

los internos; se alegó asimismo que los fines fueron publicitarios y se fundó el derecho en el art. 1319 del CC. Por tanto se alegó agravio a la intimidad e imagen (ser interno de un establecimiento de recusión fotografiado en actividades dentro del mismo). II. Los derechos en juego en la especie son derechos fundamentales, razón por la cual ambos deben compatibilizarse (por ser del mismo rango): libertad de expresión de ideas o más especialmente ejercicio de la información y por otro lado, los derechos de la personalidad (intimidad, honor e imagen que son los límites externos del derecho a informar). Sabido es que el derecho a la información debe ser ejercido dentro de límites tales como veracidad de los hechos sobre los que se informa, interés público de los hechos difundidos y que no ocasione daños. Respecto de este último aspecto, las conductas antijurídicas no se agotan en la difusión de noticias ofensivas o no veraces sino que en ocasiones el agravio a la intimidad o imagen puede causar esos perjuicios. En este caso pendiente de resolución, no hay noticia ofensiva o no veraz sino que solamente tenemos alegada la transgresión a la imagen e intimidad. Debe elucidarse entonces si frente a esa intromisión media causa de justificación. Y es indubitable que existió consentimiento del titular: aquí las cosas hablan por sí mismas (*res ipsa loquitur*) desde que la comparecencia de los periodistas y fotógrafo no surge como no aceptada ya que no se alegó que hubiera mediado actividad disimulada (v.gr. cámaras ocultas o comparecencia de los periodistas al lugar alegando otra calidad u otro motivo de la visita, etc.). Asimismo la noticia fue veraz al responder a acontecimiento realmente sucedido, se presentó de manera objetiva o sin distorsiones, con las precauciones necesarias para tutelar eventuales daños a la intimidad de los implicados (ver que hay dos internos que se los individualiza por su nombre: Walter y Eduardo, no así al actor, la única referencia a Wolf es al centro de la página 9 –fs. 46– donde está Eduardo “y su maestro también preso”) por tanto se lo presentó sin individualizar, como maestro, subrayando la altruista acción de enseñar. También existió interés público (la tan reclamada recuperación de los reclusos). En suma, existieron múltiples causas de justificación que detraen la antijuridicidad a la conducta.

Requiere autorización la exhibición y difusión del retrato

- Véase en *Jurisprudencia Comentada el análisis de Javier Berdaguer*

33 Ficha 2-60493/2010. Vistos: Para definitiva en segunda instancia este proceso que por Acción de amparo siguen Sara, Fernando y Carlos Abdala Souto contra Juan Angel Urruzola, venido a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia N° 1 de 4 de enero de 2011, dictada por la Señora Juez Letrada encargada de la Feria Judicial Mayor, Dra. Loreley Opertti.

Resultando: I. El decisorio de primera instancia, ampara la demanda y dispone la prohibición de la exhibición de las imágenes, con plazo de veinticuatro horas, ordenando se comunique al MEC y al MNAV.

II. La parte demandada formaliza recurso de apelación que funda en los siguientes motivos:

Ubica el conocimiento de la exhibición a fin del mes de octubre de 2010 con lo cual estima operó la caducidad de la acción. La legitimación activa de los actores no fue decidida en la anterior resolución que revocó el rechazo liminar de la pretensión, razón por la cual debe elucidarse con prescindencia de esa sentencia y teniendo en cuenta que todos sienten dolor por la pérdida sufrida pero cuestión diferente es la legitimación de los hermanos para reclamar, los que no aparecen en las fotos y no pueden constituirse como causahabientes. Las fotografías fueron tomadas espontáneamente con la autorización de la persona fotografiada. Discrepa radicalmente con la afirmación de la apelada en cuanto a que la obra se usó con fines comerciales; antes bien, fueron estrictamente culturales y jamás se puso en el comercio de los hombres, no se ofreció su venta, no se comercializó ni se usó como propaganda. Puntualiza que existió consentimiento de los descendientes, sin perjuicio del consentimiento en relación con el demandado; la familia es especial, con fuerte énfasis en lo artístico, la fotografía y el video. Concluye en la impro-

cedencia de la acción de amparo por ausencia de todos los requisitos legales.

III. Consta además en autos, que recibido el proceso en el Tribunal, luego del estudio sucesivo por sus miembros naturales, se suscitó discordia, lo que determinó que se efectuara sorteo de integración, donde se designó sucesivamente a las Dras. Salvo y Martínez, acordándose sentencia en legal forma y por mayoría.

Considerando: I. Que se hará lugar al recurso interpuesto.

En tal sentido, la mayoría de la Sala integrada, estima que la decisión impugnada, efectivamente, adolece de motivos de sucumbencia, conforme los fundamentos de votos que seguidamente se relacionarán.

II. Para el redactor, en primer término, la caducidad reclamada no puede recibirse desde que conforme la relación jurídica en tablada en la demanda se alega la difusión del hecho fotografiado con la presentación al concurso organizado por el MEC (54° Premio Nacional de Artes Visuales "Carmelo Arden Quin") en diciembre de 2010 (num. 7 de la demanda), ubicación en el tiempo que no ha sido desvirtuada por la prueba rendida, razón por la cual la comparecencia el 16 de diciembre de 2010 (nota de cargo de fs. 20v.) ha sido tempestiva conforme la norma del art. 4 in fine de la Ley 16.011.

Sobre la legitimación activa de los hermanos, se expresaba que todas las personas tienen derecho a que les sean respetadas las afecciones legítimas que nacen de su emplazamiento en la familia; los vínculos afectivos que unen a los miembros de una familia se mantienen después de muerto alguno de sus integrantes y se traducen en un sentimiento de piedad (en sentido jurídico filosófico, no cuasi religioso como pretende el recurrente) que se exterioriza en un derecho que no puede desconocerse, habilitante de la defensa frente a cualquier ilícito que vulnere tal sentimiento. Pero en este aspecto, no puede soslayarse que nos encontramos ante una acción de amparo donde el criterio que debe presidir la interpretación, más allá de la puntual legitimación activa, es viabilizar un remedio procesal eficiente y rápido (la dilación de este proceso no es imputable a este Tribunal) para atender las lesiones clara-

mente injustas de los derechos humanos.

En cuanto al mérito, discrepa el redactor con varios aspectos de la motivación de la instancia anterior, pero fundamentalmente con la valoración de la prueba rendida, con la aplicación de las reglas jurídicas relativas a la sana crítica, al examen en conjunto de las probanzas producidas así como a la necesaria movilización de las reglas de experiencia común (arts. 140 y 141 del CGP) lo que llevó a desconocer en la práctica un derecho fundamental de la persona Beatriz Abdala (fallecida), en cuanto a la facultad ejercida y exteriorizada en forma concluyente, de disponer de su propia imagen, a las decisiones que tomó sobre captación y exposición de la misma (tanto la realización como la divulgación), lo que excluye la configuración en este proceso del elemento objetivo de la acción de amparo, esto es, la ilegitimidad manifiesta (art.1 Ley 16.011).

Se estima que con lo resuelto en la instancia anterior, no se tuteló ni se garantizó como debía los derechos de personalidad de una persona fallecida y que no se dio respuesta satisfactoria a las exigencias y necesidades que cualquier ser humano tiene, en resguardo de su propia dignidad humana.

En efecto, Beatriz Abdala expresó una voluntad silente, existió consentimiento tácito, adecuado a la norma del art. 20 inc.2 de la Ley 9739.

La más actual doctrina expresa en conceptos enteramente trasladables: "A nuestro entender, basta que sea inequívoco, aunque sin ninguna formalidad pre establecida, si las circunstancias posibilitan inferirlo, a partir de la conducta del interesado, incluso por su silencio" (Zabala de González, M., Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad, T. II, p. 21, Ed. Astrea, Bs.As. 2011).

Una solución humanista de un conflicto como el presente debe partir de la invocación de la realidad de la vida, de que el hombre es constitutivamente capaz de percibir de manera positiva su propia muerte y que las relaciones humanas conformando una red de interferencias intersubjetivas, también pueden contribuir a la realización del individuo en ese momento decisivo de su existir. Nadie puede dudar que estamos frente a derechos humanos fundamentales, de neta tu-

tela constitucional y asimismo del actual reconocimiento del derecho a morir con dignidad; si se admite el testamento vital, ¿cómo negar el derecho a disponer de la imagen para después de la muerte mediante una voluntad que es concluyente? (ésta es la interrogante esencial para la solución de este proceso).

Tampoco el hecho fotografiado puede escindirse como lo hace la "a quo" entre la situación de fotografiarse y filmarse en sus últimos momentos, de la difusión.

Es que corresponde una interpretación literal y evolutiva del art. 21 de la Ley 9739 que restrinja el consentimiento expreso –de la persona cuando está viva y luego de los sujetos que sin mayor criterio jurídico se mencionan– para la colocación de la obra en el comercio, ya que tal requerimiento no puede extenderse a situaciones diferentes donde están en juego otros valores y otros derechos fundamentales y superiores a los contemplados en esa oportunidad por el legislador, los antes mencionados.

El demandado cumplió con la carga probatoria que le incumbía y demostró que la persona Beatriz Abdala participó en un acto creador, en una creación intelectual donde como elemento fundamental estaba su propia imagen (la cuestión del derecho a la imagen se confunde con el derecho de autor donde lo distintivo radica en que el derecho de autor tiene su sustento básico en un acto creador).

La imagen es un bien jurídico esencial y su titular puede ejercer sobre ella todos los actos de disposición que entienda pertinentes, los que pueden implicar cualquiera de las esferas de la vida privada, desde la confidencial o de secreto o más íntima (de la que normalmente participan las personas en que el individuo confía ya sea por razones de pudor personal o de secreto íntimo) a otras menos restringidas y más conocidas por allegados o terceros.

La noción de intimidad varía de persona a persona, de familia a familia, de grupo a grupo, de cultura a cultura, siendo también diferente obviamente en cada época o en diferentes lugares, donde lo relevante es que la propia persona o individuo tenga garantizada la libertad de controlar esos aspectos.

El hecho fotografiado, las fotografías tomadas en lo que la actora denomina últimos momentos de Beatriz Abdala y luego presentadas al Concurso Nacional de Artes Visuales, no fueron un hecho aislado sino consecuente con otros parificables anteriores, donde también Beatriz Abdala (lapso en que no se puede decir que no tuviera incólume todas sus facultades intelectuales) había dispuesto voluntariamente de su esfera más íntima (fs. 51 y 52 –Beatriz el pelo y el cáncer– y en algunas donde ella misma capta su retrato en esas condiciones), igualmente con anterioridad fotografías suyas para una campaña junto con su hija (fs.98v.) y un desnudo en un libro. Asimismo del DVD que luce acordonado al presente, se extraen acciones concluyentes como el hecho de dejarse raer el pelo de su cabeza por parte de su ex esposo frente a una cámara filmadora, ser transportada en silla de ruedas, presentarse acostada sobre un sillón con sus hijos, luego en cama, también recibiendo amigos, entubada y con dolor manifiesto.

La personalidad individual de Beatriz Abdala en su esfera de disposición de la privacidad y de creación intelectual conforme surge de autos era conocida. En efecto, su hija Julia Urruzola en el correo electrónico de fs. 53 manifiesta claramente que la voluntad de su madre de que se "documentara" lo que fue su enfermedad y a fs. 99 declara que en red social (su Facebook) colocó fotos de su madre en ese proceso; de la declaración de parte del demandado a fs. 94-94v surge como creíble la finalidad de hacer una película o "hacer algo" con ese material como una documental sobre la enfermedad; la voluntad del hijo menor Tomás fue concordante pues por su edad si no hubiera querido aparecer en el hecho fotografiado junto a su madre y hermana, no lo hubiera hecho. También es relevante la declaración de la hija del demandado Yoana (fs. 100-102) que explica muy claramente la relación de su padre con Beatriz, el conocimiento y aceptación de cómo trabajaba y que todos ellos (Beatriz, Julia y Tomás) se sintieron partícipes de la construcción de esa serie de fotos, califica la muestra como una acto de amor y del punto de vista de un análisis artístico (declara ser artista, trabajar en cine y teatro, comenzando con

realizaciones de cine) indica que hay una construcción, una mirada, una posible representación de una situación así.

Los testimonios que anteceden son testigos necesarios pues en esa esfera de círculo de intimidad no hay otras personas concernidas diferentes a su ex esposo y su hija y los hijos de ambos cónyuges.

Las amigas de Beatriz que declaran no tenían acceso a la esfera o círculo de intimidad relevada, por tal razón tratase de testimonios que nada aportan a lo esencial de esta litis. Así surge de los propios dichos de Petit (fs.89-92) que si bien reconoce que Beatriz tenía un gusto muy especial por todo lo que era arte (era docente de la Facultad de Arquitectura), desconoce todo lo relativo a las fotografías de la época de la enfermedad, así como la existencia de publicadas anteriormente; por su parte Fabiani (fs. 93-94 y 95v.-96v.) reconoce que no habló con ella sobre el tema, pero reconoce que había un "sobreenfrentado que era algo familiar", también admite que era una persona con mucha sensibilidad, que era una buena diseñadora.

Debe concluirse razonablemente entonces en que la realización y exposición fue querida tácitamente por Beatriz Abdala en palmaria expresión de sensibilidad artística unida a obvia finalidad de que con ese hecho fotográfico se dejara un testimonio en materia de valores que como se señala en el alegato de la demandada aporta a la comunicación entre enfermos y sanos, tiende a la no discriminación y no puede confundirse con el daño causado por la enfermedad y la muerte causante de dolor legítimo y justo a sus hermanos.

Llevar al público de esa manera la esfera de intimidad de la persona fue ejercicio de un poder o facultad jurídica de disponer de la imagen, derecho fundamental que no puede desconocerse y que excluye a todos los eventuales derechos de los familiares hoy accionantes.

III. La Ministra integrante Dra. Salvo (primera sorteada a raíz de la discordia suscitada) expresa en su fundamento de voto lo siguiente:

En lo relativo a caducidad de la acción y legitimación activa de los demandantes, coincide en rechazar tales agravios.

En cuanto al fondo del asunto, en primer lugar indica que es necesario precisar que en el presente, no se ventila hipótesis de pugna entre los derechos a la intimidad y a la imagen con el derecho de autor, sino que por el contrario de lo que se trata es de decidir si el derecho a la intimidad (de la familia) que invocan los actores, fue o no vulnerado, decisión que depende de la que hubiera adoptado la difunta Beatriz Abdala.

En segundo lugar, trae a colación la interpretación que realiza la autora Zabala de González (Derecho a la intimidad, p. 95), de la expresión "poner en el comercio" del art. 31 de la ley argentina N° 11.723, que es muy similar a nuestro art. 21 Ley 9739. Al respecto, sostiene dicha autora que la referida expresión debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (y no solo la comercial agrega la Ministra en su voto).

En tercer lugar, señala la distinguida colega, su parecer relativo a que el art. 20 inc. 2 de nuestra ley, se vincula a la titularidad de la obra, esto es, a quien se debe considerar "dueño" pero no a la divulgación de la imagen que está regulada en el art. 21. Agrega que Grompone (El derecho de autor en el Uruguay, p. 58) estudiando el tema del retrato, sostiene que, si se dan las circunstancias del referido inc. 2, el artista tiene "plenitud de derechos como autor". Entonces, la titularidad de la obra no implica que la voluntad del retratado deje de tener relevancia, ya que el derecho a la imagen no deja de pertenecerle y se requiere su autorización para ser difundida.

En primer enfoque, extrae la conclusión que Beatriz Abdala consintió ser fotografiada y filmada por el demandado, pero ese no es el problema, sino que radica en desentrañar si dio o no su consentimiento para la exhibición.

Agrega que se requiere consentimiento expreso que no existió, como lo reconoce el demandado a fs. 95, y que tampoco podía haber sido dado puesto que ni siquiera se sabía del curso a la fecha en la que las fotos fueron tomadas. Por tanto, no es posible sostener que —aunque genéricamente— había aceptado la exhibición pública de su imagen. Insiste en el consentimiento de Bea-

triz porque no se puede invocar el consentimiento de todos sus sucesores ya que Tomás es menor de edad y su representante legal es justamente el demandado.

En este primer enfoque, todo el asunto gira en torno a la existencia de autorización de la difunta porque frente a la decisión de la titular de la imagen y del derecho a la intimidad de divulgar las fotos que documentan el proceso de su enfermedad, cede el derecho propio a la intimidad de la familia, cuya violación invocan los actores como fundamento de la acción de amparo.

Sin perjuicio de que la voluntad de alguien que permitió ser fotografiada y filmada en condiciones en las que normalmente uno no querría ser retratado, no puede ser juzgada por los parámetros de un hombre o mujer media que preferirían la reserva y sin perjuicio de que no se puede soslayar que ella obviamente sabía que su ex cónyuge o ex compañero era fotógrafo artístico por lo que no podía descartar que esos registros terminarían siendo parte de una obra y sin perjuicio de que la hija –que es una de las personas que puede autorizar la divulgación (art. 21 inc.1)– subió fotos a su Facebook, lo que implicó exhibirlas sin que nadie hiciera objeción de especie alguna; la falta de consentimiento expreso de la difunta, admitida por el demandado, cierra el debate en este enfoque y debería determinar decisión de confirmar.

Ello no obstante, prosigue la Ministra en su voto, cabe preguntarse si el consentimiento de la hija no tiene valor alguno, lo que la lleva a un segundo enfoque.

Postula que puede ser posible otro enfoque porque hay que recordar que el derecho que se alega vulnerado no es el de Beatriz sino el de los actores y, desde este punto de vista, quizás se podría partir de la base que una cosa es la intimidad y otra cosa son los sentimientos que la exhibición de las fotos puede provocar en determinadas personas.

En este sentido, cree que hay consenso en que lo que los actores no quieren es la exhibición pública de las fotos y argumentan que vulnera su intimidad (no la de Beatriz –cf. fs. 14). Pero frente a su derecho, está también el de la hija que quiere la divulgación, lo que bien puede llevar a concluir en inexistencia de ilegitimidad manifiesta.

Concluye esta fundamentación, que sin dejar de reconocer la altísima opinabilidad de la temática del caso y sin dejar de reconocer los sentimientos que la exhibición de las fotos en cuestión pudo provocar a los actores, se inclina por revocar por el fundamento de inexistencia de ilegitimidad manifiesta.

IV. El voto que despejó la discordia fue el de la Ministra Dra. Martínez quien expresa:

Comparte la fundamentación de los votos emitidos en lo que atañe al rechazo de la caducidad y de la ausencia de legitimación activa alegadas.

En cuanto al fondo del asunto la distinguida colega expresa que coincide con el voto de la Ministra Dra. Salvo cuando señala que el punto medular para resolver acerca de la pretensión deducida en autos es determinar si Beatriz Abdala prestó o no su consentimiento para la exhibición o difusión de la obra.

Indica que no cabe dudar acerca de que lo prestó para la realización de la obra (fotografía). Por tanto, el demandado, autor de la obra tenía la plenitud de los derechos de autor, de conformidad con lo que establece el art. 20 inc.2 Ley 9739, con la limitación estipulada en el art. 21 inc.1 de la misma ley (El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores). La expresión “puesto en el comercio” debe ser interpretada con el alcance de “divulgado con cualquier fin”, tal como sostiene Zabala de González citada en el voto de la Dra. Salvo.

El consentimiento requerido por la ley tiene que ser expreso, de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.

A juicio de la Ministra Dra. Martínez tal consentimiento expreso no existió de parte de Beatriz Abdala, tal como lo admite expresamente el demandado a fs. 94.

Agrega que el demandado refiere a la posible existencia de una aceptación tácita “porque yo le dije que iba a hacer algo con ese material... pero son cosas genéricas, yo no sabía que iba a ver el Salón, luego hablé con los chiquilines de presentar esas fotos, y ella ya había fallecido”.

inelevante

A partir de tales dichos, concluye la Dra. Martínez, que en todo caso, el consentimiento prestado por Beatriz Abdala no fue expreso, condición que no sólo quiere decir "inequívoco", sino referido a una determinada utilización con finalidad precisa.

Ahora bien, nuestro derecho admite a texto expreso que, muerta la persona retratada, su retrato pueda ser divulgado con el consentimiento expreso de su cónyuge, hijos o progenitores (art. 21 inc.1 Ley 9739).

La existencia de tal consentimiento releva toda ilicitud de la divulgación, de modo que la posible afectación del derecho a la intimidad de la familia deviene jurídicamente irrelevante (en el caso, el amparo se plantea por hermanos de Beatriz Abdala invocando una violación del derecho a la intimidad de la familia).

Cabe analizar, pues, si tal consentimiento fue o no prestado por las personas llamadas por la ley para hacerlo.

El autor de la obra (ex cónyuge) tiene su voluntad viciada, habida cuenta del interés en la divulgación tal como quedó demostrado en autos. La hija mayor de edad, parece claro que prestó su consentimiento de acuerdo con el contenido de su declaración (fs. 98v y ss.). No consta en autos la voluntad del hijo menor de edad, la cual sólo podía haberse recabado válidamente a través de la designación de un curador especial, habida cuenta del conflicto de intereses con su padre o representante legal, autor de la obra a exhibir.

Pero a juicio de la Ministra, excede la diligencia de un hombre medio exigir que antes de proceder a exponer una fotografía, su autor realice un trámite judicial con el fin de recabar válidamente la voluntad de un menor de edad, respecto del cual nadie sostiene que se haya opuesto a la exhibición pública del retrato en el que él mismo figura.

El consentimiento expreso de la única hija mayor de edad se considera suficiente en la especie para despejar una hipótesis de "ilegitimidad manifiesta" en el obrar del autor de la obra, al exponerla públicamente o divulgarla.

Tratándose de un requisito esencial para el progreso de una acción de amparo, su au-

sencia sella adversamente la suerte de la pretensión deducida en autos (art. 1 Ley 16.011).

Por último, destaca la Ministra Dra. Martínez en su fundamento de voto, la alta opinabilidad de todos los temas analizados, extremo que también conduce a la solución revocatoria porque la existencia de "ilegitimidad manifiesta" requerida en el amparo debe ser clara, nítida, categórica (Ochs Olazábal, La Acción de amparo, p. 86).

V. Costas y costos de la presente instancia por su orden.

Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen el Tribunal, en mayoría, FALLA: Revócase la sentencia apelada y en su lugar se desestima la demanda y se ordenan las comunicaciones pertinentes que se cometen a la sede "a quo". Sin especiales condenaciones. Oportunamente, devuélvase.

TAC 2º, sent. N° 243, 14.09.2011, SOSA AGUIRRE (red.), SALVO, MARTÍNEZ ROSSO.

PEREZ BRIGNANI discorde: Confirmando sin especial condenación. Fundamento: En cuanto a la caducidad esgrimida por la demandada comparto el rechazo de la misma. Ello por cuanto el fundamento de la demanda radicó en la difusión del hecho fotografiado con la presentación al concurso organizado por el MEC (54º Premio Nacional de Artes Visuales "Carmelo Arden Quin") en diciembre de 2010 (num. 7 de la demanda), extremo éste no controvertido, y por consiguiente habiéndose deducido la acción de amparo con fecha 16 de diciembre de 2010 (nota de cargo de fs. 20v) no se ha operado el término de caducidad previsto en el art. 4 *in fine* de la Ley 16.011. Respecto a la excepción de falta de legitimación activa a mi juicio la misma carece de asidero, por lo que voto por confirmar la recurrida. Al respecto cabe resaltar en primer término que como afirmara el ilustre tratadista italiano Adriano De Cupis: "con la muerte de la persona, el derecho a la imagen de la persona, llega su fin. No obstante ciertos individuos que fueron familiares del extinto son los árbitros de si desean consentir la exposición la reproducción o la distribución comercial de su retrato, verbi gracia el cónyuge y los hijos, los padres, hermanos y hermanas, los ascendientes y descendientes hasta el cuarto grado". Por supuesto, esto no quiere decir que el derecho a la imagen se trasmite, sino simplemente que se colocan en una posición para defender el sentimiento de misericordia que tienen hacia el fallecido. Trátase en suma de un derecho nuevo, que se encuentra en manos de algunos familiares después de la muerte de la persona (Cfm. De Cupis Adriano, I Diritti Della Personalita, Milano Giuffrè Editore, 1950, pág. 119). En este orden es dable señalar que si bien nuestro derecho positivo no consagra, como la legislación española y la italiana, en forma expresa la legitimación de los accionantes, estimo que tal extremo

no es óbice para entender que los mismos se encuentran legitimados para reclamar por la supuesta violación de tales derechos. En tal sentido no debemos perder de vista que "La memoria *defuncti* se traslada al cónyuge y otros familiares más próximos, al entender, como hace la doctrina italiana, que las ofensas a la misma se dirigen en realidad a los sentimientos de piedad que aquéllas tienen para con el difunto (De Cupis). A los muertos ya no se les puede dañar, ni injuriar, pero sí, como dice Degni, a los parientes ligados con el fallecido por lazos de solidaridad moral. Debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar. ...No cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a los padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de la personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho – propio y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegible" (Cfm. STC 231/1988). Asimismo ya sea que consideremos que las personas vinculadas por un vínculo de parentesco actúan como continuadores de la personalidad del difunto o que se defienden en virtud de un derecho propio; es decir no reaccionan contra un ataque a la memoria del difunto, sino contra una lesión que, directa o indirectamente, les afecta, en uno y otro caso, siempre está presente la memoria *defuncti*: aunque los vivos defiendan su reputación personal, o incluso su honor o intimidad mancillados, la ofensa ha partido de la persona extinguida del difunto y, con mayor o menor intensidad, su reputación menoscabada impregna los ultrajes a sus familiares o herederos". "A todas ellas les atañe la memoria *defuncti*, a ellas llega como una pervivencia de la dignidad y honorabilidad del difunto, y su derecho a ejercer la defensa constituye un interés jurídico protegido" (Cfm. Alonso Pérez, Mariano, Daños causados a la memoria del difunto y su reparación). Con anterioridad a su regulación legal, en los ordenamientos mencionados anteriormente, se destacan una serie de decisiones jurisprudenciales provenientes del derecho francés, dentro de las cuales se distingue el leading case de 1858, conocido como el affaire Rachel, originado cuando la hermana de la famosa actriz de teatro contrató a un diseñador para que realizara un retrato de las facciones de Rachel sobre el lecho de muerte, el que a la postre sería sucesivamente publicado en un periódico sin el previo consentimiento del resto de los parientes. A partir del reclamo de éstos, los jueces reconocieron que "el derecho a oponerse a tal reproducción es absoluto, éste tiene su principio en el respeto que impone el dolor de las familias, el cual no podría ser desconocido sin enfriar los sentimientos más íntimos, los más respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica" (Cfm. Puccinelli, Oscar Raúl, El derecho a la imagen en el derecho de la protección de datos). En suma ya sea que consideremos que los

reclamantes defienden la personalidad del difunto o un derecho propio es innegable la existencia de un interés jurídicamente protegido que los habilita a accionar. Por consiguiente debiendo la ley garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas no corresponde limitarlo so pretexto de la inexistencia de regulación específica que los ampare. No debemos perder de vista que la familia es la base de nuestra sociedad (art. 40 de la Constitución) y en consecuencia no corresponde limitar de forma alguna los derechos que asisten a integrantes del grupo familiar en defensas de sus derechos, como integrantes del mismo dentro de los cuales se encuentra el derecho a la intimidad. En cuanto a la legitimación pasiva, a mi juicio el demandado se encuentra legitimado por cuanto al momento de deducirse la demanda era autor y propietario de las fotos. La circunstancia de haberlas adquirido el MEC no determina privar al demandado de legitimación para interponer válidamente el recurso de apelación ya que como autor material de las fotos tiene derecho a pretender la exhibición de su obra. En cuanto al fondo del asunto. En cuanto al fondo del asunto cabe puntualizar en primer término que no forma parte de este proceso el contenido artístico o no de la obra del demandado, ni los fundamentos que lo llevaron a realizarla, sino si se vulneraron o no los derechos a la imagen o intimidad que se pretenden salvaguardar mediante la acción objeto de estudio. Por consiguiente a efectos de aquilatar la existencia o no de la vulneración de los derechos anteriormente citados corresponde delimitar en primer término no solo el ámbito en que se tomaron las fotografías sino si se contó o no con la autorización de las personas que aparecen en las mismas. Ello por cuanto el ámbito en que fueron efectuadas así como la existencia o no del consentimiento tiene especial repercusión sobre el *thema decidendum* de la presente causa: la existencia o no de ilegitimidad manifiesta. Ahora bien de una simple visualización de las fotos surge que las mismas fueron tomadas en un ámbito estrictamente privado, familiar, y reservado. Por consiguiente a mi juicio se encuentran garantizadas por el derecho fundamental a la intimidad, derecho éste garantizado constitucionalmente, que tiene no sólo todo ciudadano sino la familia base de nuestra sociedad (art. 40 de la Constitución). En efecto conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia Española la intimidad constituye la zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. (Cfm. Diccionario de la Real Academia Española Vigésimo segunda edición 2001, pág. 1295). Se trata del "Derecho a ser dejado solo y tranquilo o a ser dejado en paz", este es un elemento conceptual integrante del Derecho a la vida privada, vale decir, como un derecho de la personalidad. Comprende aquel conjunto de actos, situaciones y circunstancias que por su carácter personalísimo no están, por regla general, expuesto a la curiosidad y a la divulgación. Es lo que yo no quiero que sepan las demás personas (Cfm. El derecho a la intimidad Germán Humberto Rincón Perfetti). Delimitado pues que el ámbito, en que fueron tomadas las fotografías, se encuentra garan-

tizado por el derecho a la intimidad corresponde abordar un aspecto directamente relacionado como es si la captación de la imagen habilita o no a su reproducción o publicación. Ello por cuanto tanto la captación, la reproducción y publicación constituyen hechos diferentes y sometidos a un régimen jurídico distinto, por cuanto una persona puede tomarse una foto pero tal extremo no habilita a la persona que la captó a su reproducción y publicación sin su consentimiento expreso como se desprende con claridad meridiana del art 21 de la ley 9739. Es por ello que, en nuestro derecho positivo al igual que la mayoría de los ordenamientos, se torna de especial consideración la existencia o no del consentimiento de la persona fotografiada o en el caso de fallecimiento de su causahabiente específicamente habilitado por el ordenamiento jurídico para su publicación. Sobre este punto cabe resaltar en primer término que cuando se tomaron las fotografías que dan origen al presente accionamiento, no existía siquiera el llamado al concurso en el cual a la postre resultarían premiadas. Por consiguiente a mi juicio mal puede considerarse que la difusión de la mismas no constituye una intromisión ilegítima a la esfera de la intimidad cuando no existió consentimiento expreso para su difusión fuera del ámbito familiar en el que fueron tomadas. Es dable destacar en ese orden que, tanto la legislación como la doctrina coinciden en señalar que este consentimiento debe ser expreso (en ningún caso cabe consentimiento presunto) y es revocable en cualquier momento. Es decir, todo lo relacionado con el consentimiento debe de ser interpretado de forma restrictiva, especialmente en relación a la finalidad para la cual fue expresado y en relación al límite temporal y espacial en que el mismo fue acordado. En la especie no puede inferirse siquiera, de la foto y del contexto en el cual fueron tomadas, últimos días de vida y bajo el influjo de medicación, que Beatriz Abdala haya prestado su consentimiento para su toma como puede desprenderse de fs. 7 y 8 donde aparece la Sra. Beatriz Abdala aparentemente dormida. Por otra parte de la prueba producida surge que si bien la Sra. Beatriz Abdala consintió la toma de determinadas fotografías, en el ámbito familiar en el cual fueron adquiridas no existe ningún elemento que corrobore la existencia de un consentimiento genérico para la difusión fuera de ese ámbito, de cualquier foto que se le tomara; y menos aún para su presentación en el concurso, el cual ni siquiera existía cuando fueron tomadas. Este extremo fue expresamente reconocido por el demandado en el interrogatorio que se le practicara a fs. 94, quien expresó que "no pidió autorización para publicar las fotos que sacaba". Asimismo las propias expresiones del demandado "creo que lo aceptaba tácitamente y que ni siquiera sabía que iba a venir el salón" tiran por tierra la posible existencia de un consentimiento tácito de la hermana de hoy reclamantes. Debemos tener presente que las pruebas deben ser interpretadas conforme a las reglas de la sana crítica, que no son otras que las que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia y por consiguiente no resulta lógico pensar que la Sra. Beatriz Abdala dio su consentimiento para su

exposición en un evento que ni siquiera se hallaba planteado en las circunstancias temporo espaciales en que se tomaron las fotografías. Tampoco es dable extender el consentimiento a su posible difusión, por la sola circunstancia de que la misma haya permitido que fueran tomadas fotografías, cuando padecía la enfermedad, ello por cuanto estaríamos extendiendo mas allá de sus límites lógicos y naturales, recuerdo familiar, el consentimiento tácito prestado por la Sra. Beatriz Abdala. Pero lo más importante es que nuestra legislación exige el consentimiento expreso de la persona fotografiada (art. 21 de la ley 9739) y éste es claro que nunca existió. Otro aspecto importante que es dable considerar es que en la foto aparece un adolescente cuyo derecho a la imagen (art. 8) debe ser garantizado de oficio art.14 del C. del Niño y de la Adolescencia. Con relación a este punto es claro la existencia de un conflicto de intereses entre el titular de la patria potestad y el menor, ya que el demandado no es el titular del derecho de imagen de su hijo, lo que determina la necesaria intervención de instituciones públicas en defensa del interés del mismo, extremos éstos que debieron ser valorados en su presentación en el concurso por parte de las autoridades correspondientes. En este orden no surge siquiera que el menor estuviere de acuerdo con su exposición quien según su hermana tiene una actitud neutra, pero concretamente no se sabe siquiera su voluntad, y de si es o no consciente de los derechos que le asisten. En suma: Existe ilegitimidad manifiesta que habilita el acogimiento de la acción de amparo deducida ya que no se acreditó la existencia de consentimiento de la Sra. Beatriz Abdala para la difusión de unas fotografías más allá del ámbito familiar al que por lógica se hallaban destinadas. La circunstancia de que la Sra. Julia Urruzola, (hija de Beatriz Abdala) integrante del grupo familiar que aparece en la foto diera su consentimiento, no habilita a la exhibición pretendida, ya que la legislación en caso de fallecimiento determina que los hijos son los que deben prestar el consentimiento y no solo uno de ellos. Por otra parte debemos tener presente que en la foto aparece, Tomás Urruzola, hermano menor de la misma cuyos derechos deben salvaguardarse. Dicha ilegitimidad cesaría a juicio del suscrito en el caso de que Tomás Urruzola, en un proceso judicial, con la presencia del Ministerio Público, y debidamente asesorado de sus derechos y asistido por un defensor asignado a tales efectos expresara su consentimiento por sí y como hijo de la Sra. Beatriz Abdala. Mientras tal circunstancia no acontezca deben mantenerse la prohibición dispuesta en autos lo que conlleva al rechazo de los agravios introducidos y la confirmación de la sentencia objeto de impugnación.

FRANÇA discordo: Confirmando sin especiales condenas. En cuanto a la caducidad y legitimación no tengo discrepancias con los fundamentos de los que conforman la mayoría y con lo expuesto en la discordia del Dr. John Pérez Brignani. La confirmación de la recurrida se impone ya que a mi juicio el demandado no pudo acreditar razonablemente la obtención del consentimiento de Beatriz Abdala

RESTRICTIVO

para que las imágenes de ella obtenida fueran empleadas con la finalidad empleada. Esto es ser presentadas en un concurso como se hizo por parte del recurrente. Resulta obvio que existió un consentimiento por parte de la mencionada para ser retratada con sus hijos en sus últimos días de su vida, pero esto no puede ser interpretado como se hace para avalar la presentación de las fotografías o para la creación de una obra de arte necesariamente. Se trataba de fotografías tomadas en el ámbito familiar y nada más ni nada menos que eso en opinión del suscripto. No existe la más mínima referencia o mención a que por medio de las fotografías se buscaba algo más que documentar los últimos momentos con el ser querido. Esto no quiere decir que no tuviera la sensibilidad a que se hace referencia, sin embargo, nada apunta a que en esos últimos momentos de su vida quisiera ser parte de la creación de una obra artística de su ex pareja. Los ejemplos mencionados (facebook, video dejándose cortar el pelo, declaración de la hija) dan cuenta de participación en actos creativos de los cuales se puede inferir el consentimiento pero no es exactamente lo mismo lo que se desprende de las fotografías cuestionadas en las cuales hasta se duda si estaba en condiciones de prestarlo. Con respecto al consentimiento tácito y/o expreso en estos casos, la jurisprudencia y la doctrina ya se ha pronunciado. En tal sentido se puede convocar, por su temática común, lo expuesto por la Sala en lo Civil de 6° Turno cuando sostuvo en sentencia 293/2007... El caso sub-judice, como lo afirma la impugnada y han entendido las partes, trata de la afectación de un derecho inherente a la personalidad (art. 72 de la Constitución). El nombre constituye una forma de identidad, de individualización de la persona humana y merece idéntica tutela que la imagen o el retrato, es decir, la que proporciona la Ley N° 9739 y, en particular, su art. 21. Reza la norma citada: "El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma...". El quid de la cuestión, pues, consiste en establecer si el actor prestó su consentimiento y si lo hizo en la forma legalmente establecida. Gamarra distingue la voluntad expresa de la tácita. Señala que la primera reviste mayor jerarquía y que la diferencia entre ambas estriba en la mayor o menor aptitud del medio empleado para exteriorizar la voluntad. Define, luego, la expresa como aquella en que la voluntad emerge directa e inmediatamente del medio empleado, "cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que este asume". En cambio, la voluntad tácita se infiere de las circunstancias, "cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico". Es menester recurrir a un procedimiento lógico de deducción que, interpretando la conducta asumida por el sujeto deduzca de ella su intención (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XI, ps. 191-195). Negado el consentimiento "expreso" por parte del accionante (art. 21 inc. 1), la carga probatoria de su existencia correspondía a la parte demandada (art. 139.1 CGP). Como enseña Viera, "los hechos negativos se prueban justificando la existencia del

hecho positivo contrario" (Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 79). Desde la óptica de la norma jurídica, el *onus probandi* recaía sobre la demandada en cuanto ésta había aducido la existencia de consentimiento...". Finalmente, aún para el caso de darse por probada la existencia del consentimiento en el caso de Beatriz Abdala, no puede sostenerse que existió respecto del menor hijo, en tal sentido se comparte en un todo lo expuesto por el Dr. John Pérez Brignani en fundada discordia en el sentido que nada se ha probado con relación al menor hijo que forma parte de las fotografías. Las nuevas tendencias del derecho a la imagen consagran en forma expansiva a éste y que como consecuencia de ello han afirmado que "la mera captación de la imagen sin el consentimiento del titular es una violación a ese derecho..." independientemente que afecte su honor tal como lo postula Cifuentes Santos (citado por Sebastián Picasso en Revista Crítica de Derecho Privado, Tomo 4, año 2007, página 37). En el caso no existe prueba alguna respecto del consentimiento del menor a aparecer retratado en una fotografía junto a su madre y hermana en una situación familiar dolorosa e íntima. En este caso el conflicto de intereses entre el demandado y su menor hijo es evidente y por tanto la presentación de las fotografías (que habían sido tomadas en el íntimo ámbito familiar) al concurso resulta manifiestamente ilegítima.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

De información almacenada en un medio magnético

34 Ficha 396/339/2011. Vistos, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados: "Gómez Abel c/Jefatura de Policía de Tacuarembó venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia N° 73/2011, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 3er Turno, Dra. María Eugenia Ferrer Sugo.

Resultando: I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la *a-quo* por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II) Que por sentencia N° 73/2011 se desestimo la demanda instaurada.

III) Contra el mencionado fallo la parte actora interpuso recurso de apelación.

(Omisis)

Considerando: I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de revocar la sentencia objeto de impugnación por ser los agravios de recibo.