

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: Supremo Tribunal de Justicia de Tucumán, Sala en lo Civil y Penal

FECHA: 10-2-2004

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo a través del Portal de la Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.
Referencia AA1DB7.

OTROS DATOS: O., Miguel Ángel y otra vs. La Gaceta S.A.

SUMARIO:

“... la mera publicación sin consentimiento del retrato de una persona sin causa que la justifique, es un acto indebido que, como tal, genera responsabilidad”.

“Respecto a lo que se considera interés general que justifique a la comunidad reivindicar cierto derecho a esta clase de publicación, cabe expresar que el derecho sólo encuentra su límite cuando se enfrenta a un «bien superior colectivo», razón por la cual, cuando la reproducción de la imagen no es necesaria para el cumplimiento de las finalidades tenidas en mira por el legislador para consagrar las excepciones -previstas en su articulado-, se requiere el consentimiento del retratado, o bien el arbitrio de los medios que impidan que éste sea reconocido.

“A su vez, la carga de la prueba sobre el consentimiento, en virtud de que es una defensa y una excepción de responsabilidad, recae sobre quien la alega para evitar las reclamaciones del titular de la imagen. Frente al hecho violatorio del derecho personalísimo, entonces, la autorización o la excusa debe ser probada por quien la alega como defensa”.

“... la jurisprudencia dominante ha entendido que la intromisión en la vida de otro debe ser arbitraria pero que, 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 sanciona, a menos que exista una excepción legal, la que debe ser probada por el que la afirma”.

TEXTO COMPLETO:

El señor vocal doctor Alberto José Brito, dijo:

I.- Viene a conocimiento y decisión del Tribunal el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de la Sala Ila. de la Cámara Civil y Comercial Común, del 03/7/2003,

que hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, revoca el fallo de primera instancia del 27/5/2002, haciendo lugar a la demanda.

II.- El recurrente sostiene que la sentencia de Cámara viola lo dispuesto en los arts. 31 de la Ley 11.723 y 1069, 1109 y 1071 bis del CC.

Manifiesta que el dolo ni la culpa se presume referida a la libertad de prensa; que no existe responsabilidad objetiva de los medios de información. Señala que la sentencia ignoró que los actores, que alegan el daño, debían haber acreditado que el caso encuadra en las normas del CC que estructuran los supuestos de responsabilidad subjetiva por daños; que interpreta el ordenamiento jurídico en forma aislada, circunscribiendo la conducta a lo establecido en el art. 1071 bis del CC sosteniendo además que se trata de un “régimen especial” de responsabilidad objetiva, con lo que desvirtúa el sentido de la norma que aplica en forma arbitraria y antojadiza. Expresa que no () basta con que se haga efectiva la publicación para que se ataque el derecho a la imagen, pues esto depende de las circunstancias del caso. Que disponer lo contrario ocasionaría un menoscabo a la libertad de prensa, consecuencia que no ha sido tenida en cuenta por el tribunal a quo. Que yerra jurídicamente la Cámara cuando sostiene que no se requiere en el actuar del medio de prensa ni dolo ni culpa, ya que no se trata de responsabilidad extracontractual, sino de la afectación al derecho a la intimidad, cuya reparación ex art. 1071 bis del CC está sujeta a un régimen especial. Que se evidencia, así, el error grosero al atribuir carácter objetivo a la responsabilidad por la publicación de un retrato, separando el art. citado del régimen general de responsabilidad previsto por el CC. Que un sector minoritario de la doctrina sostiene que el art. 1071 bis constituye un caso de aplicación de abuso de derecho que no requiere para su configuración la prueba del dolo o culpa del agente.

Explicita además que la sentencia invoca y hace suyo dos fallos que contemplan situaciones y hechos completamente diferentes al caso de autos. Da razones de ello, aclarando además, que esos fallos se basan en la responsabilidad subjetiva y no objetiva que postula el pronunciamiento en crisis.

A su vez, manifiesta que la Cámara anula lisa y llanamente las excepciones que contempla la norma del art. 31 de la ley 11.723 al decir que los fines científicos, didácticos y culturales lucen mediatos y podrían invocarse prácticamente en todo artículo, en lugar de analizar si concurren en el artículo publicado en el diario algunos de los

eximentes de responsabilidad previstos por el art. 31 de la ley 11.723; obviando efectuar un análisis de la sentencia para determinar si la misma tenía entidad para dañar al retratado.

Señala, por último que, tratándose de la Libertad de Prensa y del Derecho a Informar, la sentencia violó los arts. 14, 19 y 32 y cccts. de la CN y que la CSJN viene sosteniendo que las sentencias que desconocen la doctrina establecida por sus fallos violan los arts. 17 y 18 de la CN.-Propone doctrina legal, y se conceda el recurso oportunamente interpuesto con costas.

Corrido el traslado de ley, la accionada solicita el rechazo del recurso interpuesto, por las razones expuestas en el memorial de fs 225/227.-

III.- Por auto interlocutorio del 19/9/2003 la alzada concede el recurso de casación, correspondiendo en esta instancia el análisis de su admisibilidad y procedencia.

IV.- La sentencia del 03/7/2003 sostiene, a contrario de lo dispuesto por sentencia de primera instancia, que no son los parámetros de la responsabilidad contractual (art. 1109 CC) con sus elementos básicos de dolo o culpa los que corresponde aplicar en la litis. Que el caso debe encararse a la luz del derecho a la imagen, emanación de un derecho personalísimo cuya tutela es autónoma y forma parte de una categoría más amplia: el derecho a la integridad espiritual. Cita jurisprudencia que sostiene que 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. Que tal derecho está amparado por el art. 31 de la Ley 11.723 disposición que requiere el consentimiento expreso de la persona para que su fotografía pueda ser puesta en el comercio, siendo de interpretación restrictiva tal otorgamiento.

Estima que en el caso de autos, la foto del menor -que en gran escala sirve prácticamente de tapa del Suplemento dominical- es extraída de su contexto para ser yuxtapuesta con otra, sirviendo eviden-

temente a los fines comerciales de la empresa periodística que de esa manera completa e ilustra su nota. Que las causales eximentes de autorización para la publicación de la fotografía, previstas en el art. citado, esto es los fines científicos, didácticos o en general culturales de la nota, invocados por el periódico, lucen mediatos y podrían invocarse prácticamente en todo artículo de su producción periodística, habida cuenta de la calidad y nivel de las notas publicadas por el prestigioso matutino. Agrega, sin embargo, que ello no dispensa su responsabilidad por la afectación del derecho a la imagen cuando ésta se produce como en el caso, más aún si la misma deviene de la utilización de medios técnicos que como el fotomontaje (llamado "escaneo" por la actora) permiten alterar la realidad en forma imperceptible al yuxtaponer una foto sobre otra. Cita nuevamente criterio jurisprudencial en el sentido de que la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen surge palmaria e indiscutible con la sola publicación de la fotografía sin el consentimiento expreso de la persona misma -mas aún si se ubica, como en el caso, en el contexto de la drogadicción en el fútbol- ya que nada más se requiere para vulnerar el derecho protegido por el art. 1071 bis del CC y el art. 31 de la ley 11.723. Que la simple exhibición no consentida de la imagen afecta el derecho que se intenta proteger por medio del último artículo citado y genera por sí sola un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Que el derecho a la privacidad tiene igual jerarquía que la libertad de prensa (arts. 19 y 14 respectivamente) sin que para ello sea necesario un obrar culposo o doloso de los responsables de la publicación desde que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva que trasciende los factores subjetivos, esto es, la intención de dañar. Agrega el fallo que no se trata de un obrar doloso o culposo del medio de prensa, de responsabilidad extracontractual, sino de la afectación del derecho a la intimidad cuya reparación ex art. 1071 bis CC está sujeta a un régimen especial. Que el fallo de primera instancia desencamina cuando acusa la ausencia de aquellos requisitos para desestimar la demanda como cuando sostiene que no se ha acreditado la producción de un daño patrimonial al menor.

Esto, dice, porque el derecho a la imagen tiene protección autónoma y porque la fotografía, sacada de su contexto, ante la imagen de frustración e incertidumbre en que lo presenta ante su futuro, tiene virtualidad para producirle agravio moral y el mismo se configura in re ipsa. Fija la indemnización en cinco mil pesos, atendiendo a que se trata de un estudiante adolescente, ser mínima su actuación pública y conocimiento en el medio, no resultado tampoco groseramente agravante la imagen en cuestión por lo que no tiene en definitiva características determinantes de un dolor moral que merítue resarcimiento con un monto mayor. Desestima, por las razones que expone, la publicación reparatoria. Y concluye, revocando el fallo y acogiendo la demanda en los términos señalados. Las costas las aplica en ambas instancias a cargo de la accionada vencida (arts. 106 y 108 procesal). Deja sin efecto la regulación de honorarios practicada.

V.- De la confrontación de los agravios del memorial casatorio puestos en relación con los fundamentos sentenciales se concluye en que el recurso no puede prosperar.-Liminarmente, cabe manifestar que el derecho a la imagen se caracteriza como un derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de autonomía privada del sujeto al que pertenece; integra la denominada identidad estática, al igual que el nombre y la identificación física (v.gr: Ricardo Lorenzetti), siendo, en cambio, diferenciado por otros autores (conf. Carlos Ghersi) (ver voto del Dr. Santos Cifuentes en ED., 174, 225 y ss. y sus citas de págs. 229/230).

Según lo reconocen la doctrina y jurisprudencia imperantes, tanto el art. 31 de la ley 11.723 como el art. 1071 bis del CC son protectores de ese derecho. El primero ampara específicamente la protección a 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 ambos órdenes (conf. Kemelmajer de Carlucci, ver comentario en Belluscio-Zannoni, CC y leyes complementarias, T. 5, art. 1071 bis, Astrea, Bs.As.).- En este sentido, y como primera conclusión, se

señala que la Cámara no yerra cuando encuadra el caso dentro de este derecho a la imagen con la consiguiente aplicación de las normas que a él se refieren. Por lo demás, ello no ha sido objeto de agravios concretos del recurrente (el que expresamente consiente en que el tema debatido se circunscribe al denominado derecho a la “propia imagen”, conf. fs. 220), aunque sostiene que de ello no se deriva un régimen especial, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad correspondiente al caso es la subjetiva que requiere dolo o culpa para su configuración, entendiendo que estos, junto al perjuicio reclamado, no han sido probados por la parte actora ni considerados por la Cámara.

Ahora bien, la Ley 11.723 expresamente establece que el retrato de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma (art. 31). Se prohíbe, por consiguiente la publicación de retrato sin consentimiento de la persona. De allí que, en principio, la mera publicación sin consentimiento del retrato de una persona sin causa que la justifique, es un acto indebido que, como tal, genera responsabilidad.- La ley no confunde la tutela que proyecta con la del honor, desde que no exige algún ataque a la estima, fama o respetabilidad, y menos un delito de injuria o calumnia. Basta, objetivamente, la utilización. Tampoco requiere que quede herida la vida íntima o peace of mind -paz interior-. (Santos Cifuentes, “Derechos Personalísimos”, Ed. Astrea, 1995, pág. 523) Asimismo, la CSJN ha decidido que “de una exégesis de la ley 11.723 se extrae 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 aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquél derecho” (LL 1989-C-478; JA, 1989-I-89).

Respecto a lo que se considera interés general que justifique a la comunidad reivindicar cierto derecho a esta clase de publicación, cabe expresar que el derecho sólo encuentra su límite cuando se enfrenta a un “bien superior colectivo”, razón por la cual, cuando la reproducción de la imagen no es necesaria para el cumplimiento de las finalidades tenidas en mira por el legislador para consagrar

las excepciones -previstas en su articulado-, se requiere el consentimiento del retratado, o bien el arbitrio de los medios que impidan que éste sea reconocido.

A su vez, la carga de la prueba sobre el consentimiento, en virtud de que es una defensa y una excepción de responsabilidad, recae sobre quien la alega para evitar las reclamaciones del titular de la imagen. Frente al hecho violatorio del derecho personalísimo, entonces, la autorización o la excusa debe ser probada por quien la alega como defensa.- Hasta aquí se advierte que el razonamiento del tribunal de alzada ha sido derivación del derecho vigente, toda vez que frente a la “puesta en comercio” de un retrato fotográfico de la actora, cabía que la demandada acreditase la prestación del consentimiento para ello o que se trataba de alguna de las excepciones legales que permiten soslayarlo, y no, como alega el impugnante, que la demostración de la culpa o dolo en su accionar, por parte de la accionante.

De su parte, el art. 1071 bis CC alude al que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos.... El publicar retratos debe ser arbitrario, es decir, un obrar contrario a derecho. En el caso de la imagen, el principio está dado por el art. 31 de la ley 11.723 ya citado, del cual se concluye que la sola publicación sin consentimiento es indebida; excepto que se den las hipótesis que el mismo artículo menciona. Asimismo, el 1071 bis excluye de su ámbito al ejercicio regular de un derecho o cumplimiento de una obligación legal, o cuando la publicación fuere con fines de administración de justicia, o si estuviese basada en el mantenimiento del orden público, o si contara con el consentimiento del ofendido, o si se produjesen otras causales de justificación.

Queda claro, entonces, que la jurisprudencia dominante ha entendido que la intromisión en la vida de otro debe ser arbitraria pero que, 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 sanciona, a menos que exista una excepción legal, la que debe ser probada por el que la afirma.

La quejosa no discute el art. 31 de la ley 11.723 sino que apunta, de un lado, a atacar el encuadre jurídico que la Cámara hace del caso (ataque que, a juzgar por lo hasta aquí analizado, no puede proceder); y, del otro, a encuadrarse en la excepción legal que permite la publicación libre cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales....”

Entramos entonces aquí en el terreno de los hechos. Cabe destacar que el propio recurrente señala que no basta que se haga efectiva la publicación para que se ataque el derecho a la imagen sino que eso “depende de las circunstancias especiales de cada caso” (sic fs. 220). Por ello, en el sub lite, habiéndose asentado la corrección del encuadre jurídico dado por la Cámara, restaría considerar si se ha producido alguna de las excepciones previstas por el art. 31 de la ley de propiedad intelectual. Sin embargo, esto, como lo advertimos, responde a hechos y elementos fácticos que no penetran en el carril casatorio a menos que se alegue y pruebe arbitrariedad sentencial, la que no se advierte en el caso.

La Cámara, en efecto, ha dado razones para entender que frente a la publicación del retrato del menor, no hay exigente de responsabilidad de la accionada. Así, ha estimado que se requiere, para la puesta en el comercio de la fotografía, el consentimiento de la persona fotografiada y que la interpretación sobre tal otorgamiento debe ser restrictiva, así como debe ser amplio el criterio con que debe juzgarse dicha puesta en el comercio. Que la foto del menor, que aparece en gran escala y en la tapa del Suplemento dominical, fue extraída de su contexto para ser yuxtapuesta a otra, sirviendo a los fines comerciales de la empresa periodística que de esta forma, completa e ilustra su nota. Agrega que las causales eximentes invocadas por el diario (fines científicos, didácticos o culturales de la nota) lucen mediatos y podrían invocarse en todo artículo de su producción periodística, habida cuenta de la calidad y nivel de las notas publicadas por el prestigioso matutino. Señala, por lo demás, que en el caso, se utilizó un medio técnico, como el fotomontaje, que permite alterar la realidad en forma imperceptible al yuxtaponer una foto sobre otra. Más adelante menciona que la fotografía es

sacada de su contexto y que presenta al menor ante la imagen de frustración e incertidumbre ante su futuro, lo que tiene virtualidad para producir agravio moral, el cual se configura in re ipsa.

Como se advierte, el tribunal atendió a la finalidad con que se publica la noticia y las circunstancias en que la fotografía fue obtenida, las cuales deben estar directamente relacionadas con los motivos de la publicación, lo que, en el caso de Ortiz, no le pareció haberse cumplido atento a la superposición fotográfica que se hace del retrato.- Dice el impugnante con cita de doctrina: “La obtención de la fotografía en un lugar público es lícita si se la emplea para ilustrar una nota de interés público o una nota en la cual se describen hechos desarrollados en público sin tergiversar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen. En tales supuestos, el consentimiento de la persona fotografiada no es necesario” (sic fs. 220 vta.) Y lo que la Cámara viene a decir, es, precisamente, que las circunstancias en que se tomaron las imágenes fueron tergiversadas atento a la yuxtaposición fotográfica por obra de la técnica del fotomontaje, haciendo aparecer al menor con incertidumbre sobre su futuro, frente a la alta Casa de Estudios, en una nota con fines culturales.

Al brindarse protección legal y judicial al derecho a la imagen del hijo de los actores, la libertad de prensa no se menoscaba en absoluto, pues no sólo que el joven no se encontró en las circunstancias de hecho en que aparece en la fotografía, sino que tampoco se vinculaba de modo alguno con el comentario de la nota que se ilustró, más aún, ésta podía prescindir absolutamente de esa imagen del joven y no por ello (la nota) se hubiera visto disminuida en su objetivo. La publicación específica de la imagen de este joven no resguardaba ni procuraba ningún bien superior, o de interés general, científico o cultural, por lo que no queda aprehendida en las excepciones del art. 31 de la ley 11.723.- Aún esos fines encuentran límites relativos a la efectiva necesidad de la reproducción de la imagen y la real existencia de un interés de la sociedad que pueda prevalecer sobre el de la persona retratada (Miguel Ángel Emery, Propiedad Intelectual, Ley 11.357, comentario art. 31, pág. 181).

La solución judicial, por lo demás, está imbuida del espíritu que anima la Convención de los Derechos del Niño y los diferentes Tratados Internacionales sobre la materia que proclaman el derecho a cuidados y asistencia especiales que tiene la infancia y la necesidad de proporcionar al niño una protección especial: Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño;; Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General del 20/11/59 y reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24 en particular) en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular en el art. 50) (conf. Preámbulo de la CDN). La referida Convención, en su art. 3.1 expresamente establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales...una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño, así como la protección de sus derechos personalísimos (privacidad, honra, reputación, conf. art. 16).- En definitiva, no advirtiéndose error de derecho ni arbitrariedad en la sentencia del tribunal de alzada, corresponde desestimar el recurso, con costas a la demandada (arts. 106 y 108 procesal).

Los señores vocales doctores Héctor Eduardo Aréa Maidana y Antonio Gandur, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante, votan en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

RESUELVE :

I.- NO HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de la Sala IIIa. de la Cámara Civil y Comercial Común, del 03/7/2003 atento a lo considerado, con pérdida del depósito.