

“VI TU FOTO EN EL DIARIO. ESTABAS DESNUDO”

¿Qué debe prevalecer: la libertad de prensa o los derechos a la honra y la intimidad?

Grande fue la sorpresa de Mario cuando un domingo de enero de 2018, sonó su teléfono y una amiga le preguntó si había visto los diarios, porque en al menos uno, él aparecía fotografiado de cuerpo entero y *totalmente desnudo*.

Enseguida se preguntó si la foto sería de frente, de perfil o de espaldas. Cada alternativa planteaba, seguramente, diferentes posibilidades para su autoestima.

Luego de abalanzarse sobre el quiosco más cercano para comprar las publicaciones del día y hacer la evaluación del daño, Mario descubrió que su foto, tal como llegó al mundo (aunque con algunos años más) sólo había aparecido en la versión impresa de *Tiempo Argentino*. Otras dos aparecieron en la página *web* del diario. En los tres casos, con el nombre del fotógrafo al pie.

Al hacer memoria sobre lo ocurrido, recordó que en enero de 2018 había visitado Palos Verdes, un “parque naturista” de seis hectáreas cerca de Buenos Aires, donde se permitía la práctica del nudismo. A la hora del almuerzo aparecieron dos periodistas para hacer una nota, a los que se les advirtió que no tomaran fotografías.

Pero no sabemos si por la vocación periodística de los visitantes o la atlética espectacularidad de Mario, hubo fotos y fueron publicadas.

Mario habló con su abogado e inició pleito contra la empresa editora y los fotógrafos.

En su demanda dijo que, a partir de aquel domingo, “se sintió avergonzado y humillado con respecto de todos aquellos que lo conocían y pudieron ver las imágenes obtenidas sin autorización ni consentimiento alguno de su parte. Al ser publicadas y divulgadas fotografías de su persona desnudo, existió una violación a la imagen afectando su intimidad, honra y reputación habiendo reproducido sin autorización ni consentimiento alguno, su desnudez sin que se tratara de un acto público ni el ejercicio regular de informar ni interés científico, cultural o educacional primario en su divulgación”. (Los gerundios no nos pertenecen).

Mario dijo también que ello le produjo “una *profunda* angustia e impotencia y que dicha situación traumática generada por la mentada publicación de fotos íntimas, produjo un *profundo* malestar y angustia por la ofensa a su honor y dignidad”, lo que lo llevó a reclamar. (Rica adjetivación).

El diario y los fotógrafos dijeron que “no había habido una publicación de datos falsos –y ni siquiera de comentarios satíricos o ridiculización en las imágenes– que pudieran afectar la honra o la reputación [de Mario]” y que “la nota se trataba de información periodística sobre una situación de interés general, y por tanto, no afectaba los derechos” enunciados en la demanda.

Según el diario “si bien la conformidad [de Mario] no se obtuvo por escrito, existió, tal como surge de las constancias aportadas y de las secuencias fotográficas”. Además, “el hecho de practicar nudismo en un predio privado no puede considerarse como parte de la vida íntima”. También dijo que se trató de un evento desarrollado en público y que en la nota no incluyó información falsa ni agravante; que los entrevistados “expresaron su conformidad con el hecho de ser retratados y hasta posaron”; que no se retrató a nadie que hubiera manifestado su incomodidad con la fotografía y que nadie tampoco pidió que se elimine foto alguna en la que hubiera aparecido”.

Algo salió mal: en octubre de 2021 la demanda fue rechazada. El juez sostuvo que no había mediado “obrar antijurídico”, pues las fotografías habían merecido su consentimiento tácito, fueron obtenidas en un espacio abierto a terceros y no fueron utilizadas para avasallar su intimidad, sino publicadas en el marco de un artículo de interés cultural que buscaba informar sobre las prácticas nudistas que se pueden llevar a cabo en el país. Mario entonces apeló.

La Cámara¹ reseñó el marco jurídico aplicable al caso, que involucra tanto el derecho a la libertad de expresión por un lado (ejer-

¹ In re “N., M. c. Cooperativa de Trabajo Por Más Tiempo Ltda.”, exp. 59571/2018; CNCiv (J), 4 abril 2022; *ElDial.com* XXV:5939, 6 mayo 2022; AACB63.

cido por *Tiempo Argentino* y sus periodistas) y, por el otro, los derechos de Mario a su honra, intimidad y su propia imagen .

El tribunal recalcó la jerarquía constitucional del derecho a la libertad de expresión y recordó los numerosos fallos de la Corte Suprema en los que se califica de “función primordial” la que cumple el periodismo en toda sociedad moderna, “lo que supone que ha de actuar con la más amplia libertad”.

Recordó que “sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal, [pues] la libertad de expresión tiene un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales en razón de su centralidad para el mantenimiento de una república democrática”.

Citó también “la consolidada doctrina tutelar de la Corte del ejercicio de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público” que brinda “una protección intensa a la libertad de expresión y que resguarda un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto”².

“La libertad de expresión” agregó “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”, puesto que es necesaria para preservar la vigencia de la estructura democrática constitucional que permite el desenvolvimiento de sus contenidos axiológicos humanistas”.

Pero nada de eso justifica que la libertad de expresión “constituya una causa de justifi-

² Nos hemos referido varias veces a estos antecedentes de la Corte Suprema: véase entre otros “Una noticia ‘trucha’ y su fuente”, *Dos Minutos de Doctrina* XVII:838, 13 diciembre 2019.

cación de todo tipo de publicaciones”. Por eso pueden tener prioridad sobre ella “otros derechos de la persona contra actos, expresiones o imágenes éticamente degradantes que hayan sido publicados y que afecten su dignidad”.

La Cámara entendió que este caso se centraba en un presunto “ejercicio abusivo de la potestad de informar”, porque un medio periodístico habría excedido los límites que la ley prevé para que el ejercicio de la libertad de expresión “resulte razonable”.

En resumen, “la cuestión a dilucidar no era otra que la contraposición entre la libertad de expresión como premisa jurídica angular del Estado constitucional de derecho, frente al derecho a la imagen y a la intimidad consagrados en la Constitución Nacional y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En definitiva, se trata de examinar si la publicación vulnera el derecho a la honra y reputación, intimidad y/o a la imagen y si la conducta [del diario] es susceptible o no de reproche”.

Los jueces analizaron primero el posible derecho de Mario a su honra y reputación. Dijeron que en el caso, “sin necesidad de entrar a profundizar en el tema, pues tampoco fue debidamente argumentado más allá de una escueta mención”, como la nota periodística *no estaba acompañada de ninguna afirmación, imputación o comentario que pueda resultar injuriosa o agravante respecto al honor* [de Mario] y el objeto de la demanda estaba limitado al uso de su imagen captada en el parque Palos Verdes y difundida luego en *Tiempo Argentino*, entendieron que “no se había configurado daño alguno” *porque no se había lesionado ese derecho* al no existir “un ataque a la honra y reputación”.

El tribunal luego analizó la posible violación del derecho a la intimidad, que “en

relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida 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 las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo” y que “comprende no sólo a la esfera doméstica y al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”.

El tribunal dejó en claro que “nadie puede inmiscuirse en la *vida privada* de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento o el de sus parientes autorizados para ello y *sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen*”.

A su vez, la *vida privada* “es el conjunto de datos, hechos o situaciones, desconocidos por la comunidad y reservados al conocimiento bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas” y se entiende por violación de la intimidad “a cualquier forma de perturbación arbitraria de los sentimientos aunque provenga de la difusión o atribución de hechos o circunstancias falsos o erróneos”.

“La intrusión o injerencia [en la vida privada] escudriña o espía hechos, situaciones, costumbres, etc, cuya difusión –a diferencia de la injuria o la calumnia– no constituyen formalmente difamación; por el contrario, muestran *per se* un abuso en el ejercicio de la libertad de prensa, y por hipótesis, revelan hechos o situaciones que, pudiendo ser

verdaderos, lesionan el ámbito de intimidad de la vida privada que preserva la Constitución”.

“Esa intromisión sólo puede considerarse justificada cuando se trata de cuestiones vinculadas al interés general y siempre que puedan contribuir a la formación de la opinión pública; de lo contrario, cualquier afectación a la privacidad debe ser considerada abusiva, sin importar al efecto la veracidad o no de lo difundido puesto que *si se afecta la intimidad de una persona, ningún interés público puede, salvo casos excepcionales, justificar la información*”.

Para el tribunal, la circunstancia de que las fotos se hubieran tomado “en un parque naturista, de acceso al público, en nada obsta a la preservación del derecho a la intimidad [de Mario]. En principio, al parque naturista, donde fueron obtenidas las imágenes, su propio destino le otorga un ámbito de privacidad que merece protección a los efectos de no vulnerar [la inviolabilidad de la persona humana]”.

El tribunal entendió que “aun cuando pueda discutirse si se encuentra efectivamente afectado el derecho a la privacidad y se considere que si la persona expone su intimidad, exhibiéndose sin ropa, renuncia tácitamente a ella”, no tenía dudas de que se había vulnerado el derecho de Mario a su propia imagen.

Ese derecho a la imagen “protege de las agresiones a la integridad espiritual de la persona, con el objeto de impedir el avasallamiento de la manifestación externa o visible de la personalidad humana en cualquiera de sus formas (reproducción o captación de alguna parte del cuerpo, de la voz, de los gestos, utilizando para ello cualquier medio como fotografía, escultura, imitación, filmación, grabación, etc.)”.

Este derecho permite “impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”.

El tribunal añadió que “la Constitución [...] no solo ampara el respeto de las acciones realizadas en privado, sino también el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”.

Según el Código Civil y Comercial, “para captar o reproducir la imagen [...] de una persona [...] es necesario su consentimiento”. En este caso, para tomar las fotografías “debió necesariamente requerirse el consentimiento de [Mario] o probar que se configuraba alguna de las excepciones previstas en ese Código”.

Con apoyo en sentencias dictadas en casos similares en España, la Cámara dijo que “la confianza en que su libertad será respetada permite al nudista desarrollar actividades que considera oportunas en la forma que cree más adecuada, configurando así un ám-

bito de privacidad legítimo dentro del cual, puede perfectamente decidir si autoriza o no la obtención o la reproducción de su imagen".

En uno de esos casos se sostuvo que "quien se pasea por una playa desnudo renuncia ciertamente a un ámbito de su intimidad, pero tiene derecho a impedir que su imagen sea reproducida en un medio de difusión".

Por eso, "quien pasea, se exhibe o toma el sol desnudo en la playa, aunque sepa que hay reporteros elaborando un artículo periodístico y tomando fotos, no otorga consentimiento tácito ni presunto".

La pregunta que a continuación respondió el tribunal fue si había habido o no consentimiento o algún eximente para no pedirlo.

El tribunal recurrió otra vez al Código Civil y Comercial: "el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos [...] no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable". Y según agregó la Cámara, "tampoco debe entenderse que el mismo lo sea de manera ilimitada" pues "el consentimiento no autoriza cualquier publicación".

Por consiguiente, si el demandante desconoce haber otorgado su consentimiento, debe ser el demandado (*Tiempo argentino*, en el caso) quien demuestre que aquél lo otorgó "a los fines específicos de que se trata".

Para eximir de responsabilidad a un medio periodístico, "no basta con acreditar que una persona expresó su voluntad de ser fotografiada, sino que es necesario que exista una razonable relación entre el consentimiento prestado, la imagen publicada y el medio por el que se realiza la difusión".

El consentimiento, como no se presume, "debe ser otorgado en términos claros, ine-

quívocos y específicos, dada la entidad del objeto del acto jurídico que implica".

En el caso de Mario, "aun cuando se pueda presumir que la fotografía fue tomada a pocos metros de donde [él] se encontraba, ello no prueba por sí solo el consentimiento; mucho menos autoriza su difusión ni tampoco permite que la fotografía sea publicada sin ningún tipo de protección que impida la identificación de la persona".

Al no presumirse el consentimiento, agregó el tribunal, "su existencia debe probarse de modo fehaciente para evitar las reclamaciones del titular de la imagen".

Como en el caso, el consentimiento no fue probado "y no puede presumirse", la Cámara reiteró que "el centro del debate giraba en torno al medular aspecto de la existencia o no de consentimiento".

Si bien el diario sostuvo "que hubo conformidad del actor para la obtención de las imágenes y que, si bien no se obtuvo por escrito, el mismo existió atento a las secuencias fotográficas aportadas", la Cámara dijo que "la serie de conductas positivas [de Mario]" no evidenciaron su conformidad a ser retratado.

Para el tribunal, "el carácter expreso y específico del consentimiento a la difusión de la imagen hace muy restringida o casi mínima la posibilidad de una autorización implícita".

En síntesis "se requiere conformidad para la captación de la imagen, que no necesariamente supone su publicación, y también se requiere el consentimiento respecto a la imagen misma publicada, a la oportunidad y el contexto de su publicación, en general la forma de la misma, e inclusive respecto del medio empleado para efectuar la publicación o difusión".

Además, “una autorización anterior no necesariamente comprende una difusión posterior, o que la que se haga para un destino autorice otro distinto”.

Para los jueces, *Tiempo argentino* “no logró probar cabalmente el consentimiento [de Mario] para la captación y publicación de su imagen”.

Pero ¿se configuró alguna de las tres excepciones que permiten la publicación de la imagen sin consentimiento de su titular?

La primera de ellas (que la persona participe en actos públicos) no aplicaba, pues “la sola circunstancia de que una fotografía haya sido tomada en público no la convierte en lícita, ni autoriza su difusión de manera irrestricta, pues debe tenerse en cuenta la finalidad y el marco de captación para establecer los límites. [...] Debe existir una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés público, puesto que el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada”.

“Para que no se requiera el consentimiento del titular del derecho, la captación de la imagen debe estar referida a facetas vitales que la persona despliega como integrante de la sociedad y a las cuales puede conectarse un razonable interés informativo de relieve comunitario”, ya que “no cualquier hecho desarrollado en público convierte en lícita la reproducción de una imagen debiendo tenerse en cuenta también la finalidad y marco de la toma para establecer los límites”³.

Para los jueces, “la trascendencia de la nota no autorizaba de por sí la publicación de la foto del actor sin ningún tipo de protección (ver pixelado, difuminación, franja negra,

etc.), ya que no hacía a lo esencial de aquélla”.

La segunda (que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario), y que “consiste en exponer con finalidades específicas la imagen de una persona para fines superiores como actividad académica, artística, pedagógica” no existió, pues el Código exige “que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”.

Tampoco era aplicable la tercera excepción (que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general) pues “dicho interés es aquel que concierne a cuestiones que trascienden el marco natural de la causa, los intereses de las partes y compromete o afecta a la comunidad toda”. Además, “debe haber relación directa entre la imagen de la persona, los hechos de interés público y el derecho de la comunidad a ser informada”.

El tribunal consideró válido distinguir entre el “interés público” (visión normativa sobre qué debe ser relevante para el debate público) y el “interés del público”, que muchas veces es el resultado del morbo o la mera curiosidad, “en algunos casos construida por circunstancias efímeras pero no por ello menos resonantes, con clara afectación a los derechos de las personas involucradas. La primacía del interés general se decide desde una perspectiva objetiva, por los valores que implica para la comunidad, y no porque, simplemente, sea fruto de la curiosidad del público. Por ello, se exige la mediación de un sano interés público”.

Por eso, “sólo cuando en el caso concreto exista un interés público prevaleciente, podrá considerarse justificada la intromisión en la intimidad por los medios de prensa y regular, en consecuencia, el derecho a infor-

³ Véase “Vi tu foto en el diario. ¡No sabía que eras barrabrava”, *Dos Minutos de Doctrina*, XIX:1015, 11 febrero 2022.

mar. Pero la carga de la prueba de dicha circunstancia debe pesar, primordialmente, sobre el medio, dado el carácter excepcional que debe asumir este tipo de intrusiones”.

Para el tribunal, “en el caso, la presencia de [Mario] en el parque naturista, donde se permitía la práctica del nudismo, sin perjuicio del interés periodístico sobre el tema invocado por la demandada, de ningún modo validó la inclusión de su imagen sin adoptar precaución alguna, al no haber mediado consentimiento expreso para su publicación. [...] No se advierten ciertamente razones en las argumentaciones de [*Tiempo argentino*] que permitan considerar que la publicación de las fotografías responda a las necesidades de un “interés público” que justifique la publicación de la manera en que fue realizada”.

Para el tribunal, “la divulgación de la imagen [de Mario] claramente distinguible e identificable, se trató de una intromisión arbitraria en los derechos de la personalidad, que excedió el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”.

“La misma cobertura periodística se pudo haber realizado sin que las personas que allí se hallaban pudieran ser individualizadas, y adoptando todas las precauciones necesarias para no violentar sus derechos”.

Aplicando un criterio estricto, el tribunal entendió que “aún en el caso de considerar que [Mario] se hubiese prestado a fotografiarse, ello no implicaba una autorización para la divulgación de su imagen –y menos aún en las condiciones en que fue exhibida, que permitió su individualización con toda nitidez y sin dificultades”.

Por consiguiente el tribunal resolvió que la reproducción de las fotos sin autorización, al no ser aplicables las excepciones que prevé la ley, y sin ningún tipo de edición que impidiera el reconocimiento de la persona fotografiada “importó una violación ilegítima al derecho a la imagen que tiene base en la Constitución”, por lo que los demandados fueron considerados responsables del daño sufrido por Mario y de su reparación.

La Cámara incurrió en algunas contradicciones en la sentencia (pues a veces se refirió a una indemnización de trescientos mil pesos y otra a una de quinientos mil) e hizo largas disquisiciones acerca del daño moral, pero finalmente acordó revocar la sentencia de primera instancia y otorgar esa primera suma a Mario en concepto de indemnización “por las inquietudes, zozobras y aflicciones que, más que presumiblemente le causó la publicación periodística realizada por la demandada”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**