

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de autor. Derecho a la imagen. Fotografía publicitaria.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Juzgado Nacional en lo Civil N° 41 de la Ciudad de Buenos Aires

FECHA: 28-4-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en formato digital

OTROS DATOS: Expediente 43.472/2006

SUMARIO:

“... se presenta, por apoderado, ... y promueve demanda contra Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. y Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., para obtener el resarcimiento de los daños que dice haber sufrido como consecuencia de las injurias en las que habrían incurrido los demandados. Relata que Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. (en adelante, «Arte Gráfico») es propietaria del diario «Clarín», y que en tal carácter publicó en ese periódico, el día viernes 5 de agosto de 2005, una publicidad comercial relativa al servicio de conexión y acceso a Internet y servicios afines, que ofrece la codemandada Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (en adelante, «PRIMA»), bajo el nombre comercial «Datafull.com». Considera que la mencionada publicidad hace una referencia inequívoca a su persona, y lo injuria gravemente, por relacionarlo con frases tales como «si querés vivir de arriba que no se note», y «huber_rovi@degarron.com.ar».”

[...]

“También señala que los eventuales daños que padece el actor no tienen su causa en la difusión del aviso, sino en el inconsciente colectivo que relaciona su figura con los 10.000.000.- de dólares que le habrían correspondido por la liquidación de su sociedad conyugal con la Sra. ...”.

[...]

“En ese sentido cabe relevar no solo la silueta que puede verse –fumando un puro- al fondo de la imagen, muy parecida a la del Sr. ..., sino también la foto de un polista y un cenicero partido por la mitad (lo que constituye una inequívoca alusión a hechos de público conocimiento en los que habría intervenido el accionante) que se aprecian en primer plano. Por si esto fuera poco, la tarjeta con el nombre «Huberto» y la ficticia dirección de correo electrónico «huber_rovi@degarron.com.ar» dejan en claro que es del actor de quien se trata allí”.

“En puridad, los demandados no solo admiten que la publicidad se refiere al actor, sino que también reconocen que lo presenta como alguien que vive a expensas de los demás (esto es, como un vividor, de acuerdo a la cuarta acepción que da a la palabra el Diccionario de la Real Academia Española). Mal podrían, por otra parte, pretender lo contrario, dado que –más allá de las múltiples referencias visuales que proporciona la publicidad: la postura relajada de quien fuma un habano reclinado en un sillón, y el célebre cenicero- las expresiones «degarrón» y «si te gusta vivir de arriba, que no se note» son suficientemente elocuentes en ese sentido”.

[...]

“... el anuncio ... importa también una reproducción de la imagen del actor, pues aparece allí una silueta algo borrosa, pero de gran parecido con ..., lo cual, asociado al resto de los elementos que presenta la publicidad (el cenicero, la foto de un polista, y nada menos que una tarjeta con su nombre), constituye una inequívoca referencia a la persona del accionante. En otras palabras, aunque la foto de una persona sentada fumando un puro que aparece en el fondo del anuncio no sea “realmente” la del actor, la simple reproducción, en clave caricaturesca, de sus rasgos físicos, rodeada además de otros objetos que se relacionan con él, alcanza sobradamente para enmarcar la cuestión en el ámbito del art. 31 de la ley 11.723”.¹

“Así las cosas, es igualmente claro que la publicación de la imagen en cuestión requería, en los términos de la norma recién mencionada, de la autorización del actor, sin que se advierta, por otra parte, que se configure en la especie alguna de las excepciones previstas en la última parte de esa norma. Dado que en estos autos no sólo no se ha probado la existencia de esa autorización, sino que ni siquiera se ha alegado su existencia, cabe concluir que nos encontramos frente a la violación del derecho a la imagen del Sr. ...”.

[...]

“Ahora bien, en el caso de la lesión de derechos personalísimos -como lo son el honor y la imagen-, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que es dable presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho ...”.

[...]

“Por consiguiente, teniendo en cuenta que en el caso se ha constatado que la publicación del anuncio en cuestión ha afectado el honor y la imagen del actor, así como la magnitud de la probable difusión de esa publicidad ...”.

¹ Ley argentina 11.723 de Propiedad Intelectual: “Artículo 31. El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcando daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y, en general, culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público” (nota del compilador).

COMENTARIO: El asunto que motivó la demanda y generó el fallo que se reseña, estuvo relacionado con un jugador de polo que había estado casado con una conocida presentadora de televisión, quien fue denunciada en su momento por romperle un cenicero en la nariz a su entonces marido y, disuelto el matrimonio, el esposo obtuvo diez millones de dólares en la liquidación de la sociedad conyugal. La vinculación entre ese caso y el derecho de autor está en que los atentados a la imagen y al honor del demandante se expresaron a través de un mensaje publicitario que, en caso de ostentar originalidad, gozaría de protección como creación intelectual. Y con fundamento en esa tutela legal el titular del derecho tendría la facultad de explotar la obra por cualquier procedimiento y en cualquier forma. Pero ese derecho sufre limitaciones cuando su difusión afecta los derechos fundamentales de terceros, como son los ya mencionados derechos a la imagen y al honor de las personas. Esas restricciones son compatibles con lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, por el cual *“las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho”*. Con razón, el Tribunal Supremo español sentenció que *“es cierto que la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística ... y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de su creación (artículo 1), expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...; pero no lo es menos que tal libertad y derecho tienen su límite en el propio artículo 20.4 de la Constitución, cuando dice: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y.... se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» ...²*. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, abril 28 de 2010.-

Y VISTOS: Estos autos, expte. nro. 43.472/2006, caratulado “Roviralta, Huberto c/ Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, para dictar sentencia definitiva, de los que

RESULTA:

Que a fs. 16/27 se presenta, por apoderado, Huberto Roviralta, y promueve demanda contra Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. y Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., para obtener el resarcimiento de los daños que dice haber sufrido como consecuencia de las injurias en las que habrían incurrido los

demandados. Relata que Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. (en adelante, “Arte Gráfico”) es propietaria del diario “Clarín”, y que en tal carácter publicó en ese periódico, el día viernes 5 de agosto de 2005, una publicidad comercial relativa al servicio de conexión y acceso a Internet y servicios afines, que ofrece la codemandada Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. (en adelante, “PRIMA”), bajo el nombre comercial “Datafull.com”. Considera que la mencionada publicidad hace una referencia inequívoca a su persona, y lo injuria gravemente, por relacionarlo con frases tales como “si querés vivir de arriba que no se note”, y “huber rovi@degarron.com.ar”. Dice que él siempre se ha conducido con discreción y austeridad, y que es poco afecto a las demostraciones públicas, y aduce que la mencionada publicidad lo difama, al acusarlo de vividor y mantenido. Añade que también se ha violado su derecho a la imagen y su buen nombre. Considera que PRIMA es responsable

² Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del 29-3-1996.

directa de la publicidad mediante la cual ofrece sus servicios, y que Arte Gráfico debe responder por ser propietaria del diario que publicó el anuncio, y no haber cumplido su deber de control previo a la publicación, a fin de evitar las consecuencias dañosas que ella podía generar. Reclama, pues, la suma de \$ 160.000.- por reparación del daño moral que dice haber sufrido. Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

A fs. 41 el actor limita su reclamo por intereses a los que se devenguen desde la fecha de promoción de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, a fs. 55/77 se presenta, contestándola, Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. Niega los hechos expuestos por el actor. Explica que ella es una empresa que se dedica a la actividad editorial periodística, y que es propietaria y editora, entre otras publicaciones, del diario "Clarín". Dice que la función que, en el caso, cumplió el diario consiste en recibir el aviso y luego publicarlo ajustándose estrictamente al texto ingresado. Afirma que realizar el control personal e individual que pretende el actor resultaría imposible, en atención a la voluminosa cantidad de avisos que son solicitados por día. Añade que el sistema de recepción de avisos es un sistema electrónico que "lee" la transmisión efectuada por las receptorías o los anunciantes directos y el código del rubro, la página o la sección solicitada, para luego ubicarla automáticamente en la página destinada a dicho rubro para su posterior impresión. Sigue diciendo que en el caso de autos recibió el aviso un día antes de la publicación, de parte de Datafull, propiedad de 4K Bytes S.A. La publicación solicitada se transmitió vía módem, lo que tornó imposible su verificación previa. Alega que el espacio publicitario que el actor objeta contiene un aviso solicitado por una persona jurídica que se hace responsable de su contenido, y que no puede hacerse extensiva la responsabilidad al medio que lo transmite. Por otra parte, no existe obligación legal de realizar un previo examen en cuanto a la exactitud o inexactitud de su contenido. Haciendo referencia a la

doctrina "Campillay" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que, en el caso en examen, Arte Gráfico identificó la fuente de información, y que, a todo evento, no habría habido malicia en la propagación de la noticia. Estima que en el caso había un interés público en la difusión del aviso, y que no hay antijuridicidad en su accionar, pues se enmarcó dentro del ejercicio de su derecho. También señala que los eventuales daños que padece el actor no tienen su causa en la difusión del aviso, sino en el inconsciente colectivo que relaciona su figura con los 10.000.000.- de dólares que le habrían correspondido por la liquidación de su sociedad conyugal con la Sra. Susana Giménez. Insiste en que la información brindada en el aviso no pertenece al ámbito privado del actor, quien al hacer de su divorcio un acto público habría consentido que los medios de prensa difundan la información referida a su persona. Realiza diversas consideraciones adicionales referidas al reclamo del actor, ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda.

A fs. 136/148 se presenta Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A., y contesta la demanda. Niega los hechos invocados por el actor, y explica que ella brinda servicios de acceso a Internet bajo distintas tecnologías a través de dos marcas comerciales propias: "Ciudad Internet" y "Datamarkets". Además, es proveedora de otras empresas que pretenden explotar los servicios de acceso o de contenidos en Internet, y más precisamente de 4K Bytes S.A., a quien proporciona la tecnología necesaria para que suministre su servicio de acceso gratuito a Internet denominado "Datafull". Detalla las condiciones de su vinculación comercial con 4K Bytes S.A., entre las cuales destaca que la realización de los diseños publicitarios está a cargo de esta última, y que no existe ningún tipo de asociación entre ellas. Dice también que, en la publicidad cuestionada, 4K Bytes S.A. incluyó a PRIMA, su dirección y su C.U.I.T., para que los usuarios canalizaran las quejas que pudieran tener respecto de problemas técnicos. Es decir que la publicidad en cuestión fue ideada y realizada por 4K Bytes S.A., por quien PRIMA

no debe responder. Pide la citación como tercero de 4K Bytes S.A. Realiza diversas consideraciones adicionales referidas al reclamo del actor, ofrece prueba y pide, en definitiva, el rechazo de la demanda.

A fs. 64 se dispone citar a 4K Bytes S.A. en los términos del art. 94 del CPCCN.

A fs. 182/187 se presenta 4K Bytes S.A. y contesta la citación. Niega los hechos invocados en la demanda, y dice que “Datafull” es la marca de un sitio destacado dentro del amplio espectro que representa Internet. Desarrolla diversos contenidos informativos, culturales, de entretenimiento y de tecnología, dirigidos principalmente al público joven. Ello requiere un lenguaje llano y coloquial, como el que se empleó en la publicidad que cuestiona el actor. Añade que la publicidad no crea ni reinstala, sino que refleja un evento previamente instalado en el mundo social al cual alude para comunicar algo. Insiste en que la realidad que refleja el anuncio no fue creada por ella, sino que se debe a la exposición mediática voluntaria del actor. Invoca la teoría de los actos propios, y señala que el discurso comercial pertenece al género de la libertad de expresión y tiene protección constitucional. Ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda.

A fs. 228 se abrió el presente juicio a prueba. Producidas las que obran agregadas en autos, y presentados los alegatos del actor (fs. 425/427), Arte Gráfico (fs. 428/430), PRIMA (fs. 431/433) y 4K Bytes S.A. (fs. 434/436), se dictó a fs. 447 el llamamiento de autos para dictar sentencia, por resolución que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

I. Que a fin de dirimir la controversia planteada, las pruebas aportadas a estos autos se habrán de analizar de conformidad con las reglas de la sana crítica, limitando su valoración sólo a aquellas que sean esenciales y definitivas para el fallo de la causa y en la medida en que ello sea indispensable a los fines de este pronunciamiento. Pues, como tiene decidido

una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es necesario que los jueces traten o se pronuncien sobre todas las cuestiones propuestas por los litigantes, pues basta con que lo hagan sobre los puntos debatidos en cuanto su solución sea conducente a la decisión del litigio (Fallos, 250:36, entre otros).

II. No es un hecho controvertido en autos que en la edición del diario “Clarín” del día 5 de agosto de 2005 se publicó la publicidad glosada a fs. 443, en la que se hace una inequívoca referencia a la persona del actor. En ese sentido cabe relevar no solo la silueta que puede verse –fumando un puro- al fondo de la imagen, muy parecida a la del Sr. Roviralta, sino también la foto de un polista y un cenicero partido por la mitad (lo que constituye una inequívoca alusión a hechos de público conocimiento en los que habría intervenido el accionante) que se aprecian en primer plano. Por si esto fuera poco, la tarjeta con el nombre “Huberto” y la ficticia dirección de correo electrónico “huber_rovi@degarron.com.ar” dejan en claro que es del actor de quien se trata allí.

En puridad, los demandados no solo admiten que la publicidad se refiere al actor, sino que también reconocen que lo presenta como alguien que vive a expensas de los demás (esto es, como un vividor, de acuerdo a la cuarta acepción que da a la palabra el Diccionario de la Real Academia Española). Mal podrían, por otra parte, pretender lo contrario, dado que –más allá de las múltiples referencias visuales que proporciona la publicidad: la postura relajada de quien fuma un habano reclinado en un sillón, y el célebre cenicero- las expresiones “degarrón” y “si te gusta vivir de arriba, que no se note” son suficientemente elocuentes en ese sentido.

Las divergencias comienzan a la hora de interpretar estos elementos, pues aquí se advierte una postura compartida por las tres codemandadas, que consiste en considerar que el anuncio no haría sino reflejar un punto de vista respecto del Sr. Roviralta que ya se encontraría presente en el cuerpo social, y del

cual el actor sería el único responsable, al haber decidido hacer públicos determinados aspectos de su vida privada.

Dado que este último argumento es –como acabo de decirlo– común a la línea defensiva seguida por las tres demandadas, y sin perjuicio del posterior tratamiento de los otros fundamentos que cada una de ellas ha proporcionado en sustento de su posición, razones de mejor exposición aconsejan principiar el análisis de la causa por este extremo.

III. Como es sabido, el honor, como bien objeto de tutela por medio del derecho personalísimo del mismo nombre, presenta dos facetas diferenciadas: el honor objetivo, que consiste en la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto, y el subjetivo, entendido como el aprecio de la propia dignidad, el juicio que cada cual tiene de sí mismo (Bustamante Alsina, Jorge, “El daño moral por lesiones al honor”, LL, 1996-E-522).

Así las cosas, es claro que, aún cuando hipotéticamente se compartiera la afirmación de las accionadas en el sentido de que la manera en que la publicidad presenta a Roviralta coincide con una representación socialmente instalada, de todos modos debería concluirse que se ha afectado el honor del actor, cuanto más no sea en su faceta subjetiva.

Por lo demás, es evidente que lo que el común de las personas piense o deje de pensar acerca de un personaje público no otorga a nadie un bill de indemnidad para injurarlo gratuitamente. Al haber elegido representar a Roviralta como un vividor, los emisores de la publicidad han hecho suyas las ideas que aquélla traduce, y no pueden ahora pretender escudarse en Jung para atribuir al “inconsciente colectivo” (fs. 65 vta.) la causa de los perjuicios sufridos por el actor.

Finalmente, tampoco puede justificarse la injuria mediante la alegación de una supuesta exposición voluntaria del actor. Es evidente que una cosa es que Roviralta haya hecho públicos

ciertos acontecimientos relacionados con su vida privada, y otra muy distinta que eso autorice a injurarlo tildándolo de vividor. Como lo expondré acabadamente más adelante, lo que está en discusión en el sub lite no es la difusión de ciertos hechos vinculados con el actor (lo que autorizaría el debate acerca de si la exposición pública de Roviralta justificaría o no un avance sobre su esfera de intimidad), sino la de una publicidad que lo presenta como alguien que “vive de arriba” y “de garrón”. Que este proceder pueda estar justificado por el carácter de persona pública del actor es lo que no se llega a comprender, y queda como una afirmación de las demandadas carente de sustento lógico y normativo.

IV. Es claro, entonces, que la publicidad en cuestión ha afectado el honor del actor. A lo que cabe añadir que ella también configura, en mi criterio, una violación del derecho a la imagen (expresamente esgrimido en la demanda), en los términos del art. 31 de la ley 11723.

Me explico. Como he tenido ocasión de señalarlo en otra oportunidad, 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 comercialización (Picasso, Sebastián, “Nuevas fronteras del derecho a la imagen”, JA, 1/6/05, p. 3). Como dice De Vita, rige en esta materia el requisito de la “recognoscibilidad”, en el sentido de que son objeto de la protección los elementos característicos y tipificantes de la persona (De Vita, Anna, en Galgano, Francesco (dir.), Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli Editore-II Foro Italiano, Boloña-Roma, 1988, t. I, p. 525). Por eso el concepto de imagen ha sido extendido por los autores y la jurisprudencia no sólo a la reproducción de la imagen “real”, sino también a la de sólo una parte del cuerpo –en la medida en que permita identificar al sujeto–, así como a los dibujos, caricaturas, etc., que la representen, y aún a su “máscara escénica”

(Conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, LL, 1996-D-136; Villalba, Carlos – Lipszyc, Delia, “Protección de la propia imagen”, LL, 1980-C-819; Villalba Díaz, Federico A., “Aspectos patrimoniales y extramatrimoniales de la propia imagen”, www.justiniano.com, Secc. Doctrina). E incluso se ha decidido en alguna ocasión que también queda abarcada por la protección de la imagen la reproducción de aquellas cosas que se identifican inescindiblemente con la personalidad del titular del derecho. Así ocurrió en el caso del cantante Lucio Dalla, fallado por la Pretura di Roma en el año 1984, en el que se consideró violatoria de su imagen la difusión de diversos avisos publicitarios con la reproducción de la indumentaria habitual de Dalla y sus característicos anteojos (De Vita, *op. cit.*, p. 538/539).

Con razón se ha señalado, en ese sentido: “Cierto es que las normas que tutelan la imagen aluden al ‘retrato’, mas la doctrina y la jurisprudencia son contestes en señalar que tal concepto debe ser interpretado en un sentido amplio, comprensivo de cualquier otra forma de reproducción visual o gráfica, tales como los dibujos, caricaturas, fotoilustraciones, pinturas, muñecos, reproducciones televisivas, entre muchas otras, en tanto sea posible la identificación de la persona” (Hooft, Irene, “La protección de la imagen”, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2006-2-344).

Pues bien, ninguna duda cabe de que, bajo esos parámetros, el anuncio de fs. 443 importa también una reproducción de la imagen del actor, pues aparece allí una silueta algo borrosa, pero de gran parecido con Roviralta, lo cual, asociado al resto de los elementos que presenta la publicidad (el cenicero, la foto de un polista, y nada menos que una tarjeta con su nombre), constituye una inequívoca referencia a la persona del accionante. En otras palabras, aunque la foto de una persona sentada fumando un puro que aparece en el fondo del anuncio no sea “realmente” la del actor, la simple reproducción, en clave caricaturesca, de sus rasgos físicos, rodeada además de otros objetos que se relacionan con

él, alcanza sobradamente para enmarcar la cuestión en el ámbito del art. 31 de la ley 11.723.

Así las cosas, es igualmente claro que la publicación de la imagen en cuestión requería, en los términos de la norma recién mencionada, de la autorización del actor, sin que se advierta, por otra parte, que se configure en la especie alguna de las excepciones previstas en la última parte de esa norma. Dado que en estos autos no sólo no se ha probado la existencia de esa autorización, sino que ni siquiera se ha alegado su existencia, cabe concluir que nos encontramos frente a la violación del derecho a la imagen del Sr. Roviralta.

Tengo por acreditado, en consecuencia, que el anuncio publicitario en cuestión ha importado una vulneración de dos derechos personalísimos del actor: el honor y la imagen. Sin embargo, y dado que, además de la producción de un daño (que debe considerarse *prima facie* antijurídica a tenor del art. 19 de la Constitución Nacional; conf. CSJN, Fallos, 308:1160; 308:1118; 308:1119; 321:487; 327:3753), la existencia del deber de reparar requiere de un factor de atribución de responsabilidad, ello no determina automáticamente la responsabilidad de los aquí demandados, y requiere algunas precisiones adicionales.

V. En ese derrotero, cabe señalar, ante todo, que resulta innegable la responsabilidad de 4K Bytes S.A., en su carácter de titular de la marca “Datafull” (publicitada por medio del aviso en cuestión), y por haber sido quien contrató su publicación en el diario “Clarín”.

Es evidente, en ese sentido, que ha existido un claro propósito de injuriar a Roviralta, al presentarlo conscientemente como un vividor, lo que enmarca la cuestión en el ámbito de los arts. 1072 y 1089 del Código Civil.

Desde luego que en nada altera esta conclusión la circunstancia de que el propósito directo del anuncio haya sido el de publicitar un servicio, pues el medio elegido para lograr esa

finalidad consistió, precisamente, en denostar la figura del accionante. Y es sabido que en el concepto de dolo civil se encuentra incluido el llamado “dolo indirecto”, o “de consecuencias necesarias”, que se configura cuando el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear (ver mi comentario al art. 1072 en Bueres, Alberto J. (dir.) – Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3A, p. 158). En palabras de Aida Kemelmajer de Carlucci: “quien quiere alcanzar un fin, quiere también los medios conocidamente necesarios para ese fin” (comentario al art. 1072 en Belluscio, Augusto C. (dir.) – Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 89).

Más allá de ello, cabe recordar que el argumento central de la defensa de esta codemandada, referido a que la la publicidad no crea ni reinstala, sino que refleja un evento previamente instalado en el mundo social – como lo sería el supuesto carácter de vividor de Roviralta- ha sido ya tratado –y descartado- en el considerando III de este pronunciamiento.

Por último, con ser innegable que el discurso comercial pertenece al género de la libertad de expresión y tiene protección constitucional, también lo es que, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ello significa que no es posible en ese campo la censura previa, pero no importa eximir a quien emite el mensaje de responsabilidades ulteriores, en caso de que haya incurrido en un ilícito civil o penal (Fallos, 306:1892, entre muchos otros).

Por consiguiente, la condena a reparar los daños sufridos por el actor alcanzará a 4K Bytes S.A., en los términos del art. 96 in fine del CPCCN.

VI. En cuanto a Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., debe responder en tanto propietaria del

diario “Clarín”, que publicó el anuncio en cuestión. Cabe destacar, al respecto, que esta codemandada ha reconocido expresamente que no controló el contenido del anuncio, que fue transmitido por medio de un módem y asignado a una página del diario mediante un mecanismo automático. Ello evidencia una manifiesta negligencia en su proceder que la hace responsable de los daños sufridos por el actor, en los términos del art. 1109 del Código Civil.

Es que no es exacto que, como lo sostiene Arte Gráfico, no existiera ningún deber legal de controlar el contenido de la publicación. Por el contrario, ese deber se desprende del de comportarse con diligencia, en los términos de la norma citada, máxime teniendo en cuenta el carácter de profesional de la demandada (arg. art. 902 del Código civil) y la potencialidad dañosa de las eventuales publicaciones lesivas del honor, la imagen y la intimidad de las personas, en un diario de la importancia y la tirada del diario “Clarín”. Todas esas circunstancias imponían, por consiguiente, una mínima diligencia en el control de los anuncios que se publican en el periódico de propiedad de la aquí demandada, que claramente estuvo ausente en el caso.

De más está decir que el hecho de que haya muchos anuncios tampoco liberaba a Arte Gráfico de efectuar los controles pertinentes: mal puede publicar avisos pagos en un periódico, obteniendo con ello un lucro, pero pretender desentenderse luego de su contenido con la excusa de que no puede controlarlos a todos.

Sobre el punto es pertinente señalar que, si la jurisprudencia ha considerado que el periódico tiene un deber de contralor respecto de las noticias de carácter injurioso y difamante para terceros relativas a hechos de interés público (CSJN, Fallos, 326:4285), con mucha mayor razón lo tendrá en lo atinente al contenido de avisos publicitarios que carecen de toda relevancia pública.

Es esta la oportunidad de despejar algunos equívocos que se evidencian en la

argumentación desarrollada por esta parte en su contestación de demanda, donde se trae a colación la doctrina “Campillay” y la de la “real malicia”. Estos standards elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultan aplicables frente a la difusión por la prensa de informaciones inexactas. En tales casos, el medio de prensa sólo responde si no cumplió con las pautas sentadas en “Campillay” (Fallos, 308:789), es decir, si no individualizó la fuente de la noticia, no usó un modo de verbo potencial, o no dejó en reserva la identidad de los involucrados. Asimismo, si la información se refiere a funcionarios públicos o figuras públicas, se requiere, adicionalmente, que medie “real malicia” del medio de prensa (Fallos, 319:3418).

En el sub lite, sin embargo, no nos encontramos frente a una noticia inexacta. El aviso publicitario que el actor cuestiona no informa algo relativo a la persona de Roviralta, no afirma hechos inexactos, sino que expresa un juicio de valor. Por consiguiente, no resultan de aplicación en esta causa los standards jurisprudenciales antes reseñados, que se refieren, como queda dicho, a la divulgación de noticias inexactas.

Por otra parte, tampoco se advierte en la especie la presencia de un interés público que justifique una protección atenuada del honor. Que el señor Roviralta sea o no un vividor es una circunstancia que carece de relevancia social o polícita, por más que se trate de un personaje conocido y que haya ventilado públicamente algunos aspectos de su vida privada. A todo evento, cabe recordar que, incluso en el caso de opiniones referidas a temas de interés general, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el principio según el cual ellas no pueden comprometer la responsabilidad civil de quien las formula no se aplica en el caso de “otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caer en la categoría de ‘insulto’” (Fallos, 331:1530, considerando 9 del voto de la mayoría). Como se echa de ver, se trata precisamente del caso

de autos, donde el mensaje publicitario que el actor cuestiona lo tilda explícitamente de alguien a quien le gusta “vivir de arriba” y “de garrón”.

Adicionalmente, corresponde subrayar que, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, el hecho de que una publicación tenga –como en el caso de autos– un tinte humorístico no excusa la responsabilidad en que puedan incurrir quienes la realizan, por las expresiones agraviantes o injuriosas que contenga (CNCom., Sala B, 28/3/2001, “Chilavert González, José L. F. c/ Ediciones La urraca S.A. y otros”, JA, 6/2/2002, p. 50; CNCiv., Sala H, 5/6/2008, “G., J. C. c/ Arte Radio Televisivo Argentino S. A. y otros”, El Dial, AA4A69).

Por último, es pertinente poner de resalto que, si los referidos standards de protección atenuada del honor no se aplican a la injuria inferida al actor en el caso de autos, mucho menos son viables en materia de violación del derecho a la imagen, en la que basta la constatación de que ella fue publicada sin consentimiento del damnificado y no se dan las excepciones que contempla el último párrafo del art. 31 de la ley 11.723. Como ya lo expliqué, la categoría de la “real malicia” y la doctrina “Campillay” únicamente se aplican frente a noticias inexactas que puedan lesionar el honor de las personas, lo que nada tiene que ver con la difusión de imágenes, que se rige por un régimen distinto.

Por tales motivos, la demanda prosperará también contra la codemandada Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.

VII. Distinta será la solución respecto de la restante codemandada, PRIMA.

En efecto, en la demanda se fundó la procedencia de la acción en su contra en su supuesto carácter de titular del servicio de conexión y acceso a Internet publicitado mediante el anuncio de fs. 443, bajo el nombre comercial “Datafull.com”. Sin embargo, al contestar la demanda, PRIMA negó esa afirmación, y dijo que solo es proveedora de la

tecnología necesaria para que 4K Bytes S.A. explote su servicio de acceso gratuito a Internet denominado "Datafull", y que la titularidad de esa marca corresponde a esta última codemandada, quien sería, además, quien contrató la publicación del anuncio. Añadió que la inclusión de su nombre, su dirección y su C.U.I.T. en el anuncio tenía por único fin que los usuarios canalizaran las quejas que pudieran tener respecto de problemas técnicos.

Frente a esa negativa, correspondía a la actor acreditar los extremos invocados en su demanda, y en particular, la existencia de algún factor de atribución de responsabilidad que permitiera imputar a PRIMA responsabilidad por el anuncio en cuestión (art. 377, CPCCN). No solo no lo hizo, sino que, adicionalmente, las codemandadas coinciden en atribuir a 4K Bytes S.A. la titularidad de la marca "Datafull" y el carácter de único contratante de la publicación de la publicidad cuestionada.

Por consiguiente, habré de rechazar la demanda respecto de Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. Las costas se impondrán en el orden causado, en atención a que la inclusión de los datos de esa codemandada en el anuncio pudo inducir a error al actor acerca del verdadero titular de la marca "Datafull" y del servicio que se publicitaba (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

VIII. El accionante solicita en su escrito de inicio que se condene a los demandados a pagarle un monto de \$ 160.000.- en concepto de daño moral.

Ante todo, creo pertinente poner de resalto que comparto la posición de quienes sostienen que, por aplicación de la regla que emana del art. 377 del CPCCN, la prueba de la existencia y la magnitud del daño moral recae sobre el actor. Sin embargo, es claro que, por su naturaleza misma, será muchas veces difícil aportar prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor, en esta materia, a las presunciones judiciales (Conf. Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 625/627).

Ahora bien, en el caso de la lesión de derechos personalísimos -como lo son el honor y la imagen-, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que es dable presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho (CNCiv., Sala J, 19/2/1999, "S., D. E. c/ Dantas, teresa G.", LL, 2000-A-325; Idem., Sala I, 2/11/1997, "H. M I c/ Industrias Electrodomésticas Saba S.A.", LL, 1998-C-506; Idem., Sala L, 31/3/2009, "S., M. G. y otro c/ D., H. H.", LL, 20/10/2009, p. 4).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que en el caso se ha constatado que la publicación del anuncio en cuestión ha afectado el honor y la imagen del actor, así como la magnitud de la probable difusión de esa publicidad (ver al respecto el informe de fs. 314/316), estimo pertinente fijar el importe respectivo en la suma de \$ 40.000.- (art. 165, CPCCN).

Por todo lo expuesto,

FALLO:

1) Haciendo lugar a la demanda entablada por Huberto Roviralta contra Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., y en consecuencia condeno a esta última a abonar al actor la suma de \$ 40.000.- (pesos cuarenta mil) dentro de los diez días de quedar firme y aprobada la liquidación que habrá de practicarse en autos. La condena será también ejecutable contra 4K Bytes S.A., en los términos del art. 96 in fine del CPCCN.

La suma mencionada llevará intereses, que serán calculados desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, tal como lo establece la decisión plenaria recaída in re "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", con fecha 20 de abril de 2009.

Las costas se imponen a los vencidos, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCCN).



2) *Rechazando la demanda respecto de Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. Costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).*

3) *Difiriendo la regulación de honorarios para el momento en que exista en autos liquidación definitiva.*

Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente archívense las presentes actuaciones.