

Buenos Aires, 30 de octubre de 2007.

Vistos los autos: "Franco, Julio César c/ Diario "La Mañana" y/u otros s/ daños y perjuicios".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por aquélla, se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

ES COPIA

DISI -//-

F. 1295. XL.
Franco, Julio César c/ Diario "La Mañana"
y/u otros s/ daños y perjuicios.

-//--DENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M.

ARGIBAY

Considerando:

1º) La presente causa se originó en la demanda promovida por el hijo de un conocido abogado de la ciudad de Formosa, contra el Diario "La Mañana", Enrique Read y/o quien resulte legalmente responsable, por el daño moral que le produjo la publicación de una fotografía que mostraba el cadáver de su padre —el señor Alex Virginio Franco— hallado, según expresó, varios días después de su fallecimiento y en avanzado estado de descomposición.

El actor manifestó que en tanto la fotografía había sido tomada de una manera furtiva cuando el cuerpo se encontraba en el patio interno de la vivienda de su padre donde se le estaban practicando las revisiones forenses para averiguar el motivo del deceso, y publicada sin el consentimiento de sus familiares, el diario "La Mañana" había invadido el ámbito de privacidad de su familia. Citó en apoyo de su pretensión el caso fallado por esta Corte "Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios" (Fallos: 306:1892).

Los demandados alegaron en su defensa el ejercicio del derecho a informar, aduciendo que se habían limitado a ofrecer al lector información veraz, objetiva y concreta respecto de un acontecimiento policial, donde el eje de la noticia giraba en torno al hallazgo del cuerpo sin vida del doctor Alex Franco y no a efectuar disquisiciones respecto de su persona.

Asimismo, si bien reconocieron la autenticidad de la fotografía publicada, manifestaron que la toma de la misma había sido tolerada por las autoridades intervinientes y por el apoderado del actor que se encontraba en ese momento, pues se produjo cuando el cuerpo sin vida del doctor Franco fue

colocado en la vía pública (en una camilla sobre el parterre de la vivienda) y sin ningún tipo de cubierta.

Por último, afirmaron que los hechos aquí debatidos diferían de los resueltos en el precedente "Ponzetti de Balbín", en donde la noticia tuvo como eje a la persona, y no al suceso policial, como en este caso.

2º) La demanda fue acogida en la primera instancia. El tribunal *a quo* sostuvo que lo relevante para decidir el caso no era el lugar donde se encontraba el cuerpo al momento en que el fotógrafo capturó la imagen en cuestión, sino en que ella se había obtenido de manera furtiva, es decir, sin la autorización de las personas que se encontraban presentes en el lugar. También manifestó que no existía una "necesidad informativa" que demandara la utilización de la imagen publicada. Sobre esta base, entendió que la publicación de la fotografía respondía a un ejercicio irregular del derecho a informar en tanto había perturbado la intimidad del actor.

El fallo, recurrido por los demandados, fue confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Formosa, que sólo redujo el monto indemnizatorio. Para así decidir, los camaristas coincidieron con la jueza de primera instancia en que resultaba intrascendente si la fotografía había sido tomada en el patio interior o en la vereda del inmueble, independientemente de que la prueba producida no permitía afirmar si el fotógrafo que la tomó estaba en el interior de la vivienda. Lo determinante según los camaristas fue la falta de autorización para la publicación de la imagen; ello, en tanto el agravio moral cuya reparación se reclama deriva de la publicación de dicha fotografía. También afirmaron al igual que la jueza, que en el contexto de la información sobre el fallecimiento del doctor Franco, resul-

taba innecesaria la publicación de una foto de su cadáver.

Arribada la causa al Tribunal Superior de Justicia de Formosa, se rechazaron los recursos interpuestos por ambas partes, sin añadir nuevos fundamentos. Contra dicha sentencia la demandada dedujo recurso extraordinario que fue concedido, en el que sostiene que el fallo impugnado resulta violatorio de los artículos 14 de la Constitución Nacional; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 de la Constitución Provincial.

3º) Entiendo que en autos existe cuestión federal en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48, pues el recurso se centra en la interpretación y alcance de la libertad de prensa y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la recurrente fundó en ella.

4º) Por el modo en que el Superior Tribunal de la Provincia de Formosa ha fallado, la indemnización reconocida a la parte actora no se ha fundado en que la fotografía publicada hubiera sido obtenida de manera ilegal o mediante la invasión del fotógrafo en un ámbito reservado. Ante la falta de prueba de toda posible intrusión del fotógrafo en la vivienda, el voto mayoritario ratificó la postura asumida por la Cámara de Apelaciones y sostuvo que el lugar en que la fotografía se había tomado —el interior de la casa o la acera frente a la vivienda— era irrelevante para la decisión (ver fojas 367 vta./368). Este fue precisamente, el punto que dio lugar al voto en disidencia presentado por uno de los jueces del Tribunal (voto del juez Coll, fojas 369 y ss.)

Por otro lado, cabe precisar también que no se trata el presente caso de una publicación que estuviese dirigida a revelar o divulgar algún aspecto relativo a la vida privada

del demandante o su familia; no se ha cuestionado el carácter público de los hechos referidos en la crónica periodística —la denuncia de los vecinos y el posterior hallazgo por la policía del cuerpo sin vida—, sino el contenido de la fotografía que la acompaña, la imagen que muestra. Por lo tanto, la afectación de la intimidad no estaría relacionada en este caso con la revelación o divulgación de hechos que los demandantes tuvieran derecho a mantener en reserva, sino con la lesión a los sentimientos de los familiares del fallecido Franco ocasionada por la vista de su cadáver en el diario.

5°) Esta Corte ha expresado que la prensa libre es una actividad no sólo lícita, sino más aún, indispensable para el pleno desarrollo de una sociedad abierta y democrática. (Fallos: 248:291; 311:2553; 324:2895; 326:4136). Este mismo carácter lícito es el que asegura a la prensa las condiciones para desplegarse con plenitud y pluralidad, puesto que a la prohibición constitucional de censura previa, añade una presunción de legitimidad (el lenguaje utilizado habla de una mayor "cautela") que incrementa la carga de la prueba por parte de quien pretenda establecer la responsabilidad civil o criminal por el ejercicio de la actividad periodística.

En este sentido, no debe olvidarse que la prensa debe tener espacio para mostrar o decir incluso aquello que no queremos ver u oír. Esta circunstancia ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a decir que "la libertad del periodismo cubre incluso posibles utilizaciones de la exageración o incluso la provocación" (White v. Sweden, nro. 42435/02, parágrafo 21, 19 de diciembre de 2006).

Así, cuando se trata de agresiones al honor de las personas (Fallos: 308:789 *Campillay*; 310:508 *Costa*; 319:3428 *Ramos*; 324:2419 *Bruno*; etc.), no alcanza con la demostración del resultado, sino que se ha exigido una mayor reprochabili-

dad en la conducta periodística. La responsabilidad por injerencias en la vida privada ha sido reconocida en casos que involucraban a personas menores de edad (*Menem*; 324:2895) y, en lo que concierne específicamente a las fotografías, se consideró ilegítima la publicación de una que había sido tomada dentro de una sala de terapia intensiva y que mostraba a la persona afectada, el líder político Ricardo Balbín, en su última agonía (Fallos: 306:1892 *Ponzetti de Balbín*).

6°) El fallo "Ponzetti de Balbín" citado en último término presenta una ambigüedad en la regla que operó como *ratio decidendi* que dificulta su utilización en el presente caso, habida cuenta de las particularidades señaladas en los párrafos precedentes. Me refiero a que esta Corte no definió si la publicación de la fotografía que mostraba a Ricardo Balbín momentos antes de morir, fue ilegítima a) porque la imagen había sido tomada mediante la intrusión del fotógrafo en la habitación que ocupaba el enfermo, b) por la afectación de los sentimientos de los deudos o c) por ambas cosas conjuntamente. El punto es que los votos que concurrieron en el precedente citado utilizan un lenguaje diferente precisamente en este aspecto.

En el Considerando 10 del voto firmado por los jueces Carrió y Fayt se hace mención a la intromisión del fotógrafo en la sala de terapia intensiva, a su presencia no autorizada ni consentida en una situación límite de carácter privado, pero también al sentimiento de rechazo y ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. El voto conjunto de los jueces Belluscio y Caballero se refiere genéricamente a la publicación de la fotografía para señalar que no estaba protegida por la Constitución: la consideró una violación a la más sagrada esfera de privacidad por alterar "elementales sentimientos de decencia y decoro" (Considerandos 7°, segundo

párrafo y 8°). Por último, el voto individual del juez Petracchi, en la parte pertinente, transcribe textos similares a los del voto anteriormente mencionado, aludiendo a que el interés público no justificaba ni exigía la invasión a la privacidad.

A diferencia del precedente "Ponzetti de Balbín", cuyos hechos incluían la intrusión en el espacio privado, en autos, cabe recordar, no está presente este elemento, puesto que el tribunal provincial reputó irrelevante e innecesario determinar justamente este aspecto del caso. De modo consecuente con esta restricción fáctica, la sentencia apelada tampoco se ha fundado en el carácter reservado o exclusivo del lugar en que se encontraba el cuerpo sin vida de Franco cuando fue fotografiado, sino exclusivamente en los efectos de la publicación de la imagen. Por tal razón, debe establecerse el alcance del precedente "Ponzetti de Balbín" y decidir su extensión a casos que, como el presente, no se refieren a la publicación de fotografías de hechos o personas que se encuentren en lugares privados o reservados.

7°) Mi posición es que uno y otro tipo de casos debe abordarse con criterios diferentes. Si bien las personas cuentan con protección contra la afectación de sus sentimientos y de su tranquilidad por parte de la prensa, deben distinguirse los casos en que dicha perturbación proviene de la publicación de una imagen obtenida mediante una invasión ilegal de un espacio exclusivo, de los casos en que ello no ha sucedido. La razón estriba en que resulta un deber perfectamente discernible y exigible el de no avasallar los límites que las personas han dispuesto para sustraerse a la mirada pública; el derecho a la vida privada preserva rígidamente esa decisión individual. En cambio, es prácticamente imposible el ejercicio de la prensa y la comunicación sin afectar en mayor

o menor medida los sentimientos de las personas relacionadas con el mensaje, sea éste un texto o una imagen. De ahí que reconocer una protección de los sentimientos tan intensa que la publicación de cualquier imagen deba ser autorizada por las personas cuyos sentimientos podrían verse afectados, colocaría prácticamente a toda la actividad periodística y en particular al fotoperiodismo bajo sospecha y, por ende, bajo el deber de justificar en todos los casos que el interés de la publicación es superior al interés de las personas afectadas en sus sentimientos.

Coincido con quienes consideran que un estado de cosas semejante es incompatible con la función primordial de la prensa libre, puesto que la fluidez de su funcionamiento resulta imposible cuando el control sobre la información que es legítimo publicar se torna tan minucioso. En efecto, la anticipación de ese control por parte de periodistas y fotógrafos, así como la consiguiente autocensura, resultan una consecuencia explicable por lógicas actitudes orientadas a la propia preservación. Esta consecuencia no se trata de una hipótesis caprichosa, sino de un fenómeno que ha comenzado ya ha generar respuestas por parte de sectores preocupados por la subsistencia del fotoperiodismo (*Le Monde* del 27 de diciembre de 2002, La privatisation de l'image menace la photographie, citado en Baeza, P., *Por una función crítica de la fotografía de prensa*, Barcelona, 2003, pp. 73-77; también se ha examinado el problema en Amar, J.P., *El fotoperiodismo*, trad. Marina Malfé, Buenos Aires, 2005, pp.98-105. Un tratamiento vinculado a la jurisprudencia norteamericana en el que se alude a los efectos paralizantes sobre el fotoperiodismo se encuentra en la nota *Privacy, Photography, and the Press*, *Harvard Law Review*, 111, p. 1086).

La distinción que sostengo entre la aptitud de las

imágenes obtenidas en espacios reservados y en espacios públicos para constituir injerencias o ataques a la vida privada, es consistente con el tratamiento que la legislación hace de los derechos de propiedad que las personas tienen sobre su imagen. En efecto, el artículo 31 de la ley 11.723 dispone, expresamente, en su último párrafo que "[e]s libre la publicación del retrato cuando se relaciona con [...] hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

Por lo tanto, creo que las intrusiones en los espacios privados, sea que respondan a un ingreso físico o a la utilización de tecnología audiovisual que posibilite la captación de sonidos o imágenes a distancia, hacen *prima facie* ilegítima la publicación de los registros obtenidos de ese modo. Por otro lado, la publicación de imágenes tomadas en espacios de libre acceso, es decir, sin violar protecciones dispuestas por las personas para mantenerse fuera de la mirada pública, no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas. Lo dicho no supone un parámetro absoluto (no cabría reducir la vida privada a los lugares exclusivos), sino solamente un juicio provisional según el cual la injerencia en la vida privada se presume en el primer caso y debe ser demostrada por quien la invoca en el segundo. O, expresado de otra manera: en el primer tipo de situaciones tiene precedencia el derecho tutelado en el artículo 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el segundo, la libertad de prensa protegida por el artículo 14 de la Constitución Nacional y 13 de la CADH.

En esta medida, entiendo que debe corregirse la articulación que de ambos derechos constitucionales llevó a cabo el Tribunal Superior provincial fundada en la premisa según la cual resultaba irrelevante para decidir la cuestión

el lugar en que se encontraba el cuerpo del occiso cuando se tomó la fotografía.

8°) Un estándar como el propuesto en este voto resulta congruente con el texto de las cláusulas incorporadas a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a la protección de la vida privada contra ataques o injerencias arbitrarias, en especial el artículos 11.2 y 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto es el siguiente:

"2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

"3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contienen un texto similar. Sin embargo, el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluye la expresión "ataques abusivos" para referirse a las agresiones prohibidas contra la vida privada de las personas.

Así, las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas, pero no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no pueden ser tomadas como un "ataque"; llevar tan lejos el sentido de esta expresión no sólo sería un uso forzado del texto; también sería inconsistente con la relevancia del derecho a la libertad de prensa que es la moneda en que se pagaría el costo de esta ampliación interpretativa del derecho a la intimidad.

En el caso, según se ha visto, no se cuestiona el estado público de los hechos referidos en la crónica policial, ni la conexión entre el contenido de la nota y la fotografía que la acompaña; tampoco se ha cuestionado en general el

referido género periodístico por su incompatibilidad con la vida privada. Es así que tampoco se ha sostenido en este expediente que el periódico demandado hubiese obrado con el objetivo principal de inmiscuirse en la vida privada de la familia Franco (Un ejemplo en el que esto sí sucedía, pese a tratarse de fotos tomadas en espacios públicos, lo constituye el caso fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *von Hannover v. Germany*, nro. 59320/00, del 24 de septiembre de 2004. En esa decisión el THDH consideró que las fotos relacionadas exclusivamente con detalles de la vida privada de las personas no contaban con la protección otorgada a la libertad de expresión. En el caso, la demandante había sido víctima, por parte de los fotógrafos de un "hostigamiento continuo que produce en la persona afectada una poderosa sensación de intrusión en su vida privada o incluso de persecución").

9°) Por otra parte, resulta irrazonable traducir el deber que la prensa tiene, conforme a las cláusulas aludidas, de evitar la *arbitrariedad* en sus incursiones por terrenos que pueden afectar la vida privada de las personas, en la exigencia de que toda publicación deba ser estrictamente necesaria en orden a cumplir con el fin de interés general al que sirve la tarea periodística. Un estándar que fuera de "lo arbitrario" sólo conciba "lo necesario", operaría como una red demasiado fina que barrería gran parte de la información incluida en los periódicos y otros medios de comunicación que, si bien está relacionada con temas de interés general, no es estrictamente necesaria, ni indispensable. Una vez más, encuentro inconsistente con el amplio margen que esta Corte ha conferido a la libertad de prensa, poner bajo una carga de justificación ante los tribunales a toda publicación que pueda tener impacto en los sentimientos de las personas.

Tales razones tornan incorrecto el criterio seguido por los tribunales provinciales que han intervenido en la causa según el cual se afirma la violación a la vida privada del demandante a partir de reputar *innecesaria* la publicación de la fotografía para cumplir con la función de informar al público sobre la muerte del padre del demandante.

10) A partir de lo expuesto, concluyo que es inconsistente con la libertad de prensa (artículo 14 de la Constitución Nacional) condenar a la parte demandada por la publicación de una fotografía, sin que ella haya sido el fruto de una invasión o intromisión en un lugar privado o exclusivo y sin que tampoco la demandante haya demostrado que, cualquiera fuese el lugar en que se tomó la foto, la publicación estuviese dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o la de su familia.

Por ello, oído el señor Procurador General subrogante debe hacerse lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Formosa y reenviar la causa a fin de que se dicte un nuevo fallo de conformidad con el presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY. ES COPIA.

F. 1295. XL.
Franco, Julio César c/ Diario "La Mañana"
y/u otros s/ daños y perjuicios.

Recurso extraordinario interpuesto por "**La Mañana S.A.**", representada por el Dr.
Daniel Edgardo Alonso
Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de Formosa.**