo correcto sería que el medio de prensa utilice modelos particulares, o que recurra a las agencias pertinentes que proveen de fotografías diversas para ilustrar sus notas, o que las obtenga de los particulares con su autorización, pero no que las utilice en forma clandestina sin el consentimiento del interesado.

d) Conforme se ha expresado “el derecho a la imagen protege tanto la publicación y difusión de ésta, como su mera captación; el art. 31 (de la ley

11723) se limita a prohibir su difusión -puesta en el comercio- y la captación no autorizada de la imagen se encuentra tutelada por el art. 1071 bis, en cuanto protege contra la intromisión arbitraria en la vida ajena” (cfr. Emery, Propiedad Intelectual, p. 172).

Se trata de una utilización no autorizada de la imagen, y la expresión “puesto en el comercio” utilizada por el artículo en comentario, debe entenderse con criterio amplio, comprensivo de cualquier utilización comercial de la imagen y “la ley prohíbe la publicación sin consentimiento” (Emery, ob. cit., p. 177).

e) Tampoco se trata del supuesto de excepción del art. 31 de la ley 11723, en que no se requiere del consentimiento, toda vez que la publicación de la fotografía en cuestión no responde a un fin científico, ni didáctico o cultural, ni de hechos o acontecimientos de interés público.

Se ha señalado que “Más allá de cualquier razonamiento posible, hay un principio casi absoluto en esta materia: la imagen de una persona no puede ser usada con fines comerciales sin su consentimiento, aunque es libre la publicación si tiene fines científicos. Pero la publicación científica es la que se hace en un libro de enseñanza o investigación o en una revista o separata que tenga tales características. Pero no tiene carácter científico, en el sentido de la ley 11723, una nota de divulgación inserta en un diario de noticias generales. Por lo demás, cuando la Ley de Propiedad Intelectual se refiere a la finalidad científica alude a la fotografía o retrato que ilustra sobre una enfermedad y sus efectos sobre el cuerpo humano (fotografía de un edema o chancro) o de la evolución causada por un tratamiento (las fotos de antes y después para mostrar las consecuencias de una cirugía plástica). En el caso nada de ello estaba presente, pues la fotografía era absolutamente prescindible y nada mostraba vinculación con una finalidad científica... Además, toda nota periodística de un diario que se vende al público tiene un fin comercial y no científico, pues hace al objeto de lucro que, en última instancia, inspira la existencia de la publicación.

“En definitiva, tal como está tutelado el derecho a la imagen en el art. 31 de la ley 11723, las excep-

ciones deben aplicarse en forma restrictiva. Por lo tanto, es válida la publicación de una fotografía con fines científicos sin consentimiento del retratado si, y solo si, no existe otra forma razonable de ilustrar la nota sin menguar su valor” (cfr. Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002-3 pág. 272).

En la especie, podría haberse prescindido de la fotografía en cuestión sin alterar la eficacia de la nota realizada.

f) En cuanto a que se trata de una imagen tomada en lugar público como es un supermercado, se ha expresado al respecto que “la sola circunstancia de que haya sido tomada una fotografía en un lugar público no autoriza su explotación comercial” (Emery, ob. cit., p. 182), máxime cuando ésta ha sido tomada sin requerir el consentimiento de la interesada y la misma fotografía es utilizada para ilustrar diversas notas posteriores.

5. En la jurisprudencia se ha resuelto: “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 legítima la utilización comercial de la imagen el hecho de que ella hubiera sido captada en el lugar público... Ocurre que el art. 31 de la ley 11.723 dice que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma. Este consentimiento expreso no ha existido en autos”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Bocanera, Orlando c. Diario Clarín y otro”; LA LEY 28/05/2004, 5).

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia ha resuelto en forma reciente: “Toda vez que la ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443) en su art. 31 expre-

samente establece que el retrato de una persona no puede ser puesto en el comercio sin su consentimiento, en principio, la mera publicación sin dicho consentimiento y sin causa que la justifique -en el caso, los padres de un menor cuya fotografía fue publicada en la tapa de un matutino accionan contra éste- es un acto indebido que, como tal, genera responsabilidad objetiva y debe ser indemnizado. (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, in re: Ortiz, Miguel Ángel y otra c. La Gaceta S.A. 10/02/2004; LLNOA 2004, abril, 990).

6. Por lo tanto el reclamo indemnizatorio por daño moral resulta procedente, el que se fija en la suma de \$10.000 a la fecha de esta sentencia, considerando la entidad de la lesión y la cantidad de veces en que se ha publicado la fotografía de la actora.

Se ha resuelto en la jurisprudencia que “la simple exhibición no consentida de la imagen, afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art. 31 de la ley 11.723, aunque ello no cause ningún gravamen a la privacidad, honor y reputación del afectado, ya que, por sí sola, genera un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello, sin descartar, en cierto casos, que pueda producirse, además, una lesión en aquellos valores (privacidad, honor, etc.)” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Bocanera, Orlando c. Diario Clarín y otro”; La Ley 28/05/2004, 5).

“La simple exhibición de una fotografía no consentida por el retratado afecta el derecho a la imagen y representa, por sí sola un daño moral, dado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad, sin perjuicio de que, en ciertos casos, la obtención o la difusión de la imagen sin conformidad pueda importar al mismo tiempo una ofensa al honor o intimidad” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 04/10/1996 “Carrizo José O. c. Editorial Atlántida S. A.”; La Ley 1997-E, 1000).

7. También resulta procedente el reclamo de la actora referido a que se prohíba a la demandada en lo sucesivo el uso de la imagen en cuestión. Se ha señalado al respecto por Emery que “en todos los supuestos de uso no autorizado de la imagen, el

damnificado tiene derecho a solicitar judicialmente el cese del uso de ésta (Emery, ob. cit., p.175).

8. Atento al resultado del juicio, corresponde modificar la imposición de las costas establecida en primera instancia, las que se imponen en ambas instancias a cargo de la demandada vencida en la contienda (arts. 106 y 108 procesal).

En tal sentido mi voto.

El Sr. Vocal Dr. Santiago Gallo Cainzo, dijo:

Que estando de acuerdo con los fundamentos dados por el Sr. Vocal preopinante, se adhiere a los mismos, votando en igual sentido.

Y vistos: El resultado de la votación consignada precedentemente, se :

Resuelve:

I. Revocar la sentencia de fecha 02/09/03 corriente a fs. 185/186, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida por Ildigart Westsitein en contra de La Gaceta S.A. y condenar a la última nombrada a abonar a la parte actora dentro del término de diez días el importe de \$ 10.000 (pesos diez mil), con más los intereses equivalentes a la tasa pasiva promedio BCRA hasta el efectivo pago; y prohibir a la demandada en lo sucesivo el uso de la imagen de la actora en la ilustración de sus notas.