

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

El Derecho de autor y libertad de información. Imagen. Fotografías.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

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

FECHA: 27-10-1987

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: M. de B., Patricia vs. Editorial Inédita, S. A. y otro.

SUMARIO:

“... la publicación de la imagen obtenida en un acto público de fisicoculturismo no es en sí objetable. Lo es en razón del medio tan especial donde se hizo la publicidad, no autorizado por la fotografiada, pues como la reproducción de la imagen se hizo en una revista que para nada se relaciona con actividades no ya fisicoculturias, ni siquiera deportivas, era no sólo necesaria, sino imprescindible la aquiescencia de aquélla, desde que si no hay un verdadero acontecimiento peculiar y que represente un interés informativo serio, importante y útil para la sociedad, debe mantenerse enhiesto el bien individual, pues, caso contrario y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado (conf. Cifuentes, "Los derechos personalísimos", p. 333)”.

“Es exacto que los medios periodísticos tienen el derecho y el deber de informar, desde que su actividad goza de protección constitucional, lo cual no significa que los simples, sencillos y tantas veces sufridos ciudadanos no gocen de la protección de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia, por cuanto los derechos personalísimos tienen inclusive precedencia sobre los que reconoce la carta fundamental, por ser anteriores a la constitución del Estado, innatos a la condición humana y, por ende, de jerarquía superior, que por todos deben ser respetados, inclusive por el periodismo que, en esencia, está integrado o debería estarlo, por seres libres y respetuosos de los derechos de los demás”.

TEXTO COMPLETO:

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor de Mundo dijo:

El "sub litem" propone decidir acerca de si el consentimiento para publicar fotografías en eventos públicos, se ciñe a medios periodísticos determinados según las preferencias de los participantes, o si dicha naturaleza pública hace que aquel consentimiento se entienda involucrando a

todos los supuestos lícitos de difusión, salvo reserva expresa en contrario, que estas actuaciones no muestran.

A mi juicio, y conforme con el art. 31 de la ley 11.723, la respuesta es la libertad de publicación como principio, independientemente de que los participantes compartan o no los criterios sociales económicos ideológicos o éticos del periódico o revista.

Anoto que exhibiciones como la de la especie (que consiste en lo que ha dado en llamarse fisicocultura), intentan, desde luego, la atención pública; de ahí que entender que su difusión se hará sólo a través de publicaciones que sean del gusto de los intervinientes, no concilia con la atención pública pretendida, y suscita distinciones inconducentes por subjetivas, entre medios periodísticos cuya licitud no ha sido cuestionada.

Otro podría ser el resultado, si la licitud del medio difusor se impugna y se logra. Pero, ínterin la ilicitud de la revista o del periódico (es igual para la radio o la televisión) no consta (v. gr.: hipótesis de obscenidad o clandestinidad o fraude en la edición), la disconformidad de los participantes respecto del medio que ejerce su facultad de publicar o informar, queda en el plano de las preferencias personales, sin eco jurídico específico.

Y considero prudente señalar que el derecho a la intimidad legislado en el art. 1071 bis Cód. Civil, no parece comprometido aquí, atendiendo a que el acto originario es precisamente lo opuesto: una exhibición.

De acuerdo con estas razones, la publicación de las fotografías de autos, no cuadra en prohibición legal alguna, descalificando por tanto la demanda de fs. 3/6 que, en mi opinión, corresponde desestimar, revocándose la sentencia recurrida y con las costas de ambas instancias, a la actora.

El doctor Escuti Pizarro dijo:

I. La sentencia de primer grado hace lugar a la demanda entablada por Patricia Medina de Bruschi en contra de Editorial Inédita S. A., a

quien condena al pago de una indemnización, en concepto de daños y perjuicios y daño moral, por el importe actualizado de \$ 10.000, por la indebida publicación de fotografías de la actora, en la revista "Mundo Erótico", no consentida ni autorizada por la misma, con lesión a su derecho de intimidad y privacidad, y a sus sentimientos, afecciones, paz y tranquilidad (arts. 31, ley 11.723 y 1071 bis, Cód. Civil). Fija en 10 días el plazo de cumplimiento. No hace lugar a la acción instaurada contra Francisco Loiácono, por no haber quedado trabada la "litis" a su respecto. Impone las costas del proceso a Editorial Inédita S. A.

Apelan esta última y la actora, quienes expresan agravios, respectivamente, a fs. 128/137 y a fs. 139/141. La primera de tales piezas fue respondida a fs. 142/145, en tanto la segunda quedó sin réplica.

II. Agravios de la co-demandada apelante. Analizaré los agravios vertidos por las recurrente, en el orden que fueron propuestos.

1° y 2° agravios. Dado que ambas quejas se refieren al encuadre jurídico de la cuestión debatida en autos, las trataré conjuntamente.

Tanto el art. 31 de la ley 21.173, como el art. 1071 bis del Cód. Civil, según el texto de la ley 21.173, son protectores del derecho a la intimidad. 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 ambas órdenes (conf. Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio-Zannoni, "Código :Civil comentado, anotado y concordado", t. 5, p. 81, núm. 11, a).

Así, resulta a mi juicio incuestionable la aplicación del art. 1071 bis, desde que la perturbación de la vida íntima de una persona se produce siempre que se afecte su vida íntima personal o familiar. No cabe entonces la cita parcial y trunca del distinguido civilista que fue Alfredo Orgaz en la nota publicada en E. D., t. 60, p. 927 titulada "La ley sobre

intimidad", pues la ejemplificación que ahí se hace es más amplia que la transcrita e inclusive comprende situaciones hechas en público que "causan molestia y disgusto y perturban injustificadamente el ambiente de la vida íntima personal o familiar".

Aunque las fotografías publicadas son las obtenidas en certamen público de fisicoculturistas, coincido con el sentenciante anterior en que la divulgación del evento deportivo en una revista como "Mundo Erótico", que obra agregada al proceso como fs. 104, con un comentario como es el que luce en la pág. 33, no puede resultar sino un entrometimiento arbitrario en la vida de una mujer, agredida por la curiosidad bien calificada como de "malsana" por Mosset Iturraspe en "El derecho a la intimidad" (J. A., doctrina, 1975-405), por los ávidos lectores de la revista, cuyo repaso aún superficial pone inequívocamente de resalto.

No se da, añadido, la única causal eximente, que lo es el propio consentimiento de la ofendida en que la publicación de las fotografías que se tomaron en ocasión del concurso en que participó, se hiciera en "Mundo Erótico", desde que ello no le fue requerido, ni puede presumirse que lo fuera.

Y también juzgo viable la invocación de la ley 11.723, desde que su art. 31 ha sido interpretado en el sentido de que si bien la imagen o retrato puede ser obtenida libremente, para su exhibición y divulgación pública precisa del consentimiento del interesado (conf. Kernelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 79; Cifuentes, "El derecho a la imagen", en E. D., T. 40- p. 673, cap. IV; Rivera, "Derecho a la intimidad", en Rev. LA LEY, T. 1980-D, p. 912, esp. p. 920). De ninguna manera se ha probado que la actora diera su conformidad con la publicación efectuada, desde que ésta sólo admitió haberla dado por las revistas que se dedican a hacer notas sobre certámenes de fisicoculturismo, como "Cultura Física" y "Apolo", lo cual se encuentra corroborado con las fotografías insertas en las págs. 28 de fs. 103, 2, 23, 28 y 29 de fs. 103 y 27 de fs. 107, sin que el fotógrafo que obtuvo las tomas, o sea, el testigo que declara a fs. 68,

haya obtenido directamente de la actora la autorización correspondiente.

3er agravio. La libertad de publicación de los retratos que autoriza la parte final del art. 31 de la ley 11.723, no puede entenderse con la extensión pretendida por la demandada, desde que la circunstancia de haberse desarrollado en público la competencia de las fisicoculturistas, si bien en principio autoriza su reproducción en medios periodísticos relacionados con esas actividades, o sea, dentro de un determinado contexto, no ocurre igual cuando por ese medio se desnaturaliza la significación que originalmente tuvo el evento (conf. esta sala, voto del doctor Zannoni, al que adherí, publ. en J. A., 1986-II, p. 583). Más aún en el caso de autos, donde el texto que acompaña a las fotografías, así: "...entre esos músculos y tendones están aquellos que participan de una excelente actividad sexual", para luego informar que el torneo fue ganado por Patricia Bruschi, tiene una connotación marcadamente peyorativa, acorde con la línea general de toda la revista.

Lo que está en juego, entonces, es la protección del derecho personalísimo a la intimidad, que por ser uno de los derechos innatos del hombre, su privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad (conf. Llambías, "Parte general", t. I, p. 268, núm. 3371).

4º agravio. Pese a lo reiterativo del agravio, señalo que la publicación de la imagen obtenida en un acto público de fisicoculturismo no es en sí objetable. Lo es en razón del medio tan especial donde se hizo la publicidad, no autorizado por la fotografiada, pues como la reproducción de la imagen se hizo en una revista que para nada se relaciona con actividades no ya fisicoculturias, ni siquiera deportivas, era no sólo necesaria, sino imprescindible la aquiescencia de aquélla, desde que si no hay un verdadero acontecimiento peculiar y que represente un interés informativo serio, importante y útil para la sociedad, debe mantenerse enhiesto el bien individual, pues, caso contrario y con diversos motivos simulados o aparentes, se vería fácilmente violado (conf. Cifuentes, "Los derechos personalísimos", p. 333).

Es exacto que los medios periodísticos tienen el derecho y el deber de informar, desde que su actividad goza de protección constitucional, lo cual no significa que los simples, sencillos y tantas veces sufridos ciudadanos no gocen de la protección de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia, por cuanto los derechos personalísimos tienen inclusive precedencia sobre los que reconoce la carta fundamental, por ser anteriores a la constitución del Estado, innatos a la condición humana y, por ende, de jerarquía superior, que por todos deben ser respetados, inclusive por el periodismo que, en esencia, está integrado o debería estarlo, por ser libres y respetuosos de los derechos de los demás. Es por ello que nuestra sabia Constitución, reconociendo los antecedentes patrios nacidos a partir de 1811, reconoce expresamente la libertad de imprenta y asegura la absoluta libertad de emitir las ideas, pero no la impunidad de las ofensas a la moral, al orden público y a los derechos de terceros (conf. González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", p. 170, núm. 160, Ed. Angel Estrada y Cía., S. A.). Esto último es lo que ocurre en autos, donde so pretexto de una mal entendida garantía constitucional, se pretende la intromisión en la actividad que desarrolla una mujer, so pretexto de informar a un público que por cierto no es fisicoculturista ni proclive al deporte en general.

5° agravio. Nada nuevo agrega este agravio, mera repetición de anteriores, reitero que la circunstancia de haberse obtenido las fotografías en un certamen público, donde otras participantes también fueron fotografiadas, no empece al derecho de la actora a negarse a que su estampa sea insertada en una revista de la calidad de "Mundo Erótico", con la connotación peyorativa que para ella importa aparecer junto a bellísimas mujeres vestidas prácticamente con el traje de Eva, en algunos casos con hombres con similar vestimenta, traje de Adán se entiende (véanse en la revista de fs. 104, las págs. 3/5, 6/9, 17/19, 27/ 31, 34/41, 43, 46/7, 60/61 y 66, como así también las desagradables escenas fotografiadas a fs. 62/65, correspondientes a "la lucha de atletas mujeres en el barro".

6° agravio. No voy a hacer la apología de la libertad de imprenta, justamente protegida por el art. 14 de la Constitución Nacional, pero estimo que el derecho a la intimidad tiene igual jerarquía, estando implícitamente consagrado en el art. 33 e inclusive en el art. 19. Y añado que aún cuando pueda considerarse que todos los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas constitucionales tienen igual jerarquía, no puede desconocerse que en la colisión de los derechos, el intérprete debe armonizarlos y decidir cuál es el que debe prevalecer. Me remito al brillante trabajo de Miguel Angel Ekmekdjian publicado E. E., T. 114, p. 945, donde el autor hace una clasificación de los derechos civiles, en cuya cúspide se encuentra el derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.), o sea, precisamente el que se debate en autos, para luego señalar que la propia Corte actual, en la causa "Ponzetti de Balbín" (Fallos, T. 306, p. 1892; Rev. La Ley, T. 1985-B, p. 120), se pronunció admitiendo que en el conflicto entre el derecho a la dignidad y la libertad de prensa, prevalece el primero sobre el segundo, tal como inequívocamente se desprende del consid. 6° del voto de los doctores Belluscio y Caballero, quienes señalaron: "la protección del ámbito de intimidad de las personas... no cede ante la preeminencia de ésta (la libertad de expresión); máxime cuando el art. 1071 bis del Cód. Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna,". Es que, como lo advierte Bidart Campos, E. D., T. 112, p. 239, al comentar el fallo del alto tribunal, "la intimidad o privacidad no compone una zona neutra o ajena al derecho: es zona jurídicamente relevante, incluida en el mundo jurídico con la garantía de su inmunidad. Por eso el Poder Judicial la tutela".

En consecuencia, ante la falta de consentimiento por la actora, a que tantas veces he hecho referencia a lo largo de este voto, la publicación que se hizo en la revista de la demandada no resultó justificada, desde que, lo destaco sólo a mayor abundamiento, ninguno de los derechos establecidos por la Constitución son absolutos, sino que se gozan

"conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (conf. art. 14, Constitución), pues como agudamente lo explicaba el insigne Joaquín V. González, así se inviste al Congreso con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de justicia y de moral, y del conjunto de medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia, consolidar la paz, proveer a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad (conf. op. cit., p. 110, núm. 90).

Las leyes protectoras de los derechos personalísimos, como lo son la 11.723, mediante el art. 31, a igual que la 17.711 con el nuevo art. 1071 bis del Cód. Civil, contienen normas que reglamentan el ejercicio de diversos derechos, precisamente para amparar otros derechos de igual o mayor jerarquía, lo cual no significa admitir ninguna clase de censura previa, sino la posterior derivada de una conducta no razonable.

7° agravio. No está en juego en este proceso el agrado o desagrado que pueda experimentar una persona por figurar o no figurar entre las fotografiadas insertas en "Mundo Erótico", sino - lo reitero prácticamente ante el cansancio ante lo repetitivo de los argumentos utilizados por la apelante- si se prestó o no conformidad para que la imagen se reprodujera en esa revista, de características tan especiales. Si el consentimiento se hubiera prestado, no estaríamos ahora ocupándonos de este poco menos que inacabable recurso; pero, conforme antes lo señalé, al no haberse justificado tal conformidad, debemos continuar analizando las cuestiones planteadas en los siguientes denominados "agravios".

8° agravio. La prueba de la perturbación sufrida por la actora y la conmoción en su núcleo familiar y social, que a juicio del apelante no se ha producido, está dada por la publicación de las imágenes no consentidas en un medio extraño tanto al fisicoculturismo en particular, como al deportivo en general. Precisamente en el escrito de demanda se invocó por la señora de Bruschi su "turbación y vergüenza al verme retratada en dicha revista, que lleva inserta la advertencia de ser prohibida su venta para

menores de 18 años y cuyo contenido deja de ser edificante", lo cual no pasa de ser una mera mención, sino que se comprueba hasta con un superficial hojear de la revista. Es, entonces, lo que en doctrina procesal se conoce como "hecho notorio", que contienen en sí mismo una prueba preconstituida con relación al proceso y son, en consecuencia susceptibles de deparar un grado de certeza equivalente e incluso más intenso que el que puede extraerse de las pruebas comunes (conf. Palacio, "Derecho procesal civil", t. IV, p. 348, núm. 405, C; Alsina, "Derecho procesal", t. III, p. 247, núm. 11, C; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y concordado y comentado", t. III, p. 115, núm. 360.9.13, 3°; Fassi, "Código Procesal Civil y Comercial comentado anotado y concordado", t. I, p. 279, núm. 544; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado", t. 2, p. 286, d; Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado", t. III, p. 334; Couture, "Fundamentos de derecho procesal civil", p. 113, núm. 90; Carnelutti, "Sistema de derecho procesal civil", t. II, p. 92; etcétera).

Probada, así, la publicación de las fotografías, como también la no autorización para que ello ocurriera, la actividad ilícita quedó configurada y consiguientemente, la admisibilidad de la demanda.

9° agravio. El monto de la demanda, por todo concepto fue estimado a fs. 26, el 22 de mayo de 1985, en \$a. 200.000, o sea, en \$ 200. Esta suma, actualizada a la fecha de esta sentencia mediante la aplicación de los índices de precios mayoristas, nivel general, que mes a mes proporciona el Indec, se traduce en \$ 1238. Esta cantidad limita las posibilidades del tribunal, que carece de atribuciones para fijar un resarcimiento superior (conf. mis votos en las causas núm. 270.556 del 31/3/82 y núm. 282.285 del 19/8/82; esta sala, en anterior composición, voto del doctor Llambías publicado en E. D., t. 2, p. 876 y sus menciones de la Corte Suprema).

Estimo, entonces, que debe admitirse el agravio, reduciendo el monto indemnizatorio a \$ 1238, suma por demás equitativa que deberá

pagarse en el plazo fijado por el anterior sentenciante.

10° agravio. Las costas de primera instancia han sido bien impuestas a la parte demanda, que se opuso "in-limine" al progreso de la demanda (conf. art. 68 Cód. Procesal), sin que exista motivo alguno para apartarse del principio objetivo de la derrota que contiene la mentada norma ritual.

11° agravio. La queja relacionada con el monto de los honorarios regulados al letrado de la actora, ha sido indebidamente incluida en el escrito de expresión de agravios, de modo que no cabe su consideración en este acto (conf. causas de la sala núm. 23.584 del 29/9/86 y núm. 24.646 del 28/ 10/86, entre otras), sin perjuicio, claro está, de la readecuación que corresponda al haber variado el monto indemnizatorio (conf. art. 279, Cód. Procesal).

III. Agravios de la actora. Se queja esta parte porque no se hizo lugar a la acción instaurada en contra de Francisco Loiácono, "por no haber quedado trabada la 'litis' a su respecto".

Considero procedente el agravio, desde que mediante la cédula agregada a fs. 11 se procedió a notificarle el traslado de la demanda, que no respondió, pese a que la cédula se diligenció cumpliendo con las especificaciones de los arts. 140 y 141 del Cód. Procesal. Declarada la rebeldía solicitada por la actora mediante la providencia de fs. 34, punto II, se notificó con la cédula de fs. 40. Las sucesivas resoluciones quedaron notificadas por ministerio de la ley (art. 59, párr. 2°, Cód. Procesal), en tanto que la sentencia anterior, el auto de fs. 125 vta. y el traslado de fs. 141 se notificaron con la cédula cursada en esta alzada a fs. 154.

En consecuencia, el nombrado Loiácono ha sido anoticiado en todas las actuaciones procesales que correspondían, sin comparecer al pleito y manteniéndose constantemente en rebeldía.

Por ello, haciéndose jugar la presunción contenida en el art. 60 del Cód. Procesal, los efectos de la sentencia de primer grado, con las modificaciones de esta alzada, lo

alcanzarán, con imposición de las costas de ambas instancias a su cargo.

IV. Síntesis. Propongo, en definitiva, la modificación de la sentencia precedente, reduciéndose el monto de la condena a la cantidad de \$ 1238, pagaderos solidariamente por ambos demandados en el plazo de 10 días, con costas a cargo de ellos. Las costas de alzada correspondientes al recurso de la actora se impondrán al codemandado Loiácono y las del recurso de Editorial Inédita a la actora en un 90% y a la citada Editorial en un 10%, en atención al resultado del recurso y a la proporción en que la apelante resultó triunfante (conf. arts. 68 y 71, Cód. Procesal; causa de la sala núm. 31.949 del 24/9/87).

La doctora Luaces dijo:

La excepción al requisito del consentimiento expreso de la persona para la reproducción de su retrato está consagrada por la norma del art. 31 "in fine" de la ley 11.723 cuando se la relaciona con fines científicos, culturales o hechos de interés público o que se hubieren desarrollado en público. En tales condiciones y en la medida que no se hubiere tergiversado la finalidad perseguida con el acontecimiento de que se trate, la publicación de la fotografía de la ganadora del certamen de fisicoculturismo en cualquier medio periodístico, no podría generar agravio alguno. Pero cuando, como en la especie, es apartada de su contexto para teñirla de claro contenido erótico divulgándola en una revista como la que edita la demandada, se provoca el desmedro a la dignidad que protege el art. 1071 bis del Cód. Civil. La circunstancia de que los cultores de esa actividad exhiban su físico en modo alguno autoriza a extraer las conclusiones incluidas en la pág. 33 del ejemplar acompañado en autos, ni siquiera para colocarla en la misma situación de quienes autorizaron su fotografía para esa publicación que no es ciertamente de difusión masiva sino destinada a la finalidad cuyo título pregona.

Adhiero en consecuencia a las conclusiones a que arriba el doctor Escuti Pizarro propiciando la confirmación del pronunciamiento apelado con la modificación del monto de la condena y

la distribución de las costas a que se refiere el segundo voto.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta precedente, se modifica la sentencia de fs. 112/118. En consecuencia, se condena solidariamente a Editorial Inédita S. A. y a Francisco Loíacono a pagar a Patricia Medina de Bruschi en el plazo de 10 días, la suma de \$ 1238, con costas de primera instancia a los demandados. Las costas del recurso de la actora en la alzada se imponen a Francisco Loíacono y las del recurso de Editorial Inédita S. A. a la actora en un 90 % y a la Editorial en un 10 %.