

DERECHOS PERSONALÍSIMOS: AFECTACIÓN SIMULTÁNEA DE IMAGEN E IDENTIDAD (PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS Y EL NUEVO ORDENAMIENTO)

MARTA DEL ROSARIO MATTERA

I. ENCUADRE DEL TEMA:

Desde hace décadas la doctrina nacional ha reconocido no sólo la existencia de los derechos personalísimos –entre los que se encuentran la imagen y la identidad- sino también su fundamento constitucional.

Si bien existen numerosos precedentes relacionados con la imagen, en pocos casos se ha analizado también la afectación al derecho a la identidad, que generalmente no es invocado por las partes, salvo que se encuentren en juego cuestiones relativas a la filiación biológica.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha subsanado esta omisión en la regulación civil, y al referirse a estos derechos les asigna a cada uno un ámbito propio, tal como se desarrollará en el presente trabajo, tratándose de uno de los aspectos en que no puede sino valorarse positivamente la reforma.

Para el desarrollo del presente trabajo se efectuará entonces una síntesis de aportes doctrinarios previos y posteriores a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, y de tres precedentes en los que especialmente se analizó la cuestión, de características disímiles.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL RECONOCIMIENTO A LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS DERIVADOS

Nuestra más autorizada doctrina ha colocado invariablemente a la dignidad humana en rango superlativo o de preferencia.

Era ya la opinión de BIDART CAMPOS, antes incluso de la reforma constitucional, para quien la dignidad humana comprende o participa en los demás derechos en cuanto todos los derechos humanos remiten a la dignidad personal, por lo que el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los derechos en mayor o menor medida, según el contenido y su índole¹.

Para COLAUTTI la dignidad es un presupuesto de todos los demás derechos, sin perjuicio de reconocerle autonomía², en tanto que Sagüés la ubica en el derecho a la condición humana, junto con los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud, al nombre, a la nacionalidad y a la propia imagen³, y EKMEKDJIAN entiende a la dignidad como fundamento de todos los derechos individuales y al ordenarlos jerárquicamente coloca al derecho a la dignidad y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.) sobre el derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y sociológica, etc.)⁴.

Tal como señala CIFUENTES, fue un mérito destacable de la reforma constitucional brindar tutela a la persona sin posibilidad ahora del desconocimiento jurisprudencial de los valores, derechos y principios que esos tratados establecen, dándoles estructura constitucional, llenándose así vacíos que nuestro orden jurídico padecía⁵.

En efecto, a partir de 1994, la Corte Suprema ha hecho referencia en numerosas ocasiones a la dignidad de la persona humana, en relación con materias tan diversas como cuestiones relativas al derecho laboral, al derecho penal, al interés superior del niño, etc., lo cual resulta coherente con el fuerte impacto producido en nuestro derecho constitucional a partir de la incorporación del derecho convencional.

Asimismo, ha sostenido que el fundamento definitivo de los derechos humanos es la dignidad de la persona, haciendo referencia a la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, "máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional

¹ Bidart Campos, Germán J., "Teoría General de los Derechos Humanos", ps. 72 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991.

² Colautti, Carlos, "Derechos Humanos", p. 123, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.

³ Sagüés, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", t. 2, p. 37, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

⁴ Ekmekdjian, Miguel A., "De nuevo sobre el Orden Jerárquico de los Derechos Civiles", ED. 114-945.

⁵ Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos, pág. 227, Astrea, ed. 1995.

adoptado”⁶, por lo que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana⁷. El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- “su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁸.

Fácil resulta advertir, a la luz de lo expuesto, que el valor “dignidad de la persona humana” debe tener una consideración especial en cualquier análisis que se realice en el marco de nuestro actual derecho constitucional. A diferencia de otras legislaciones, en el régimen argentino no existía hasta la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación una regulación sistemática en la materia, si bien se coincidía en afirmar la raigambre constitucional de los derechos personalísimos, ya que la ausencia de mención expresa no debía interpretarse como desconocimiento o negación de los mismos, por cuanto ello “constituiría una reducción grave al alcance del art. 33 de la Constitución nacional y desconocer la fundamentación iusnaturalista del derecho constitucional argentino”⁹.

⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:2043; Fallos 333:2306, 330:1989

⁷ C.S.J.N., Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004

⁸ C.S.J.N., 07/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.”, Fallos 333:2306, que refiere a la doctrina de “Reynoso”, Fallos: 329:1638; “Mosqueda”, Fallos: 329:4918 y “Aquino”, 21/09/2004, p. 3766 y su cita. Sostuvo asimismo que “de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente (C.S.J.N., 13/03/2012, “F.,A.L. s/medida autosatisfactiva”, La Ley Online AR/JUR/1682/2012). Los derechos esenciales de la persona humana- relacionados con su libertad y dignidad- comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega –incluso- a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional)(C.S.J.N. 01/06/2012, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, L. L. 08/06/2012 , pág. 4, voto del Dr. Fayt).

⁹ Salvadores de Arzuaga, Carlos (“Dignidad, intimidad e imagen: La cuestión constitucional”, L. L. 1998-D, 39. Hace más de tres décadas ya señalaba el Dr. Rivera, comentando las recomendaciones aprobadas en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Mercedes (Prov. de Buenos Aires) en 1983, que en nuestro sistema jurídico no cabe duda de que la Constitución Nacional constituye el primer sustento de los derechos de la personalidad. A propósito del despacho producido por la Comisión (1º. La ley civil protege las manifestaciones físicas y espirituales de la persona y sus libertades”) menciona que se entendió que con la expresión “manifestaciones físicas

En síntesis de este derecho a la dignidad, derivan derechos como la intimidad, la imagen, la identidad, el honor, etc., que en definitiva protegen su realización. Siguiendo las derivaciones del concepto de dignidad, también se traduce en la libre determinación de toda persona para desarrollar acciones u omisiones que considere consecuentes con las elecciones que efectúa.

Señala con absoluta claridad CIFUENTES que suele ocurrir que a través de derechos o atributos que van unidos a la persona de modo íntimo, que la prefiguran con total singularidad, representando lo que de suyo tiene en lo individual, pueda perturbarse el derecho al honor. “Todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo, ya sea que cuadre en la integridad física, en la integridad espiritual o en la libertad, o sirviendo de medio cualquier otro derecho no personalísimo, y aun ni siquiera con calidad extrapatrimonial, o bien un atributo de la persona”.

El honor, muy particularmente, puede verse comprometido por los signos distintivos señalados, utilizados como vehículo adecuado para la lesión, por cuanto ellos señalan a la persona —a ella misma o a sus obras— con estrecha ligadura personal, y el honor es un bien interior, confundido con la persona, pero que además alarga su naturaleza al denominado “buen nombre”, que es la celebridad, el renombre social del ser individual ... más aún si se usa el elemento identificador, como el seudónimo o el nombre, de modo que se turbe la estima y la respetabilidad que corresponde¹⁰.

Partiendo de esta breve síntesis, procuraremos analizar siguiendo autorizada doctrina en la materia los conceptos de “imagen” e “identidad” como derechos autónomos.

y espirituales de la personalidad" quedaban comprendidas todas las posibles facetas de los derechos personalísimos, sin necesidad de proceder a una enumeración de ellos. Así, dentro de las manifestaciones espirituales se incluyen la protección del honor, la intimidad y la imagen, de cualquier forma que se vean atacadas y en sus conceptos más amplios; así, la reproducción de la fotografía, de la voz, el fisgoneo, la utilización de aparatos de escucha, la grabación, la apropiación o reproducción de la imagen, el atentado a la estima objetiva y subjetiva de la persona por cualquier medio, el derecho al pudor, etc. (Rivera, Julio César, “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, L. L. 1983-D, 846). En el II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires - 1991), una de las recomendaciones de la Comisión N° 1 del que trató “el daño a la persona: de la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona”, en forma unánime, de lege lata, sostuvo que la persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y pueda obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección.

¹⁰ Cifuentes, “Derechos personalísimos” cit., pags. 486/487, y antecedentes allí referidos.

III. IMAGEN E IDENTIDAD

En la comparación de los bienes que conforman los derechos personalísimos de la integridad espiritual pueden hacerse claras distinciones que muestran la autonomía de cada uno, no sólo a fin de definir y concretar los perfiles de las figuras jurídicas que tienen una raíz común, por provenir de las manifestaciones del espíritu, los sentimientos y la proyección moral de la persona, sino también de tutelarla lo más íntegramente posible, abarcando todas y cada una de las aristas de su compleja estructura unitaria.

El derecho a la imagen puede ser definido como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento. Todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque a tal derecho fundamental¹¹.

Hasta la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, la conjugación de las normas referidas al derecho a la imagen (art. 31 de la ley 11.723 y art. 1071 *bis* del Código Civil, incorporado por la ley 17.711), nos brindaban un cuadro de conductas previstas como violatorias de tal derecho¹². Al respecto, GREGORINI CLUSELLAS señalaba que la ley tutelaba el derecho sobre la propia imagen desde 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

¹¹ TS España, sala 1, RCyS, 1999-1387 cit. por Humphreys, Ethel y Papillú, Juan M., "El derecho a la propia imagen y su esfera de protección", DJ 2003-3, 601.

¹² Ya en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en el año 1969, al debatirse el tema N° 2: "Los derechos de la personalidad y su protección legal", se aprobó un despacho en el que -luego de señalar que aun cuando los derechos de la personalidad tienen en la Constitución Nacional reconocimiento genérico expreso e implícito, es aconsejable que algunas de sus consecuencias sean concretamente reguladas—, propiciaba la recomendación siguiente: "Se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, lo relativo a los derechos a la intimidad, a la imagen y a las disposiciones del propio cuerpo".

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.

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 intimidad¹³.

Si bien estas 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.

Por lo tanto, se concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que faculta a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundirla o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente¹⁴.

En el mismo sentido, se ha sostenido que el derecho a la imagen tiene un ámbito propio y específico, que se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio (fotografía, filmación, dibujo, grabado, etc.), ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitir su reproducción o comercialización¹⁵. En opinión del Tribunal Constitucional español, el derecho a la propia ima-

¹³ Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, 1996-D, 136.

¹⁴ Calderón, Maximiliano Rafael y Márquez, José Fernando, “El derecho a la imagen y su valor económico” R.C. y S. 2003-261. Sostienen estos autores que si bien su tutela constitucional fluye de los derechos implícitos del art. 33, en su correlación con los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, la norma legal regulatoria es el art. 31 de la ley 11.723 que resguarda la utilización comercial de los retratos fotográficos, aplicable analógica y extensivamente a las otras esferas, reservando la previsión del art. 1071 bis del Código Civil como protectoria de la difusión de la intimidad.

¹⁵ Picasso, Sebastián, “Nuevas fronteras del derecho a la imagen”, J.A. 2005-II-1251.

gen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz¹⁶.

La propia Corte Suprema ha sostenido 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 solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (art. 31)”¹⁷, añadiendo que “por ser ello así, no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de las interesadas”¹⁸.

Si la persona es retratada y difundida con su consentimiento para un fin específico, esa representación individual consentida no podría ser utilizada con otro fin sin violar el derecho a la imagen. La intimidad no habría de verse en ese caso singularmente vulnerada, pero sí la imagen por el aprovechamiento no consentido. Si la toma fue difundida con consentimiento del titular del derecho, ello importó consentir la difusión al público en un sentido (diario, por ej.), si este sentido cambia, ya no podrá verse ofendida la intimidad, pero sí la imagen, si no se había prestado consentimiento para la nueva publicación. En este sentido, se ha afirmado que si no existe intromisión en la vida íntima de la persona, violación de algún aspecto de su privacidad, ni perturbación que hiera los sentimientos, sino aprovechamiento de una imagen ya pública para un fin no consentido, la cuestión no debía examinarse a la luz del art. 1071 bis del Código Civil,

¹⁶ TC, sentencia n° 117 de 24 de abril de 1994, Fundamentos Jurídicos 3, Pizzolo, Calogero, “El derecho a la intimidad y a la propia imagen prevalecen frente al ejercicio de la libertad de información: la ilegalidad de la “cámara oculta”. Comentario a una sentencia del Tribunal constitucional español”, Sup. Const. 2012 (marzo), 29/03/2012, 73 - LA LEY2012-B, 426.

¹⁷ C. S. J. N., 28/06/1988; “Lambrechi, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, Fallos: 311:1171, L. L. 1989-C, 478, J. A. 1989-I, 89; D. J. 1991-2, 78; y dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que los doctores Petracchi y Maqueda hacen suyo en 11/12/2007, “H., R. S. c. S.A. La Nación”, Fallos 330:5088.

¹⁸ C.S.J.N., fallo citado en primer término en la nota anterior.

ley 21.173, sino de la ley 11.723, arts. 31 y concordantes, en razón de la independencia conceptual que desvincula por principio a la imagen del derecho al honor y del derecho a la intimidad¹⁹.

Más aún, el simple consentimiento del titular de la imagen para la toma de la fotografía, no implica necesariamente conformidad con su publicación. La difusión de la imagen de la persona con fines informativos o culturales de antecedentes que pudieran ser de interés público o desarrollado en público, no se extiende a la realizada con una finalidad publicitaria para la que resulta necesaria la autorización del titular. Producida la publicación con fines comerciales sin la debida autorización, genera daño moral que debe ser indemnizado, siendo indiferente que las características del retrato no traigan aparejada una lesión al honor o un descrédito de la personalidad y el hecho de que la publicación sea de escasa difusión no excusa la conducta de los demandados, aunque puede incidir en el cálculo de la indemnización²⁰.

En síntesis, con sustento en la legislación hasta ahora vigente, el remedio legal debe ser aplicado donde aparezca una indebida exposición o difusión publicitaria de la imagen, o una simple reproducción del retrato, aun cuando de ello no resulte lesión a la privacidad o a la reputación de la persona. El consentimiento que debe prestar el interesado para la utilización de la imagen constituye una condición general para que sea legítima dicha utilización. O dicho de otro modo, es esencial comprender que, como regla, sólo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de la imagen, tal como lo dispone el art. 31 de la Ley 11.723, en su primer párrafo.

También la expresión ‘poner en el comercio’ debe ser entendida en sentido amplio: exhibición, difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido²¹. Se atribuye al derecho en consideración, un doble contenido: en su aspecto negativo o de exclusión, comporta la facultad de

¹⁹ C. N. Civ., sala C, 02/05/1989, "Seen Gabriela Rosana c. Chami Ramón s/Daños y perjuicios"; Idem., sala I, 31/08/1995, "Rother, Sergio H. y otro c. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros", Lexis N° 1/4081.

²⁰ C. N. Civ., Sala J, 01/08/2000, "Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A.", L. L. 2000-F, 117.

²¹ Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Tomo 2-D, pág. 175, Edit. Hammurabi. En ese mismo sentido, cita Cifuentes (Derechos personalísimos, cit., pág. 523) un pronunciamiento judicial donde se resolvió que la expresión "poner en el comercio" debe entenderse en sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (C.N.Civ., sala D, 30/11/93, LA LEY, 1994-D, 148; C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 04/10/2011, "Dumerauf, Hugo c. Diario El Popular s/daños y perjuicios", con voto preopinante del Dr. Jorge Mario Galdós, L. L. 2012-B, 108).

prohibir a terceros la captación o divulgación de la propia imagen. Señalan TOBIÁS y VILLALBA que, en su aspecto positivo, el derecho a la imagen comporta la facultad de la persona de reproducir, publicitar, difundir, comercializar o divulgar su imagen según sus propios criterios y utilidad. El consentimiento, por lo tanto, tiene por función legitimar la utilización por terceros de la imagen propia (art. 31, ley 11.723).

Es relevante el rol del consentimiento en la “disponibilidad” del derecho a la imagen. Su titular puede lícitamente exponer, reproducir o colocar en el comercio su imagen; él puede acordar las modalidades, el ámbito de la oportunidad, las condiciones y límites de la publicidad de su imagen. Los ulteriores límites a la extensión del derecho a la imagen -vinculados con la satisfacción de intereses públicos o sociales- son excepciones al principio de la necesidad del consentimiento que, a su vez, tienen otros límites que suponen la vuelta a la regla general de la necesidad del consentimiento. El enunciado amplio margen de disponibilidad que se reconoce al titular del derecho, permite afirmar comprende la posibilidad de utilizar ampliamente la imagen para fines económicos²².

En términos generales, la existencia del consentimiento debe ser analizado con el rigor propio de cada una de las distintas circunstancias de persona, modo, lugar y destino en relación con la voluntad del sujeto cuya imagen va a ser difundida. No basta pues con acreditar que una persona expresó su voluntad de ser fotografiada o, de alguna manera, su voluntad de que su imagen sea difundida. Es necesario que exista una razonable relación entre el consentimiento de la persona, la imagen publicada y el medio por el que se realiza la difusión. Es por ello que debe existir una preocupación seria en el retratista y en quien publica, reproduce o difunde la imagen, de estar actuando razonablemente en consonancia con la voluntad de la persona retratada²³.

²² Tobías, José W. y Villalba, Federico, “El derecho personalísimo a la imagen”, Colección de Análisis Jurisprudencial “Derecho Civil - Parte General”, dirigido por José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, pág. 134.

²³ Ver muy completo trabajo de Villalba, Carlos A. - Lipszyc, Delia., “Protección de la propia imagen”, La Ley On line AR/DOC/7254/2001. Hace ya más de una década se registra un precedente en el que fuera preopinante la Dra. Graciela Medina, como integrante de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, con la adhesión de los Dres. María C. Cabrera de Carranza y Roland Arazi. Se trataba de un caso en que había mediado cesión de los derechos de imagen para el uso y/o exhibición de en gráfica (folletería, puntos de venta y diarios y revistas”) y en video, siendo en este caso los medios convenidos: puntos de venta y circulación interna. Se interpretó entonces que Internet no es un medio gráfico sino un medio digital, por lo que no podía entenderse que la modelo, al ceder sus derechos de imagen para que sean publicados en medios gráficos, hubiera autorizado su utilización en medios

Ni el artista o técnico autor del original, el tenedor de la foto y/o la agencia publicitaria son los dueños de la imagen cuya exclusiva propiedad pertenece a la persona fotografiada, aun cuando se pretendiera que habría sido utilizada para propósitos serios o que, podría, inclusive, prestigiar al retratado²⁴.

La identidad es la formación de la personalidad por las obras propias y lo que se quiere, siente y piensa. La violación importa una falsificación de esa personalidad, bien su desnaturalización o su equívoco. Si algún rasgo propio de dicha personalidad es comentado sin distorsión, no hay ofensa a la identidad personal. Su ataque requiere usurpación, contrafacción, adulteración²⁵.

El derecho a la identidad se distingue claramente del derecho al nombre o a la exactitud de los datos del registro civil. Estos hacen sólo a la existencia material y a la condición legal del sujeto; mientras que la identidad alude al patrimonio cultural, político, social, religioso e ideológico del sujeto²⁶. Su contenido comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, una faz estática que se refiere al origen genético-biológico de la persona y una faz dinámica configurada por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial²⁷.

digitales o electrónicos, que son los que corresponden a Internet. En cuanto a los efectos de los meta-tagging, que son las prácticas empleadas por los operadores de ciertas páginas webs con el propósito de captar la atención de usuarios a la dirección en cuestión, señaló el Tribunal que el difundir una imagen en una página de Internet puede llevar a que ésta sea conocida por distintos usuarios que acceden a ella a través de la información contenida en la meta-tag key world section, este riesgo requiere que el titular de la imagen preste un expreso consentimiento para su uso en Internet, consentimiento que no puede ser inferido tácitamente o considerado implícito de la autorización otorgada para publicitar en medios normales o tradicionales la imagen de la modelo, por lo que la imagen fue ilícitamente usada por el contratante, quien debía abonar por el uso inconsciente en Internet (C. Civ. y Com. San Isidro sala 1ª, 14/8/2003, "Riva, María A. v. Sonne S.R.L. s/daños y perjuicios" LLBA 2004, 104).

²⁴ C.N.Civ., sala A, L. 335.689, del 8/4/02; Idem., Sala G, in re "P.D.S., J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentinos S.A. y otro", de fecha 21/12/07.

²⁵ Cifuentes, Santos, "Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual", L. L. 1998-B, 702.

²⁶ Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo II". Ed. Abeledo-Perrot. Bs. As., 1993, pág. 116.

²⁷ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Derecho a la identidad", L. L. 2005-F, 963, citando las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997). Comisión N° 1: Parte General - Identidad Personal, Propuesta aclaratoria del doctor Cifuentes, aprobada por mayoría (21 votos) y con la disidencia del doctor González del Cerro.

Así, se ha sostenido que el derecho a la identidad se refiere a los modos de ser culturales de cada uno. Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos²⁸. Por ello, la identidad personal no puede prescindir de los aspectos sociales del hombre, ya que se tiene en cuenta un conjunto de conductas referidas a la actividad pública de una persona, que apuntan a su proyección social, al aspecto de la persona que se proyecta al exterior, que se somete objetivamente al conocimiento de los demás, que se hace público²⁹.

La vinculación entre identidad personal e imagen física se debe, en primer término, a la unidad esencial y de fundamento que presentan los derechos de la persona, en cuanto ambos derechos tutelan sólo fracciones o manifestaciones particulares de un mismo ente, como es el ser personal, protegen aspectos de una misma y sola realidad. La imagen tiene que ver con la “identificación” del sujeto, con la identidad estática, mientras que la identidad personal es dinámica. Tal vinculación esencial hace posible que no sean escasas las situaciones en las que se produce una aparente superposición de las dos figuras jurídicas. Ello ocurre cuando la imagen es el ocasional vehículo mediante el cual es dable lesionar la identidad personal.

La imagen, con frecuencia, es susceptible de ser manipulada, cuando se la utiliza fuera del contexto en el que fue captada. En cualesquiera de estos casos se desfigura a la persona, se le distorsiona, y ello puede lesionar no sólo su honor o su reputación, afectar su intimidad, sino también presentar socialmente a la persona en una proyección que no resulta ser la fiel expresión de su identidad. La imagen puede constituirse, de este modo, en un medio utilizado para atribuir a la persona una identidad que no le corresponde. La facilidad con la que la imagen es aprovechable como instrumento a través del cual se puede lesionar otros bienes de la persona ha hecho que durante un largo tiempo no se esclarecieran debidamente sus linderos conceptuales en relación con los otros derechos de la personalidad³⁰.

Sostiene FERNÁNDEZ SESSAREGO que “... en el lenguaje ordinario se suele utilizar la expresión “imagen” tanto para referirse a la imagen que podemos designar como física, al contorno exterior y corporal de la persona,

²⁸ Cifuentes, “Derechos personalísimos” cit., pág. 610.

²⁹ Gutiérrez, Delia M., “El derecho a la identidad y sus límites”, L. L. 1999-A, 374.

³⁰ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, pags. 140/141, ed. Astrea, 1992. Agrega el autor algunos ejemplos: “fotos antiguas insertas en situaciones actuales, en lugares diferentes, en diversas épocas, con distintos personajes, en heterogéneos trances. Todo ello, con la ayuda de la técnica y la tecnología, aprovechando fotomontajes y trucos de todo jaez”.

como a la proyección social de la personalidad. Se trata, en este último caso, de lo que se conoce generalmente como la “imagen social” de la persona... el dato constante y permanente en lo que atañe a la tutela de la identidad es el referido a la protección y el respeto de la verdad, la misma que puede ser alterada por diversos medios, entre los cuales se encuentra la ilícita reproducción de la imagen de la persona”³¹.

Por su parte, CIFUENTES señala que hay que diferenciar tres derechos de las personas, de carácter espiritual, que tienen aristas singulares: 1) el de la intimidad, cuya violación se produce mostrando a terceros lo que sólo es de la persona (*right to be let alone*), que no quiere darlo al público a pesar de que se trata de realidades que le pertenecen en cuanto tal. En este caso el vehículo de la ofensa puede ser el retrato; 2) el de la imagen, que íntima o no es la mera revelación representativa de la persona, la que figurativamente la señala o identifica, la cual puede ser ofendida sin afectar la intimidad y 3) el de la identidad, que es un conjunto de condiciones y caracteres que la ubican en tiempo y lugar, identificándola también pero espiritualmente, dando cuenta de su ser, y cuya ofensa asienta en su alteración o negación. Éste, a diferencia de los otros dos, requiere para su respeto que no se lo falsifique, mientras que aquéllos hacen hincapié en la difusión no querida de la realidad o verdad. Es posible admitir la publicidad de aspectos privados, lo que no implica ceder al mismo tiempo la imagen ni la identidad, esta última para que se distorsione o falsee.

La facultad de utilización de unos de tales derechos, no da facultad para avasallar o apropiarse de los demás. Hay que tener en cuenta que su naturaleza relativa y subjetiva se edifica también con la independencia de los unos frente a los otros, dado que es posible transferir en parte alguno de ellos singularmente³².

La identidad personal es un derecho que se hace presente por causa de la tergiversación, falsedad o desnaturalización. La publicidad de la identidad moral correcta no lesiona ese derecho, a diferencia del de la imagen, que se ofende con la difusión no consentida de una verdad figurativa. La posibilidad de distorsionar la personalidad moral de las personas difundiendo masivamente lo que no le corresponde hizo captar en toda su importancia y dimensión el derecho a la identidad personal, así como antes la aparición de la fotografía generó la necesidad de resguardar la imagen³³.

³¹ Fernández Sessarego, ob. cit., pags. 149/150.

³² Cifuentes, Santos “Protección de la imagen”, E. D. 211-97.

³³ Cifuentes, Santos, “Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional - Naturaleza personalísima de los datos informáticos de la persona”, LA LEY

Así, el derecho a la verdad sobre la propia identidad personal hace a la condición del ser humano y su aspiración a que su verdad personal se proyecte socialmente, vale decir a través de los vínculos que se establecen con los demás a través de distintos medios y formas. Ello implica, dice acertadamente ZAVALA DE GONZÁLEZ, “una exigencia de respeto de la propia singularidad: que los otros no tergiversen el modo en que uno mismo es”³⁴

Con el fundamento proporcionado por estos prestigiosos autores, se referenciarán seguidamente tres antecedentes jurisprudenciales en los que se analizó la afectación simultánea de ambos derechos, haciendo uso de las facultades del juzgador para encuadrar jurídicamente las pretensiones deducidas. Sí se había invocado en todos ellos genéricamente el derecho al honor.

1999-A, 258, comentando el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 15/10/1998, “Urteaga, Facundo R. c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”. Este precedente revistió enorme trascendencia al establecer la operatividad inmediata del art. 43 párr. 3º de la Constitución Nacional al delinear los alcances de la garantía del hábeas data, no reglamentada por entonces, por cuanto la Ley de Protección de Datos Personales recién fue publicada en el Boletín Oficial el 2/11/2000. Más contundentemente aún, en las notas del mismo autor “Reconocimiento jurisprudencial del derecho a los datos personales informáticos y del hábeas data en su verdadero fin tutelar” (L. L. 1999-E, 151) y “La protección de datos personales y el Internet” (L. L. 2007-F, 761, Enfoques 2007-11 (Noviembre), 82) señala que la existencia de la base de datos personales importa una nueva figura jurídica, un derecho personalísimo nuevo e independiente, que puede encontrar su protección a través del hábeas data, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor.

34 Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de Daños" cit, Tomo 2 C, pág. 244, citado en C.N.Civ., sala D, 19/03/2010, "O., E. c/Editorial Perfil S.A. y otros s/Daños y Perjuicios s/Sumario", elDial.com - AA5F46. En este interesante fallo, no se utilizó una imagen del accionante La afectación que sufriera el accionante a su vida privada y de relación no se produjo de modo directo, sino a través de la sugerencia respecto de una inexistente conducta homosexual. El Tribunal sostuvo, en consecuencia, que los actos de los demás sujetos no deben ser incompatibles con la real personalidad de cualquiera de ellos, ni desviar el perfil individual que caracteriza a cada ser humano. No pueden válidamente deformarse o tergiversarse realidades ajenas, tampoco rehacerlas al gusto de quien las transmite, mostrándolas distintas a lo que son, cualquiera sea el móvil de la falsificación, vgr.. capricho, conveniencia, maldad, intereses diversos. Esta protección que se debe tutelar opera cuando a través de trucos o efectos especiales se modifican fotografías o se las publica fuera de su marco circunstancial adecuado, de modo de mantener la adecuación del ser de una persona con lo que acerca de la misma se deja trascender externamente, implica la exigencia de una fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades y caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos a los reales del sujeto. Se afirmó, también, que las dudas o las sospechas suelen ser menos contrarrestables que las alusiones o imputaciones contundentemente falsas.

Caso “P., J. L. c/ P. de C. C. S. A. y otro s/ daños y perjuicios”³⁵

La situación planteada era la siguiente: la actora prestó consentimiento para posar en traje de baño (bikini) y dio una entrevista a una revista especializada en espectáculos. El retrato que apareció en la portada de la publicación había sido adulterado de modo que parecía no haber tenido puesta la parte superior (topless), añadiéndose debajo de la foto una expresión en la que se adjudicaban a la actriz características personales que se vinculaban con el personaje que en ese momento estaba actuando en una serie televisiva, pero que no reflejaban su propia personalidad de acuerdo al propio contenido de la nota, que no fue cuestionado.

El peritaje realizado por el Centro Argentino de la Imagen acreditó el material obtenido fotográficamente fue retocado, antes de su impresión, con un programa de computación de edición de imágenes con el objeto de hacer desaparecer el sostén del pecho, ilustrando ampliamente acerca del modo en que el soporte digital puede ser modificado cuantas veces se lo considere conveniente, marcando así una diferencia importante con el negativo de la fotografía tradicional, y explicando cómo se realiza el retoque de imágenes digitalmente utilizando distintas herramientas de programas destinados a tal fin, del cual el más difundido es el “Photoshop”.

Los demandados pretendieron aducir una supuesta conformidad de la accionante para que su fotografía fuera modificada, defensa {esta que no fue admitida por cuanto se consideró que esta circunstancia no podía ser presumida con el argumento de “que es una conducta habitual un acuerdo de esas características para embellecer el aspecto de quien ha posado”, y era quien invocaba esta posibilidad quien debía acreditar que había mediado consentimiento de la accionante para ello, o para “desnudarla” posteriormente mediante el uso de un programa de computación. Máxime cuando no se trató de mejorar los rasgos de la retratada (aspecto que no fue modificado del original), sino de exhibir lo que se había mantenido oculto, mostrar areolas y pezón insertados donde antes la parte superior de un traje de baño, para lo que debió serle requerida una manifestación de voluntad expresa.

Siguiendo las expresiones de CIFUENTES, se hizo hincapié en que “no hay inconveniente en admitir que la identidad de uno se haga pública, siempre que no se la altere, lo que no importa permitir el manejo incontrolado de la imagen verdadera ni la posibilidad de revelar las áreas privadas que se quiere mantener lejos de la audiencia No hay inconveniente pública. Es también factible conceder que una imagen se haga pública y se exponga

³⁵ C.N.Civ., sala J, 21/10/2008, publicado en E.D. 26/01/2009, nº 12.181, E.D. 231-75.

a la vista de los demás, lo que la deja al margen de los aspectos privados y siempre que aquélla no fuere retocada o desfigurada para modificar de ese modo la identidad física”.

Por ende, al considerar establecido sin duda alguna que la manipulación del retrato fue efectuada sin conocimiento previo ni autorización de la accionante, la afectación a su derecho la imagen ya había quedado patentizada.

Sin embargo, dando un paso más allá, se analizó la cuestión también bajo la óptica del derecho a la identidad, para lo cual no sólo se tuvo en cuenta el retrato trucado sino también la frase inserta al pie del mismo (“las íntimas confesiones de una modelo que disfruta excitando”) que, como se señalara, aludía a una personalidad que coincidía con la del personaje, pero no con el contenido de las declaraciones insertas en la nota interior, en la que la actriz, una joven de 20 años de edad, relataba las circunstancias que la llevaron a iniciar su carrera de modelo y su participación en el famoso programa televisivo, sus trabajos actuales y proyectos profesionales, los estudios que realizó y la formación que se proponía obtener, su deseo de ser escritora, casarse y tener hijos, ser “de costumbres tradicionales” y “muy casera”, descartando poseer los rasgos históricos del papel que representaba en la ficción.

Se valoró, entonces, que ningún párrafo de la nota permitía concluir en la veracidad de la afirmación “disfruta excitando”, lo que más allá del engaño en que se inducía al lector en cuanto al contenido de la entrevista, indudablemente se sumaba al retrato adulterado a cuyo pie fue impresa, creando una falsa impresión acerca de la persona.

Se consideró, además, siguiendo la doctrina constitucional, que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad. Por otra parte, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea³⁶.

³⁶ En interpretación de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el art. 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido

Por ende, más allá de que el derecho a la intimidad podría haberse visto vulnerado de haber sido cierto el enunciado en cuestión (y mantenido fuera de la información libremente ofrecida por la actora al periodista), al añadirse la circunstancia de tratarse de una afirmación falsa, por cuanto anunciaba un contenido inexistente, se configuró una violación al derecho a la identidad personal.

Si efectivamente en el contexto de la entrevista periodística la damnificada hubiera afirmado, de una u otra manera, que disfrutaba excitando a los hombres, este aspecto de su personalidad hubiera sido puesto en conocimiento público por su voluntad, y ningún agravio le causaría, ni en orden a su derecho a la intimidad, ni como afectación a su derecho a la identidad. Pero de la lectura de la nota surgía una impresión absolutamente opuesta: la una persona muy joven que valoraba su privacidad, a la que no se le efectuó una pregunta concreta sobre este aspecto, pero negó enfáticamente ser una mujer histérica y que se describió a sí misma como incapaz de tomar una iniciativa en relación con el sexo opuesto, en términos coloquiales usuales.

*Caso "O., R. V. c/ Recoletos Argentina S.A. s/ daños y perjuicios"*³⁷

La situación planteada en esta causa fue la siguiente: un diario de amplia difusión insertó una foto del actor con indicación de que había sido condenado penalmente por un delito cometido por un senador homónimo y bajo un destacado título: "Protagonistas". Posteriormente se insertó una nota aclaratoria en una publicación posterior, aduciéndose un "error involuntario".

El juez de primera instancia rechazó la demanda considerando que como el accionante no era senador sino asesor de un diputado nacional, y la

por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta la forma de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por lo extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad ("Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.", Fallos 306:1892). Esta doctrina fue reiterada en numerosas oportunidades: Fallos: 306:1892; 316:703 y 324:2895 y más recientemente en autos "D. R. B., M. c. Editorial Río Negro S.A. s/ daños y perjuicios", del 30/10/2012, (LA LEY 13/11/2012, 7; JA 2013-01-02, 37; LA LEY 2013-B, 346 con nota de Hugo A. Vaninetti; RCyS 2013-V, 54; DJ 19/06/2013, 4 con nota de Carlos José Laplacetette) y en autos "B., H. G. c. América TV S.A. y otros", del 27/08/2013 (LA LEY 2013-E, 270 y DJ 16/10/2013, 36).

³⁷ C.N.Civ., sala J, 28/09/2009, ED Digital (62205).

noticia aludía al senador del mismo nombre, y era cierta (en relación con el homónimo), la inclusión de la imagen del accionante no daba lugar a agravio.

La Cámara revocó este decisorio, y también en este caso –con mayor razón aún– analizó separada y conjuntamente el retrato en sí y la frase en cuestión, por cuanto ambos elementos, aisladamente considerados, no eran inexactos, pero combinados eran causa generadora del daño.

En primer término, se consideró que la publicación la imagen del actor no fue autorizada en modo alguno, y que tampoco podría considerarse incluida en la excepción prevista en el inc. b) del art. 31 ley 11.723, por cuanto si bien la noticia que figuraba al pie podía calificarse como “de interés público”, en tanto se trataba de un delito que habría cometido un Senador de la Nación en el ejercicio de sus funciones, claramente no existía una relación directa entre la imagen de la persona (que era otra, y no el senador en cuestión) y el hecho de interés público.

En este supuesto, el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada, y también ese derecho había sido vulnerado en tanto “imagen y texto conforman un todo, induciendo a confusión al lector, que puede conocer al actor y no saber las funciones que ocupa o ha ocupado, máxime considerando que su imagen es lo suficientemente pública como para figurar en los archivos editoriales, y que también se ha desempeñado en el ámbito del Congreso Nacional”.

Además –y en lo que concierne específicamente al objeto de este trabajo–, se estimó que en el caso la utilización del retrato importó un verdadero avasallamiento al derecho a la identidad, particularmente desde el enfoque de considerar la publicación como un todo inescindible, por cuanto individualmente considerados sus elementos, cada uno de ellos era “cierto” o verdadero”, en el sentido de que ni la foto había sido trucada o alterada en modo alguno, ni la noticia, aisladamente considerada, era falsa.

Ambos elementos del todo eran auténticos y veraces, era de la combinación de ambos de donde surgía la falsedad, la inexactitud, y el daño. Esa era precisamente la cuestión que planteaba la accionante, quien no se agraviaba por el uso no autorizado de su retrato en sí, sino por su inserción en una noticia cierta pero ajena, por la confusión en que inducía la conjunción de ambos factores: fotografía propia y noticia relativa al homónimo.

Por ello, se consideró inadmisibles como argumento para desestimar la reparación el sostener que quienes lo conocían sabían que él no era el senador que había merecido una condena penal, por cuanto aún cuando algunas personas que no hubieran sido inducidas a error por mantener con el actor un estrecho vínculo, ello no implicaba que un número indeterminado y muy numeroso de personas en los distintos ámbitos en que se había

desenvuelto, “tanto profesionales, académicos, políticos, televisivos, etc., como simplemente sociales, no haya quedado con la imagen del “protagonista” y su connotación negativa desde lo gráfico (flecha descendente y texto). El tener conciencia de esa posibilidad, resulta más que suficiente para producir aflicción en la víctima”.

*Caso K., A. P. c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios*³⁸

Se trata de una sentencia inusualmente extensa, con profusión de citas doctrinarias, en la que se analizaron diversas cuestiones relativas a la responsabilidad de los buscadores de Internet en virtud de la vinculación de la accionante a páginas de contenidos pornográficos y de servicio de “escorts”. También se encontraba cuestionada la reproducción sin autorización de retratos fotográficos y videos. Se encuentran actualmente en trámite una importante cantidad de causas similares.

No es posible extenderse aquí en los distintos aspectos involucrados, por lo que se ceñirá el comentario exclusivamente a la afectación del derecho a la identidad producido, en este caso, por la utilización no sólo de imágenes sino también de su nombre con la finalidad de atraer al internauta hacia los sitios respectivos, ocasionando una afectación de enorme magnitud a sus derechos personalísimos, que impacta de lleno en el honor en su dimensión objetiva³⁹.

La actual tecnológica permite la inserción de los metatags, cuyo propósito es el de incluir información (metadatos) de referencia sobre la página: autor, título, fecha, palabras clave descripción etc., esta información podría ser usada por los robots de búsqueda para incluirla en las bases de

³⁸ elDial.com - AA794E; LA LEY 2012-E, 662; JA 2013-02-27, 51; ED 251-159.

³⁹ El considerando X de la sentencia analiza detalladamente el derecho al honor, con citas doctrinarias de prestigiosos autores. A fin de clarificar lo afirmado en el texto, es dable señalar que el honor reconoce dos dimensiones: subjetiva y objetiva. La primera, es la estimación que toda persona posee de sus cualidades o atributos, que se refleja en la conciencia del propio sujeto y en la certeza o seguridad en su propia estima y prestigio. Este concepto del honor, en cuanto corolario de la personalidad, se exterioriza y ofrece un ámbito que los terceros deben respetar. Desde el punto de vista objetivo, es la suma de las cualidades que los terceros atribuyen a una persona, que se encuentran íntimamente ligadas a los roles que cumple en el aspecto familiar, social y profesional (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos" cit., p. 455 y sigtes.; Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil"; p. 353).

datos de sus buscadores y mostrarla en el resumen de búsquedas o tenerla en cuenta durante las mismas y será invisible para un visitante normal. También pueden incluirse para impedir que una página sea indexada por los motores de búsqueda.

En una utilización ilegítima, la introducción del nombre de la persona famosa en los sitios cuestionados en algún lugar de la página, luego reproducida por el buscador, tanto en su propia página de resultados, como en la memoria “caché”, importa generar la falsa creencia de que efectivamente dicha persona trabajaba en algún servicio de acompañantes o que imágenes suyas podían encontrarse en los sitios dedicados a la pornografía⁴⁰.

La respuesta a por qué se acude a nombres de personalidades del conocimiento público (modelos, actrices, etc.) en páginas web de contenido erótico y/o pornográfico sin estar dentro de su contenido, la debemos encontrar en el contexto de la feroz pugna que se desenvuelve en el competitivo mercado que existe en la red para posicionarse lo mejor posible entre los primeros lugares de los resultados que registra cada buscador. Para ello es que se realizan prácticas que pueden ser lícitas (se adquieren posicionamientos) o ilícitas (empleando textos ocultos, metatag, spamdexing, etc.)⁴¹.

⁴⁰ Señalan Gustavo y Hugo Vanninetti que el meta-tagging es una de las prácticas empleadas por los operadores de ciertas páginas web con la intención de atraer la atención de los usuarios a una dirección en particular. Utilizan con ese propósito nombres muy reconocidos (modelos, actrices), marcas, nombres de empresas, etc., que en algunos casos (como este que es objeto de la presente causa) nada tienen que ver con el contexto de la página y muchos menos cuentan con la correspondiente autorización de los interesados para ello, a los fines de servirles de “señuelo” para que los usuarios que en realidad buscan una información precisa sobre algo o alguien, se topen con esa página en cuestión”. Otra alternativa que señalan los autores referidos es el de las “palabras clave” (keywords), indicando que hay buscadores que no tienen en cuenta como primera opción a los metatag (aunque no los desechan). Por ello es importante también a la hora de posicionar una página el título de la misma. Ahí habrá que colocar las palabras clave (keyword) para facilitar su ubicación en el índice de búsqueda. Hay empresas que se dedican en la propia Internet a realizar estudios sobre las keywords más utilizadas en la red basados éstos en las preferencias de búsqueda de los usuarios a los fines de posicionar mejor a una página específica (ej. utilizar repetidamente la palabra “sexo”).

Por eso se utilizan a menudo nombres convocantes de modelos famosas o de celebridades del mundo artístico, por ejemplo, para promocionar páginas relacionadas con la pornografía (Vaninetti, Gustavo Juan y Vaninetti, Hugo Alfredo, “Los buscadores en Internet. La protección de los derechos personalísimos. Utilización de la medida cautelar innovativa: adecuada pero... ¿suficiente?”, ED, 222-335).

⁴¹ Vaninetti, Hugo Alfredo, “Buscadores en Internet. Tres recientes sentencias que delimitan el alcance de su responsabilidad civil y las dificultades para hacer efectivas medidas judiciales de bloqueo a páginas web. Lo que establece la Declaración Conjunta sobre

Aún autores que consideran que los buscadores no resultan en ningún caso civilmente responsables en casos como éste, ya que operan como simples intermediarios en la información, vinculando contenidos de acuerdo a la búsqueda solicitada por el usuario, reconocen que las imágenes en cuestión pudieron resultar lesivas aún del derecho a la identidad de la actora, en términos de la distorsión entre su imagen y aquella que llevaba a construir la ubicación en los sitios citados, y que el buscador “viene a ser un efectivo facilitador” para aquellos usuarios y autores de los sitios que con toda premeditación desean acercarse a la ilegalidad⁴².

A diferencia de los casos anteriores, en los que el daño ya había sido consumado, en este caso continuaba produciéndose no obstante las medidas cautelares dictadas al inicio del proceso. Ello implicó la necesidad de adoptar medidas para prevenir los daños⁴³ con sustento en el fundamento constitucional de dicha prevención: el imperativo de no dañar reviste rango constitucional (entre otros: art. 19, Ley Suprema), y dicho principio debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención *ex post*), sino de evitación del daño (actuación *ex ante*)⁴⁴.

En virtud de ello, al considerarse sobradamente evidenciado el daño padecido por la accionante en sus derechos humanos y constitucionales, como asimismo las fundadas razones para prever que estos seguirían reiterándose en el futuro en caso de no disponerse lo que, en definitiva, era una tutela inhibitoria, se condenó a las accionadas a eliminar en forma definitiva de sus respectivas páginas de resultados de búsqueda la imagen

Libertad de Expresión e Internet de la ONU al respecto. Necesidad de una regulación legal” E. D. 245-775.

⁴² Rico, Martín, “Los riesgos de aplicar analogías jurídicas para resolver cuestiones tecnológicas: comentarios al fallo “Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/daños y perjuicios””, publicado el 11/11/2009, eDial.com - DC1230.

⁴³ El tema es ampliamente desarrollado en el Considerando XII.- “Tutela judicial efectiva y fundamento constitucional del Derecho de Daños y de su prevención” de la sentencia comentada.

⁴⁴ Zavala de González, Matilde (“Función preventiva de daños”, LA LEY 2011-E, 1116) profundiza en esta cuestión sosteniendo que la prevención constituye función insoslayable de la responsabilidad por daños, continuando su línea de pensamiento ya expresada en cuanto a la función preventiva y su despliegue práctico a través de tutela inhibitoria sustancial y procesal (“Resarcimiento de daños”, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; “Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, p. 417 y ss.; y “La tutela inhibitoria contra daños”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, dirigida por el doctor Atilio Anfbal Alterini; ponencia “La prevención como función de la responsabilidad por daños”, presentada a las XXIII Jornadas de Derecho Civil, Tucumán, 2011).

y/o el nombre de la reclamante vinculados con sitios web de contenido sexual, erótico, pornográfico, de oferta de sexo y similares, con la única excepción de aquellos sitios que correspondieran a ediciones digitales de medios de prensa.

Esta salvedad se fundó en que, si bien en ninguno de los casos específicos que fueron materia de controversia se trató de publicaciones efectuadas por empresas periodísticas, resultaba menester prever tal posibilidad para evitar que se pretendiera conferir a la sentencia alcances indebidos que pudieran importar una violación de la prohibición de la censura previa, en la eventualidad de que al momento de su ejecución se pretendiera hacer valer extensivamente a contenidos que revistieran las características propias de “información”, sea ésta noticia u opinión.

IV. NORMAS INCLUIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Como se señala al inicio del presente trabajo, en esta materia el nuevo régimen legal no sólo ha subsanado una omisión importante, sino que ha elaborado disposiciones acordes a lo que ya era materia de elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

El Capítulo 3 del Libro I legisla conjuntamente los “Derechos y actos personalísimos”. En lo que concierne al tema en análisis, en particular el art. 51 C.C. y C.N. establece en forma genérica el principio de la inviolabilidad de la persona humana, haciendo hincapié en que “en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

En el art. 52 se mencionan con carácter enunciativo distintas formas de afectación de dicha dignidad, incluyéndose la lesión a la “intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad”, agregándose en el mismo texto una fórmula ampliamente abarcativa “o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal”, admitiéndose en forma expresa que la persona afectada podrá reclamar no sólo la reparación de los daños sufridos sino también la prevención, con remisión a lo dispuesto en el Libro Tercero (Derechos personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil).

Dicha remisión abarca, en lo específico del tema en examen, la norma general del art. 1708, que reitera como funciones de la responsabilidad que las disposiciones son aplicables a “la prevención del daño y a su reparación”.

En los artículos siguientes se regula lo relativo a tal función preventiva (en particular, arts. 1710 a 1713)⁴⁵.

Por otra parte, el art. 1738, al establecer los alcances de la indemnización, establece que “comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”, y aclara en forma expresa que “incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”⁴⁶.

Asimismo, el art. 1740, que establece el principio de la reparación plena del daño, precisa que en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede además, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Volviendo al art. 52, resulta razonable concluir de su redacción que claramente diferencia como derechos autónomos la imagen y la identidad (“o”). En el arts. 53 se refiere al consentimiento del titular del derecho a la imagen (incluyendo a la voz de la persona), siguiendo los criterios legales

⁴⁵ Art. 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Art. 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Art. 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Art. 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

⁴⁶ En el Anexo II de la ley 26.994 se establecen modificaciones parciales a otras leyes que se mantienen subsistentes, entre las cuales se consigna que “3.3.- Sustitúyese el artículo 40 bis de la Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, por el siguiente: “Artículo 40 bis.- Daño directo... Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.”

y jurisprudenciales ya consolidados con anterioridad⁴⁷, y en el art. 55 se precisa que el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Finalmente, se han incluido normas específicas relativas al derecho a la identidad. El art. 69, último párrafo, dispone que se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, “el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”.

El art. 595 establece los principios generales en materia de adopción, señalando en el inc. *b*) el respeto por el derecho a la identidad; y en el inc. *e*) el derecho a conocer los orígenes, especificándose en el art. 596 el contenido de estos principios. Así, se dispone que el adoptado tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen, y dispone los modos de ejercicio de este derecho según su edad, estableciendo la necesidad de que el expediente judicial y administrativo contenga la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen⁴⁸.

⁴⁷ Art. 53.- Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

⁴⁸ Art. 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

El segundo párrafo del art.605 dispone que en caso de adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores el adoptado lleva el apellido del adoptante, “excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido”. Similares disposiciones se incluyen en el art. 626 para el caso de adopción plena (inc. c)⁴⁹, en el art. 629 para el caso de revocación de la adopción simple⁵⁰.

En el mismo sentido, de garantizar al máximo el respeto de este derecho, se establece como una de las pautas para la elección de guardador “el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente” (art. 613, párrafo segundo).

El conjunto de disposiciones reseñadas pone en evidencia el particular interés que se ha tenido en regular los derechos personalísimos en el nuevo ordenamiento, y torna –con mayor fundamento aún– aplicables los criterios establecidos en los casos jurisprudenciales analizados.

⁴⁹ “Excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta”.

⁵⁰ Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. “Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo”.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección

GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER

JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA

JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO

MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO

JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina