

SENTENCIA N° 50

Montevideo, 1 de octubre de 2015

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados “G. D. V., J. c/ L. B., J. - AMPARO - ” IUE 2-42651/2015.-

RESULTANDO:

1) A fs. 25 comparece el representante del actor promoviendo acción de amparo contra el demandando manifestando: que su representado es un conocido y hábil jugador de fútbol que actualmente integra la Selección Uruguay de Fútbol y en España, como defensa, el Club Atlético Madrid, este año además firmó un contrato para Pepsi con fines publicitarios donde se establece el uso exclusivo de su imagen para propaganda de dicha bebida y multas de entidad, contrato que no se agrega debido a las cláusulas de confidencialidad que el mismo contiene; que el 8 del corriente se tuvo conocimiento que el demandado (a. P. V. – brujerías para el bien y para el mal) estaba utilizando en las redes sociales un video donde se promocionaba utilizando comercialmente nombre, carrera e imagen de su patrocinado, invocando además un vínculo familiar (abuelo) que no detenta, uso publicitario que le causa daño moral, video que se ha vuelto viral, el demandado no solo se promociona personalmente sino asimismo promociona a su culto religioso, utilizado para ello a su representado; que en el video utiliza una fotografía en compañía del Sr. G. cuando éste era menor; que el video constituye una utilización ilícita, con fines comerciales y propagandísticos de la imagen y figura del futbolista sin su autorización violando flagrantemente las disposiciones de la Ley 9739 art. 21, como unánimemente lo ha sostenido nuestra

jurisprudencia (refiriendo sentencias); que la utilización de imágenes obtenidas mientras era menor también es manifiestamente ilegal en abierta violación a lo previsto en los arts. 9 y 11 del CNA, aún cuando ahora sea mayor, lo que la ley pretende evitar es que se utilicen fotografías de un menor en situaciones que le pudieran perjudicar en el futuro; que el demandado pretende utilizar esas imágenes del actor siendo menor con fines extorsivos o cuasi extorsivos, efectivamente el 8 de setiembre del corriente año el firmante recibió desde el teléfono del demandado un mensaje de audio por WhatsUp donde en resumen se indica que tiene videos más comprometedores donde él (refiriéndose al actor) está en corneada de animales donde no hay veterinario y que tiene muchas cosas malas para marcarle; que atento a que el escaso conocimiento de su representado con el demandado lo fue siendo menor y desde hace años no mantiene contacto es evidente que los videos más comprometedores y las cosas feas que tiene que marcarle a que hace referencia son necesariamente cuando era menor y se encuentran protegidas incluso para su uso no publicitario por las disposiciones del CNA referidas; que en la edición digital de El País del día de ayer apareció un artículo en la sección TVSHOW donde aparece el video referido, el que al momento de redactar este escrito había recibido unas cinco mil visitas; que el uso (propagandístico o de fotografías siendo menor) ilegítimo no se limita a lo anterior, a través de otros video, fotos y comentarios, aludiendo al actor, el demandado a intentado insistentemente vincularlo y utilizarlo como forma de promover y publicitar el rito afro-umbandista al que pertenece, y de esa forma, por efecto rebote, a si mismo; que la utilización de otros medios diferentes a la presente acción resultan totalmente ineficaces para evitar el daño del que se pretende amparar, en efecto la conducta no autorizada del demandado hace incurrir al compareciente en incumplimiento contractual, violándose la cláusulas de exclusividad contenidas en el contrato para

Pepsi, su falsa vinculación pública, además, a un rito promovido por alguien que alega realizar “brujerías para el bien y para el mal” y la utilización del apodo “brujito” puede también violar cláusulas contractuales que ponen al anunciante a salvo para el caso de que tomaran estado público en medios de difusión conductas del actor que pudieran considerarse contrarias a la moral o las buenas costumbres; que solicita se prohíba al demandado la utilización de la imagen de su representado con fines publicitarios y de videos, fotos o imágenes de su representado siendo menor, éstas últimas con cualquier fin, de cualquier tipo y todas por cualquier medio y se oficie a Facebook, WhastsUp y Youtube a efectos de que tome las medidas necesarias para evitar desde las cuentas de las respectivas redes sociales del demandado se realicen publicaciones, se suban videos o fotos que hagan referencia al actor y a Google, Microsoft y Yahoo para que procedan a bloquear en sus buscadores referencias que vinculen a P. V.” o “P. V. d. O.” a “J. M. G.”o “J. G.”.-

2) Por auto 2534/2015A se dispuso convocar a las partes a la audiencia de precepto, tener por agregada la prueba documental obrante en autos, intimar al demandado en los términos solicitados en la demanda y citar a los testigos propuestos por el actor para la audiencia convocada.-

3) A fs. 40 surge la actuación la notificación e intimación de la parte demandada del decreto 2534/2015.-

4) A fs. 43 a 45 luce agregada el acta resumida de la audiencia de precepto oportunamente convocada, a la que no compareció a la hora convocada el demandado, el actor se ratificó de su comparecencia, se fijó el objeto y de la prueba y se diligenció la prueba testimonial, en cuya oportunidad, siendo la hora la hora 13.10, ingresó el demandado sin asistencia letrada.-

Finalizado el diligenciamiento de la prueba testimonial se señaló el día de la fecha a efectos del dictado de la sentencia y sus fundamentos.-

CONSIDERANDO:

1) Que el objeto de la pretensión consiste en que se imponga al demandado la prohibición de la utilización de la imagen del actor con fines publicitarios y de cualquier tipo de imágenes del actor siendo menor.-

La causa de pedir radica en que el demandado ha utilizado imágenes del actor, sin su consentimiento, siendo menor, con fines publicitarios y comerciales y lucro personal del demandado quien además ha amenazado con utilizar videos más comprometedores, violando lo dispuesto en el art. 21 de la ley 9.739 y arts. 9 y 11 del CNA.-

El demandado no contestó la demanda, consecuentemente, conforme a lo dispuesto en el art. 130.2 del CGP, corresponde tener por ciertos los hechos alegados en la demanda en cuanto a que ha utilizado con fines comerciales y de lucro personal la imagen del actor cuando era menor y que ha amenazado con usar videos más comprometedores del mismo.-

Hechos que además surgen acreditados con la prueba diligenciada en autos, documental (fs. 5 a 23, 41 y 42), testimonial (fs. 43 y 44) y son de público conocimiento accediendo a las redes sociales.-

2) Que para que prospere la acción de Amparo deben concurrir los elementos objetivos reseñados en los arts. 1 y 2 de la Ley No. 16.011 que son en sustancia los que definen las características de este Instituto, a saber: un acto, hecho u omisión, que lesione, restrinja, altere o amenace un derecho o libertad reconocida, expresa o implícitamente por la Constitución, con manifiesta ilegitimidad, provocando o

amenazando provocar al titular del derecho un daño irreparable y por último que no existan en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado que se persigue con el Amparo o de existir que resultaren claramente ineficaces para tal pretensión (VIERA, La Ley de Amparo Edic. IDEA págs. 15 y ss.; SAGUES, Acción de Amparo págs. 166 y ss).-

La procedencia del Amparo como instituto excepcional y residual es entonces reservada solamente para las delicadas y extremas situaciones que por falta o insuficiencia clara de otros medios legales hace peligrar los derechos fundamentales, pero no involucra a la menor eficacia del medio jurídico existente sino las situaciones de explícita Ineficacia del mismo (SAGÜÉS Néstor Pedro, “Acción de Amparo”, ps. 166 y ss.; GELSI BIDART Adolfo, “Proceso de Amparo en la Ley del Uruguay”, en “La Acción de Amparo”, p. 46).'

Sin perjuicio de debe ello se comparte lo manifestado por Daniel Ochss en la Introducción de la Segunda Edición de su publicación La Acción de Amparo refiriendo a lo expuesto por el procesalista argentino Angel Armando Rivas en Judicatura N 25-26 pag. 39-40 en cuanto a que en una situación de amparo el juez, sin perder la equidistancia, ha de proceder en sentido tuitivo, ser proclive a la protección y no indiferente con la suerte del juicio y que al interés del particular en obtener protección se debe sumar el del Estado , sujeto a la voluntad constitucional , en hacer efectiva la protección prometida, es decir velar por la esencia de la la ley suprema, el juez deviene en guardián de la Justicia de la República y salvaguarda del imperio del Derecho, para posteriormente manifestar que en el amparo se debe asumir un rol de compromiso con la causa de los derechos fundamentales (Obra referida pags. 11 y 12).

3) Que los derechos protegidos por el Amparo son los consagrados expresa e implícitamente en la Constitución incluso de los contenidos en la Declaración de

Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en la Convención Americana de Derechos Humanos.-

El art. 7 de la Constitución de la República establece que todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce, de entre otros derechos, honor y propiedad y el art. 72 que la enumeración de derechos no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana.-

El art.17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por la Ley 13.751 y art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por la Ley 15.737 consagran el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, ni ataques ilegales a su honra y reputación y tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques .-

Los arts. 20 y 21 de la Ley 9.739 establecen que las fotografías que representen a una persona o retrato de una persona se consideran propiedad de ésta y no podrán ser puestos en el comercio sin el consentimiento expreso de la misma, admitiendo la libre la publicación cuando sea hecha con fines científicos, didácticos, culturales o de interés público o que se hubieran realizado en público, y ello por cuanto no existe un derecho absoluto a decir la verdad en toda circunstancia, sino que se requiere la concurrencia del interés público, como criterio habilitante para ello, si la divulgación no responde a esos fines excede los límites externos del derecho.-

El Profesor Gamarra enseña que "Es un principio universal, pacíficamente admitido hoy día, que el retrato de una persona no puede ser usado con fines propagandísticos o comerciales, sin el consentimiento de ésta, principio que, por lo demás, se deduce también de la mencionada regla general del inciso 1o. del Art. 21 de

la Ley de Derechos de Autor" (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIII, "Derecho a la a la imagen " (Retrato) pág. 113-117)

4) Que la ilegitimidad requerida por la norma se vincula con la noción de legalidad contenida en el art. 309 de la Constitución de la República, consistente en que la misma sea contraria a una regla de derecho o ingrese en la noción de desviación de poder. La ilegalidad ha de ser inequívoca y resultar del propio acto, hecho u omisión impugnado, en forma evidente, notoria.-

Teniéndose en cuenta que el derecho de imagen es un derecho constitucional y legalmente protegido y que también es un derecho constitucionalmente protegido la no injerencia arbitraria en la vida privada de la persona, surgiendo acreditado en autos que la imagen del actor ha sido vinculada al demandado en su calidad de "Pay" que realiza trabajos "para el bien y para el mal", con la finalidad de promocionar esa actividad que desarrolla con fines de lucro, y pretendiendo relacionar al actor con esa práctica, sin el consentimiento de éste, y cuando era menor, lo que está además prohibido por los arts. 9 y 11 del CNA; y que es obvio que dicha utilización de la imagen no tiene fines ni didácticos, ni culturales, ni de interés público y no surgen que las mismas se hubieran realizado en público; debe concluirse que la utilización de la imagen del actor por parte del demandado es manifiestamente ilegal.-

5) Que el actor, además de ser un reconocido jugador de fútbol profesional, celebró un contrato publicitario con Pepsi, de público conocimiento, en el cual, según manifiestan los testigos Silva y Cervieri, que participaron en la concreción del mismo, existe una cláusula de exclusividad y de rescisión de contrato por parte de Pepsi si el actor afecta la moralidad y las buenas costumbres (fs. 43 y 43 vuelta) por lo que la utilización que de la imagen del actor ilegitimamente realiza el demandado, provoca y amenaza provocarle un daño moral y económico irreparable.-

6) Que teniéndose en cuenta el acceso inmediato y masivo a las redes sociales y la incidencia que las mismas tienen en la conciencia del colectivo social se entiende que la acción de Amparo es la única vía procesal idónea para impedir que el demandado continúe vulnerando ilegítimamente el derecho a la imagen, propiedad e injerencia arbitraria en su vida privada del actor, además, cuando el mismo era menor y ocasionando y/o amenazando ocasionarle un daño irreparable.-

7) Que proviniendo el ataque al derecho de un hecho, corresponde estar en principio y salvo prueba en contrario, que en el caso no existe, a la fecha en que el actor alega haber conocido su ocurrencia, 8 de setiembre, a efectos del cómputo del plazo de caducidad establecido en el art. 30, que en el caso no se configura.-

8) Que de acuerdo a lo expuesto corresponde acoger in totum la acción de amparo promovida.-

9) Que la conducta procesal de las partes no amerita la imposición de sanciones procesales.-

Por los fundamentos expuestos.-

FALLO:

HACIENDO LUGAR A LA ACCION DE AMPARO Y EN SU MERITO CONDENANDO AL DEMANDADO A CESAR DE INMEDIATO EN LA UTILIZACION DE LA IMAGEN (VIDEOS, FOTOS, IMAGENES, O CUALQUIER OTRO MEDIO) DE J. M. G. INCLUSIVO DE NOMBRE, FAMA Y PRESTIGIO, CON FINES PUBLICITARIOS (PROPIOS O DE TERCEROS) O UTILIZACION DE CUALQUIER TIPO DE LA IMAGEN DEL MISMO CUANDO ERA MENOR.-

A EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA OFICIESE A FACEBOOK, WHASTSAPP Y YOUTUBE A EFECTOS DE QUE TOMEN LAS

MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR QUE DESDE LA CUENTAS DE LAS RESPECTIVAS REDES SOCIALES DEL DEMANDADO SE REALICEN PUBLICACIONES, SE SUBAN VIDEOS O FOTOS, QUE HAGAN REFERENCIA AL ACTOR CON FINES PROPAGANDISTICO DEL DEMANDADO O TERCEROS O DE CUALQUIER TIPO CUANDO EL ACTOR ERA MENOR Y A GOOGLE, MICROSOFT Y YAHOO PARA QUE BLOQUEN EN SUS BUSCADORES REFERENCIAS QUE VINCULEN A P. V. O P. V. D. O. A J. M. G. .O. J. G.; SIN ESPECIAL CONDENACION.-

CONSENTIDA O EJECUTORIADA, PREVIA REPOSICION DE VICESIMA ARCHIVESE. HONARIOS FICTOS 3 BPC.-

Dra. GLORIA SEGUSSA MORA
JUEZ LETRADO