

Suprema Corte:

—I—

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado a Arte Gráfico Editorial Argentino SA y a 4K Bytes SA a pagar la suma de \$ 40.000, más intereses, en concepto de daños y perjuicios causados a Huberto Roviralta por la publicación de un aviso comercial (fs. 514/520). A su vez, confirmó la decisión en cuanto había rechazado el reclamo dirigido contra Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA.

El *a quo* expuso que el 5 de agosto de 2005 Arte Gráfico Editorial Argentino SA, propietaria y editora del diario Clarín, había publicado un anuncio comercial referente al servicio de acceso a internet de la marca Datafull, perteneciente a 4K Bytes SA. Afirmó que las imágenes —un cenicero partido y un sujeto de postura relajada reclinado en un sillón y fumando un habano— y las expresiones del aviso —“degarron” y “si te gusta vivir de arriba, que no se note”— hacen referencia inequívoca a Huberto Roviralta.

Concluyó que la publicidad vulnera el derecho a la imagen y al honor del actor en tanto lo presenta como alguien que vive a expensas de los demás. En este sentido, rechazó la defensa de Arte Gráfico Editorial Argentino SA, según la cual esa caracterización del actor no era novedosa, sino que era una representación instalada en la sociedad. Al respecto, puntualizó que aquello que el común de la gente piensa sobre una personalidad pública no otorga un derecho a injuriarla en forma gratuita.

Aseveró que 4K Bytes SA, en su carácter de titular de Datafull y comitente de la publicidad y en los términos del artículo 1072 del Código Civil, y Arte

Gráfico Editorial Argentino SA, en su condición de propietaria y editora del diario y en los términos del artículo 1109 de ese código, deben responder por los daños causados al accionante. En particular, indicó que esta última al decidir publicar un anuncio tiene el deber de controlar que no cause daños a terceros, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una actividad lucrativa, y la importancia y el alcance del diario Clarín.

Con relación a las defensas de Arte Gráfico Editorial Argentino SA fundadas en el derecho a la libertad de expresión, consideró que la publicidad no tiene por fin transmitir ideas, opiniones o noticias, sino proponer una transacción comercial. Sostuvo que ese tipo de expresiones tienen una protección constitucional menor que no impide imponer al órgano periodístico un deber de control a fin de evitar afectaciones ostensibles y evidentes a terceros. Asimismo, descartó la aplicación de las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” en tanto entendió que sólo aplican a informaciones falsas o inexactas y que en este caso la publicidad realiza una valoración moral del actor.

–II–

Contra dicho pronunciamiento, Arte Gráfico Editorial Argentino SA interpuso un recurso extraordinario (fs. 527/536), que fue concedido en atención a la existencia de una cuestión federal (fs. 552).

La recurrente alega que la sentencia apelada restringe el derecho a difundir publicidades comerciales solicitadas por terceros. Por un lado, manifiesta que no se violó el derecho al honor y a la imagen de Huberto Roviralta. Por el otro, sostiene que no tiene responsabilidad ya que 4K Bytes SA fue quien ideó la campaña publicitaria y solicitó su publicación. Enfatiza que no tiene un deber de controlar el contenido de las publicidades. Relata que se limita a exteriorizar los anuncios que son

transmitidos por un módem por los solicitantes y que, mediante un mecanismo automático, son asignados a una página del diario.

Asimismo, indica que el *a quo* no tiene en cuenta la importancia de la venta de avisos publicitarios, que constituye una de las principales fuentes de financiación del diario, para el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de prensa. En este marco, arguye que la condena pone en peligro aquel derecho y constituye una censura indirecta.

–III–

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, pues controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que garantizan la libertad de expresión (arts. 14 y 32, Constitución Nacional) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la demandada fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

–IV–

No se encuentra aquí controvertido que el 5 de agosto de 2005 el diario Clarín, a pedido de 4K Bytes SA, difundió una publicidad comercial relativa al servicio de acceso a internet de la marca Datafull. El anuncio muestra a un hombre sentado en un sillón con los pies sobre un escritorio fumando un habano. En el escritorio hay un portarretratos con la fotografía de un jugador de polo y un cenicero roto. Por último, en la imagen figura una tarjeta en la que se lee el nombre “Huberto”, así como las leyendas “huber_rovi@degarrón.com.ar” y “si te gusta vivir de arriba, que no se note”. Tampoco es cuestionado en esta instancia extraordinaria que esas representaciones gráficas y expresiones hacen referencia al actor, quien no autorizó ni consintió el anuncio ni la utilización de su imagen.

En estas circunstancias, la primera cuestión planteada por Arte Gráfico Editorial Argentino SA es que el anuncio publicitario no causa un daño al derecho al honor y a la imagen del actor, sino que configura un ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

A los efectos de resolver esa controversia, cabe destacar que el discurso involucrado en las presentes actuaciones tiene fines eminentemente comerciales puesto que tiene por objeto central proponer una transacción mercantil.

Esta Procuración General en el dictamen del caso S.C. E. 112, L. XLVIII, “Editorial Río Negro SA c/ EN – Ley 26.364 – Dto. 936/11 s/ amparo”, emitido el 3 de febrero de 2014, sostuvo que el discurso comercial difiere de aquél al que la Corte Suprema de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos le han reconocido una protección especialmente amplia (por ejemplo, Fallos: 310:508; 331:162 y 1530; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004; y “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia del 27 de enero de 2009). A diferencia del discurso sobre asuntos de interés público, el comercial, si bien brinda información que puede ser relevante para la toma de decisiones, no constituye en sí mismo una forma de participación democrática. Esto determina que el discurso comercial goza de un nivel menor de protección constitucional.

En este contexto normativo, y de conformidad con lo resuelto por las instancias anteriores, opino que el anuncio comercial vulneró el derecho al honor del actor. En efecto, la publicidad utilizó frases peyorativas y, por lo tanto, injuriantes —“huber_rovi@degarrón.com.ar” y “si te gusta vivir de arriba, que no se note”— a fin de proponer una transacción comercial y, en definitiva, satisfacer intereses principalmente económicos del emisor y de su audiencia. Esos intereses, a diferencia de los que subyacen en el discurso sobre temas de interés público, no tienen

entidad suficiente como para imponerle al actor que tolere expresiones difamatorias a su persona.

Luego, en cuanto al derecho a la imagen, la Corte Suprema recordó en el precedente registrado en Fallos 335:2090 que la ley 11.723 prohíbe la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, y ello sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (en igual sentido, dictamen de la Procuración General de la Nación, en los autos S.C. H. 18, L. XL, “Herrera, Ramón Santiago c/ SA La Nación”, emitido el 26 de junio de 2006). En el *sub lite*, el anuncio con fines eminentemente comerciales no encierra un interés general social que justifique la utilización de la imagen del actor —a la que alude en forma inequívoca la publicidad—.

Para más, con relación a la utilización mercantil de la imagen de figuras públicas, el Tribunal Supremo de España apuntó que “el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [...] pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales [...] ello cabe sostenerlo con mayor fuerza aún cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene un carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión” (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n° 776/1996 del 3 de octubre de 1996).

De acuerdo con ello, independientemente de que el actor sea un personaje público cuya vida privada fue expuesta en los medios de comunicación, Datafull explotó su imagen sin su autorización con fines comerciales y sin acreditar un interés general que justifique esa utilización. Ello implicó una violación de los derechos constitucionales del actor.

En suma, el anuncio publicitario vulnera el derecho al honor y a la propia imagen del actor (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 12, Declaración Universal de Derechos Humanos) y no puede ser entendido como un ejercicio legítimo del derecho a publicar expresiones con fines comerciales.

–V–

La segunda cuestión planteada por Arte Gráfico Editorial Argentino SA es que, en su carácter de propietaria y editora del medio gráfico, no es responsable por los daños causados por el anuncio comercial elaborado por terceros y utilizado en beneficio de la empresa publicitada. En esencia, su defensa se centra en su ajenidad con el anuncio.

En este sentido, cabe tener en cuenta que la empresa demandada financia, en parte, su actividad periodística a través de la comercialización de los espacios publicitarios, por lo que la imposición de obligaciones desproporcionadas sobre el medio gráfico podría devenir en una restricción indirecta del ejercicio de su libertad de expresión. Por otro lado, también corresponde considerar que la propietaria y editora del diario publicó el anuncio comercial y, de este modo, facilitó el acceso de la audiencia a las expresiones y a la utilización de la imagen que resultaron lesivas de los derechos del actor.

A los efectos de resolver ese conflicto de derechos constitucionales, es oportuno recordar que recientemente en la causa S.C. R. 522, L. XLVIII, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”—sentencia del 28 de octubre de 2014— la Corte Suprema se expidió respecto de la responsabilidad de

los motores de búsqueda por los eventuales daños que pudieran ocasionar en el ejercicio de su actividad de participar en la difusión de información creada por terceros. La solución adoptada en ese caso trae luz a la resolución de la presente controversia en tanto allí el Tribunal precisó la responsabilidad de las personas que participan en la difusión de información creada por terceros a fin de compatibilizar el ejercicio de la libertad de expresión con el derecho al honor y a la privacidad.

En aquel caso, el Tribunal afirmó que los motores de búsqueda no tienen una obligación general de monitorear, supervisar o vigilar los contenidos que se suben a la red y que son provistos por los responsables de cada una de las páginas web. No obstante, estableció que éstos deben responder, en los términos del artículo 1109 del Código Civil, por los contenidos ajenos en aquellos casos en los que hayan tomado “efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente” (considerando 17°).

A fin de determinar la existencia del efectivo conocimiento del contenido ilícito —lo que hace desaparecer la ajениdad del buscador con relación al contenido—, la Corte Suprema distinguió entre los casos en los que el daño es manifiesto y grosero, y los supuestos donde el agravio es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.

En este sentido, la Corte observó que “son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible,

importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual” (considerando 18°). En estos casos, entendió que basta con la comunicación fehaciente del damnificado o de un tercero para que el motor de búsqueda tome conocimiento efectivo del contenido ilícito, lo que genera su deber de actuar con diligencia y procurar el bloqueo del resultado.

Por el contrario, advirtió que en los casos en que el contenido dañoso exija un esclarecimiento en sede judicial o administrativa no existe conocimiento efectivo del buscador hasta que sea notificado por una autoridad competente administrativa o judicial de la ilicitud.

En el presente caso, a fin de precisar la responsabilidad de los medios gráficos por los anuncios publicitarios, corresponde destacar ciertas diferencias fácticas con el caso resuelto por la Corte Suprema.

Los medios gráficos tienen una vinculación más estrecha con los anuncios publicitarios, no sólo porque la cantidad de anuncios es menor y conmensurable, y porque ellos obtienen un lucro en forma directa por esa actividad, sino también porque la operatoria admite que los medios tomen contacto directo con las publicidades. En estas circunstancias, y en consonancia con la doctrina expuesta por la Corte Suprema en el citado caso, cuando los medios gráficos deciden difundir un anuncio que en forma manifiesta y grosera lesiona derechos constitucionales de terceros, cabe entender que ellos actuaron con conocimiento efectivo del contenido ilícito. En este supuesto, ese conocimiento genera en el medio gráfico un deber de actuar diligentemente y su incumplimiento podría dar lugar a responsabilidad ulterior.

En mi opinión, a los efectos de compatibilizar en forma adecuada la expresión de ideas con los derechos de terceros, el medio de comunicación

gráfico responde en los términos del artículo 1109 del Código Civil en aquellos casos en los que haya difundido un anuncio comercial de ilegalidad manifiesta y grosera, y no así cuando reproduzca un anuncio ajeno que abarque un daño que es opinable, dudoso o exija un esclarecimiento. Una solución diversa impondría deberes que pueden resultar excesivos para los medios de comunicación, especialmente los medianos o pequeños. Esos medios gráficos podrían perder financiamiento ante el temor a publicar anuncios comerciales que puedan generarles responsabilidad ulterior. A su vez, otra consecuencia disvaliosa sería que los medios de comunicación asuman el rol de editores de discursos ajenos a fin de evitar incurrir en responsabilidad, lo que implicaría una restricción a la faz colectiva del derecho a la libertad de expresión.

En el *sub lite*, la publicidad comercial bajo análisis no configura una ilegalidad manifiesta y grosera, tal como la ha definido la Corte Suprema en el citado caso “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios” (considerando 18°). En efecto, la violación al derecho al honor y a la propia imagen del actor no era ostensible sino que, por el contrario, su determinación requería por parte del medio gráfico de una labor interpretativa para asociar los distintos elementos contenidos en la publicidad, como así también la averiguación sobre el eventual consentimiento de la figura pública aquí involucrada al uso de su imagen. Por lo tanto, el accionante no acreditó que Arte Gráfico Editorial Argentino SA haya obrado de modo negligente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1109 del Código Civil.

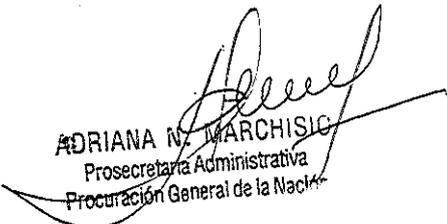
–VI–

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y revocar parcialmente la sentencia apelada.

Buenos Aires, 18 de marzo de 2015.

ES COPLA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación