

Partes: E. N. E. y ot. c/ TV Mar del Plata S.A. s/ daños y perjuicios
Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata
Sala/Juzgado: III
Fecha: 10-mar-2020

En la ciudad de Mar del Plata, a los días del mes de marzo de 2020 reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "E., N. E. Y OT S/ TV MAR DEL PLATA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Rodrigo H. Cataldo en atención a las excusaciones formuladas a fs. 220/1 y la integración dispuesta en el proveído del 30 de septiembre de 2019 (fs. 221).

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES:

- 1ª) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 13 de agosto de 2019?
- 2ª) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia definitiva dictada el 13 de agosto de 2019 viene a conocimiento de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada mediante escrito electrónico n° 22697471 del 03/09/2019. En lo que aquí interesa destacar, la jueza de primera instancia rechazó la defensa de falta de legitimación activa opuesta por TV Mar del Plata S.A. e hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios que promovieran N. E. E. -por su propio derecho- y N. C. y E. G. G. -en su carácter de herederos de C. G. G.- condenando a la firma accionada a pagarle a la primera la suma de \$150.000 y a los nombrados en último término \$150.000, más intereses y costas. Para así decidirlo, explicó que a la luz de lo normado por el art.1741 del Código Civil y Comercial el damnificado directo está legitimado para reclamar daño moral y la acción solo se transmite a sus sucesores universales si hubiera sido interpuesta en vida. Consideró que a la mediación prejudicial regulada en la Ley 13.951 debe asignársele un efecto análogo al requerido por la norma; esto es, que el inicio de esa instancia previa al pleito importa la exteriorización de su voluntad de accionar contra la demandada por los daños sufridos. Reparó en que la Acordada 2972 de la SCBA no exige la firma de las partes en el formulario de ingreso de datos y que medió poco tiempo entre el hecho que motiva el diferendo (9/1/17) y el fallecimiento de G. (7/3/17).

Ello, dijo la jueza, "impidió que el accionante pudiera per se promover la demanda judicial" y "se encontraba en una situación de especial

vulnerabilidad que debe ser merituada por el órgano jurisdiccional". Concluyó que el inicio de la mediación constituyó una exteriorización suficiente de la voluntad de accionar contra la demandada, motivo por el cual -a la luz del art. 1741 del CCyC- el derecho pretendido se transmitió a sus herederos. Seguidamente, evaluó la pretensión de los herederos de quien en vida fuera C. G. G., quienes reclamaron el daño sufrido por éste último. Consideró acreditado que el 9 de enero de 2017 la página web Ahora 10 efectuó una publicación titulada "Impactante foto: un paciente del HIGA usa un bidón como almohada", acompañada de una fotografía de un hombre acostado en una cama, con su cabeza sobre un bidón de agua a modo de almohada. La demandada cuestionó que la imagen fuera reconocida por familiares y amigos de la persona retratada, y afirmó que se mostraba únicamente el rostro de un lado, impidiendo la visualización y/o identificación de la persona (que, además, no se la menciona). Rechazó el argumento de la accionada por considerar que los testigos, allegados a la familia de los actores, manifestaron reconocer sin duda la imagen de G.

Agregó que la demandada no difuminó ni utilizó ningún recurso técnico para evitar que se viera el rostro del protagonista de la fotografía. Juzgó antijurídica la conducta del medio por ser violatorio al derecho personalísimo de la imagen, retratándolo en una situación de intimidad, vulnerabilidad y sin mediar conformidad. Destacó además que "la publicación no tenía contenido científico, cultural o educativo" en los términos del art. 53 del Código Civil y Comercial. Tampoco consideró que la publicación pudiese legitimarse por existir un interés general o institucional, sino solo una curiosidad general.

A todo evento, aclaró la colega, aun cuando pudiese alegarse el propósito de retratar la falta de insumos en el Hospital Interzonal, lo cierto es que en tal hipótesis el medio podía adoptar los recaudos necesarios para evitar perjuicios innecesarios con la difusión de la información (no publicar la fotografía o utilizar medios técnicos para que el rostro de G. no fuere reconocible). Destaca que la noticia no recaía sobre la persona del esposo de la accionante, que no era una figura pública, sino sobre las alegadas condiciones del Hospital. En lo tocante a la acción iure proprio ejercida por la Sra. N. E. E., consideró que el reclamo es procedente y se encuentra legitimada para percibir una indemnización por el daño moral sufrido. Afirmó que E. es damnificada directa en tanto la publicación de la fotografía de su marido internado, en condiciones de especial vulnerabilidad, sin su consentimiento e ilustrando una información que no se condecía con la realidad, ha afectado su derecho a la intimidad familiar. Reparó en que G. padecía de una enfermedad terminal de la que no tenían conocimiento sus allegados, quienes -salvo su esposa e hijos- se enteraron cuando accedieron a la publicación cuestionada. Ello provocó que se pusieran en contacto con E. y que ésta tuviere que dar

explicaciones sobre la salud de su marido y sobre la alegada falta de insumos en el hospital. Juzgó acreditado que el enfermo no quería que su entorno conociera su estado de salud y prefería mantenerlo en reserva. En cuanto a los daños, reconoció una indemnización a valores actuales de \$150.000 para la Sra. E. y \$150.000 para los herederos de C. G. G.

II. Síntesis del recurso. La demandada presentó su expresión de agravios mediante el escrito electrónico n°24244927 del 10/10/2019, mereciendo la réplica de la contraria a fs. 223/232. Sus argumentos pueden sintetizarse de la siguiente manera: i) Cuestiona el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa. Afirma que G. falleció antes de formalizar reclamo alguno y se desconoce si esa hubiera sido su real voluntad.

Entiende que el solo inicio de una mediación a su nombre no justifica esa legitimación: no hay constancia de haber firmado planilla ni otorgado poder al letrado para que inicie al reclamo. ii) Objeta la procedencia de los daños reclamados como consecuencia de la publicación que motiva el pleito. Afirma que la accionada nunca reconoció que la imagen fuera de G. y la actora tampoco probó esa circunstancia. La prueba de testigos es insuficiente para demostrarlo y cuestiona la credibilidad de los relatos de los familiares. Manifiesta que la publicación no hacía foco en la imagen ni nombraba a la persona, sino que acompañaba una noticia que es de conocimiento generalizado (esto es, la falta de insumos en hospitales públicos). Entiende que se verifican los fines sociales que habilitan la publicación de una imagen sin consentimiento del retratado e invoca a tal fin el derecho a la información y libertad de prensa. iii) Critica que la sentencia reconozca un daño a título personal a la Sra. E. a partir de la publicación de una noticia. Reitera que la imagen no permite reconocer a la persona retratada, no ridiculiza ni ofende a nadie. No ocasiona daño alguno. Destaca que la hermana de la actora reconoció haberse ocupado de hacer circular la publicación de manera viral. No es lógico, dice, que se reclame un daño ocasionado por una publicación que la propia familia procuró difundir. iv) Cuestiona la cuantía y procedencia de los daños reconocidos en la sentencia y pone de manifiesto que las sumas importan un enriquecimiento sin causa.

Por último, afirma que si el daño se cuantificó a valores actuales no corresponde aplicar retroactivamente intereses. Entiende improcedente el uso de la tasa pasiva BIP para liquidar los accesorios y exige que la alícuota que se aplique sea proporcionada y razonable.

III. Tratamiento del recurso. Analizaré en primer lugar los agravios que versan sobre la defensa de falta de legitimación activa; luego, abordaré aquellos que refieren a la supuesta ilicitud de la difusión de la imagen y la violación a la intimidad familiar de la Sra. E. Por último, me detendré

en las críticas vinculadas a la extensión del resarcimiento y los intereses moratorios.

III.1. La legitimación activa de los Sres. N. C. y E. G. G. Los Sres. N. C. y E. G. G. explicaron en su demanda que su padre inició la instancia de mediación obligatoria a fin de reclamar la reparación de los daños sufridos y que no pudo asistir a la primera audiencia el 29 de marzo de 2017 porque falleció el 7 de ese mismo mes (v. fs. 62/vta). La demandada, a su turno, opuso defensa de falta de legitimación activa con fundamento en que G. no inició la acción y por ello no operó la transmisión del derecho a sus herederos (v. punto 3 de su escrito de defensa). Reiteró su posición al fundar su recurso contra la sentencia que le fue adversa, afirmando que "G. falleció antes de formalizar reclamo alguno y se de[s]conoce si esa hubiera sido su real voluntad. El solo inicio de una mediación a su nombre no justifica esta legitimación. No existe constancia de haber firmado planilla en tal sentido ni otorgado a poder al abogado para que inicie el reclamo" (v. punto II.1 de la expresión de agravios). Tiene razón la recurrente. La legitimación de los hijos de C. G. G. dependía de la demostración de un hecho central: que su padre ejerció en vida la acción que ahora ellos pretenden continuar en su carácter de sucesores universales. Tal es la solución que se desprende del art. 1741 del CCyC y que, en este punto, es idéntica a la que contemplaba el derogado 1099 del CC. La colega de primera instancia afirmó que el inicio del trámite de mediación es suficiente para abastecer el recaudo que contempla el art. 1741 del Código Civil y Comercial para que opere la transmisibilidad mortis causa del derecho aquí controvertido.

Es decir, el requerimiento de mediación debe identificarse, a los efectos que la norma contempla, al ejercicio de la acción resarcitoria. Esta interpretación es razonable y no viene controvertida por las partes en la instancia recursiva. Pero aun aceptando esta exégesis, subsisten dos preguntas fundamentales de cuya respuesta depende la suerte de la defensa en tratamiento: 1) quién inició ese trámite de mediación y 2) de no haber sido el propio G., en qué medida la persona que realizó las diligencias para requerir la mediación estaba en condiciones de hacerlo en nombre y representación del titular del derecho que allí sería invocado. En otras palabras, la jueza explicó que la enfermedad impidió que G. inicie personalmente la demanda, pero no evaluó si acaso había sido él quien - o alguien en su nombre y con representación suficiente - inició la mediación a la cual le adjudicó un efecto análogo al que prevé la norma fondal. He revisado con atención las páginas que componen el expediente y no he logrado hallar elementos suficientes que permitan acreditar la efectiva y real exteriorización de la voluntad de C. G. G. de iniciar el trámite prejudicial regulado en la Ley 13.951 para someter a mediación y eventual litigio su derecho a ser resarcido por un daño extrapatrimonial. No hay rúbrica alguna del Sr. G. en las diligencias iniciales encaminadas

a requerir el sorteo de un profesional mediador. Tampoco se ha adjuntado un poder otorgado por G. y en el que hubiera dado representación suficiente al letrado que suscribió la planilla de inicio que obra glosada a fs. 2. Llegado el caso, una ratificación ulterior de esa actuación sin representación tampoco sería oponible a la demandada (art. 369 del CCyC). Ausentes estos elementos, no es posible considerar demostrado que G. solicitó personalmente la mediación ni tampoco puede enlazarse esa gestión técnica -me refiero a la del Dr. Giradi- con una manifestación de voluntad de quien se supone era uno de las dos personas que se menciona como requirentes en la planilla de fs. 2. Nada quita y nada agrega el hecho de que la regulación de la Suprema Corte bonaerense no exija firma de las partes en la planilla de inicio puesto que la modalidad admitida por la normativa -que apunta, en los hechos, a un aspecto estrictamente administrativo y procedimental-, no exime al juzgador de evaluar desde una óptica del derecho sustancial en qué medida es posible vincular la realización de ese trámite (el del Dr. Giradi) y los efectos jurídicos que naturalmente produce (considerarlo como el inicio de una acción en los términos del art. 1741 del CCyC) con la voluntad de un tercero de llevar a juicio un derecho patrimonial (el del Sr. G. a obtener el resarcimiento de un daño extrapatrimonial). La Sra. E. fue apoderada por su marido el 10 de febrero de 2017 (v. copia de fs. 14/8), pero el ejercicio de ese mandato no podía ir más allá de los reclamos extrajudiciales formulados por vía epistolar (fs. 19). En su condición de representante voluntaria de G., E. no tenía personería para ejercer derechos de su mandante en los estrados judiciales pues ella misma no era abogada de matrícula. De conformidad con lo normado en el art. 46 del CPCCBA y 92 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Abogacía (Ley 5177) no es posible actuar ante los tribunales en nombre de otro individuo sin ser abogado o procurador (esta Sala, c. 166.671 -"Sampedro." del 08/11/2018, entre muchos otros). Demás decir que el artículo 46 del CPCCBA menciona a la posibilidad de que el marido represente en juicio a su mujer sin presentar sin justificar el carácter que enviste pero: i) esa norma quedó virtualmente derogada en 1968 con la modificación del arts.57.4, 1276 y 1277 del Código Civil (Ley 17.711) y la eliminación de la incapacidad de ejercicio de la mujer adulta; y ii) a todo evento, y como correlato del modo en que se concebía la capacidad de hecho de la mujer, la norma operaba en un sentido -marido representando legalmente a la mujer- y no en el otro -mujer representando al marido-. La magistrada de primera instancia hizo mención a la enfermedad de G. y cómo ello impidió que pudiera ejercer personalmente la acción, justificando de ese modo -con cita en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad- una solución amplia y flexible que permita considerar que la mediación permite tener por satisfecho la exigencia del art. 1741 para la transmisión mortis causa del derecho a la

reparación por daño moral (véanse últimos cuatro párrafos del considerando I del fallo).

El argumento es solo parcialmente compartible. Como dije, la flexibilidad en la interpretación del art. 1741 del Código Civil y Comercial es válida y parece razonable considerar que el inicio del trámite de mediación, obligatorio en el ámbito de la provincia de Buenos Aires para este tipo de pleitos, se identifica con el ejercicio de la acción a que refiere el art. 1741 del CCyC. Pero esa flexibilidad no puede ir más allá del alcance asignado a la norma: los herederos pueden promover la demanda en tanto y en cuanto su causante hubiere requerido personalmente -o mediante representante voluntario o legal suficiente- el inicio del trámite de mediación. Sin este último recaudo no es posible considerar operada la transmisión mortis causa del derecho. No solo no se ha probado que G. inició o requirió al Dr. Giradi que inicie el trámite de mediación (o que la Sra. E. hubiera suplido su inhabilidad sustituyendo su mandato en el mencionado letrado para que suscriba en su nombre la planilla de fs.2) sino que tampoco hay en la causa elementos de convicción que permitan saber con precisión en qué momento el esposo de la Sra. E. quedó efectivamente imposibilitado de ejercitar su capacidad de hecho como consecuencia de su enfermedad. Solo es posible afirmar que al menos hasta el 10 de febrero de 2017 estuvo en condiciones de suscribir ante un escribano un poder de administración y disposición. Pero aún aceptando por hipótesis que a la fecha de inicio del trámite prejudicial G. estuvo imposibilitado de realizar actividad útil para ejercitar su derecho como consecuencia de su delicado estado de salud (tal es el escenario que pareciera asumir la colega en su sentencia), la solución no puede consistir en crear o presumir vínculos de representación voluntaria allí donde no los hubo (el de causante con el Dr. Giradi al iniciar la mediación) o a extender las potestades de actuación procesal a quienes no estaban legalmente habilitados para invocar y someter a mediación o juicio un derecho ajeno (Sra. E.). Si al iniciar la mediación el 22 de febrero de 2017 el Sr. G. ya se encontraba absolutamente imposibilitado de interaccionar con su entorno o de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato (no pudiendo, por ejemplo, iniciar una acción civil para reclamar la reparación de un daño injusto), pues entonces: 1) la Sra. E. ya no estaba en condiciones de suplir su inhabilidad para llevar a mediación y litigio el derecho resarcitorio de su mandante mediante la situación del poder de fs. 14/8 en el Dr. Giradi (tal incapacidad de ejercicio hubiera importado la revocación del mandato; arts. 32 y 1329 inc. "3" del CCyC). Ello sin perjuicio de que tal sustitución no fue invocada ni acreditada en el expediente; y 2) los aquí actores estaban legitimados para acudir ante la justicia de familia, invocar la incapacidad de ejercicio de G. y solicitar cautelarmente su representación (ya no voluntaria, sino legal) a los fines de instar la acción pertinente o realizar cualquier otra gestión judicial

urgente encaminada a la protección de sus derechos (arts. 32 últ. párr., 33 inciso "b", 34, 358 seg. párr. del Código Civil y Comercial).

Por todo lo dicho, propondré al acuerdo hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa opuesta por la accionada y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia desestimando la demanda incoada por N. C. G. y E. G. G. -en su carácter de herederos de C. G. G.- contra TV Mar del Plata S.A., con costas (art. 1741 del CCyC, 68 y 274 del CPCCBA).

III.2. La violación a la intimidad de la Sra. E.

III.2.a. La colega de la instancia anterior consideró que la difusión inconsulta y no autorizada de la imagen del Sr. G. constituyó un acto lesivo de la intimidad familiar de la Sra. E. y ello la habilita a reclamar una indemnización por daño moral en carácter de damnificada directa. Los agravios de la demandada no logran desvirtuar los sólidos argumentos en los que se sostiene la sentencia apelada, motivo por el cual -adelanto- el recurso debe ser rechazado. Las quejas de la accionada se dividen en tres ejes argumentales: i) sobre la reconocibilidad de la fotografía: alegó que la imagen no permite reconocer a G., que no afirmó que la imagen sea del esposo de E. y que la actora no acreditó esa circunstancia por otros medios (alega además inconsistencias en los testimonios de allegados de la coactora E. que desvirtúan sus relatos); ii) sobre el uso periodístico de la imagen: dijo que la publicación no hacía foco en la foto ni nombraba o ridiculizaba a la persona, sino que acompañaba una noticia vinculada a falta de insumos de hospitales públicos; agregó que existieron fines científicos, didácticos y culturales que exoneran de responsabilidad a quien publica una imagen sin consentimiento del retratado y iii) sobre su difusión: puso de relieve que la hermana de la actora reconoció que hizo circular la publicación en redes sociales.

Abordaré cada uno de estos puntos de manera individual.

III.2.b. Insistió la demandada en su memorial, como lo hizo al responder la demanda, que la fotografía publicada "no permite la identificación clara de la persona como para hacer suponer que fue reconocida públicamente" a la vez que cuestionó que la actora no haya demostrado por otros medios que la imagen pertenecía a su esposo. El argumento no es fundado. La reconocibilidad de la imagen no depende, como afirma la recurrente, de presentar y contrastar otros retratos de quien en vida fuera el esposo de la coactora ni de la expresa mención del nombre y apellido de la persona en la publicación periodística. Por el contrario, la reconocibilidad de G. debe juzgarse de modo objetivo, atendiendo a la naturaleza de la fotografía, la calidad y cantidad de información que brinda sobre las cualidades y particularidades físicas de la persona y, por último, a la razonable probabilidad de que esa información pueda llevar a que alguien vinculado a su entorno familiar o social lo reconozca. G. no

era una persona pública por lo que aquella cualidad de la imagen debe predicarse únicamente con relación a sus familiares, conocidos y allegados, y no con relación a terceros o al propio magistrado. La fotografía publicada por la demandada el 12 de enero de 2017 muestra el perfil completo de un hombre de mediana edad y en ella se pueden ver con suma claridad las facciones generales de un rostro, los accidentes y rasgos que contornean su físico y hasta puede verse un tatuaje ubicado en su brazo derecho. La imagen es de buena calidad y definición y no hay partes o fragmentos que hayan sido objeto de esfumados, pixelados o cualquier otro artilugio técnico que pudiere frustrar la exposición nítida y clara de los caracteres generales del sujeto fotografiado.

A mi modo de ver, esta cantidad de información visual es más que suficiente para que cualquier persona allegada a G. pueda reconocerlo sin mayores dificultades. A todo evento, el relato de los testigos Merluzzi, Solario y Fullone me resultan convincentes, sinceros y espontáneos y dieron sobrada cuenta de la reconocibilidad de la imagen y cómo supieron inmediatamente que la persona retratada era el esposo de la Sra. E. (v. fs. 190; art. art. 384 del CPCCBA).

III.2.c. Los agravios que refieren al uso periodístico de la imagen tampoco son admisibles. i. No parece razonable afirmar -como hace la recurrente en su memorial- que la publicación no hacía foco en la imagen cuando la nota fue titulada "Impactante foto: un paciente del HIGA usa un bidón como almohada" (el resaltado me pertenece) y sus primeras palabras narran que "La imagen indigna, entristece, da bronca". No solo el título de la publicación no anticipa en nada el contenido de la nota (reitero: hace explícito hincapié en la imagen, que describe y califica como "impactante") sino que la fotografía, a mi modo de ver, fue publicada con el indisimulable propósito de generar curiosidad y estupor en el público (pues, en definitiva, retrata a una persona en condiciones deplorables de higiene y comodidad que son incompatibles con las que debieran hallarse en un hospital). La conjunción de ambos factores no luce casual y constituye una práctica habitual en publicaciones periodísticas destinadas a circular por redes sociales (destaco que la totalidad de los testigos, salvo Fullone, refirieron que accedieron a la noticia por su difusión en Facebook). El medio periodístico anticipa parcialmente el contenido de la nota y brinda -o muchas veces exagera- elementos lo suficientemente atractivos como para generar en el lector una curiosidad que solo podrá satisfacerse si se ingresa -o sea, si se hace clic- en el enlace y se accede al contenido principal alojado en el sitio web de la empresa (en el que, como es frecuente, obtiene ingresos económicos derivados del tráfico, de la publicidad, etcétera). Bazaco, Redondo y Sánchez-García (investigadores de la Universidad de Valladolid, España) explican que el clickbait, traducido al castellano como "ciberanzuelo" o "cebo de clics", constituye una herramienta de periodismo viral que consiste en el diseño

de contenidos gancho que buscan atraer la atención de los lectores y animar a los usuarios a hacer clic en el vínculo de una página mediante una selección noticiosa, estrategias de redacción o uso de imágenes que hacen las veces de cebo.

El fenómeno del clickbait -dicen los autores- se incardina dentro de la llamada "economía de la atención" que refiere la competencia que establecen los generadores de contenidos para obtener el interés del público y monetizarlo en el contexto de un mercado saturado de estímulos informativos. El clickbait opera como técnica de captación de atención en redes sociales, y el propio diccionario Oxford digital lo contempla como un contenido cuyo propósito principal es llamar la atención y animar a los visitantes a hacer clic en un enlace a una página web en particular (A. Bazaco, M. Redondo, P. Sánchez-García (2019): "El clickbait como estrategia del periodismo viral: concepto y metodología". Revista Latina de Comunicación Social, 74, pp. 94 a 115; véase online en <http://www.revistalatinacs.org/074paper/1323/06es.html> -último día de visita: 04/03/2020-). Los autores señalan que el clickbait se estructura a partir de diversas fórmulas gancho, elementos que identifican al diseño de la noticia, y que incluyen -entre muchos otros- a: 1) la ausencia de datos relevantes o información incompleta o ambigua ("Un paciente del HIGA usa un bidón como almohada" sin explicar el motivo de la situación retratada o la supuesta problemática que le da origen), 2) adjetivación intensificadora ("Impactante foto:.") y 3) fotografías impactantes y/o curiosas (la imagen del propio G. en una situación tan íntima como llamativa en términos de higiene hospitalaria) [Bazaco, et.al., ob.cit.]. En suma, no es admisible el argumento de la firma demandada en torno al uso razonable y medido de la fotografía y su vinculación con el modo de producir el contenido periodístico. La fotografía era el elemento protagonista de la publicación: a ella apuntaba el título y en ella reposaba toda la estrategia de captación de atención de los potenciales lectores. ii. Tampoco es admisible que la recurrente invoque "fines científicos, didácticos y culturales" como eximente de responsabilidad. Si acaso la accionada pretendió invocar las causales reguladas en el artículo 53 inc. "b" del Código Civil y Comercial, la propia norma exige que el medio tome las precauciones suficientes para evitar daños innecesarios. Sobre este punto, y con muy buen tino, la jueza señaló que la demandada siquiera pixeló o esfumó el rostro de G. y procedió derechamente a difundir su perfil en un primer plano con altísimo nivel de detalle y definición, facilitando la reconocibilidad del rostro sin mayores inconvenientes. Esta sola circunstancia - por cierto, no cuestionada en el memorial- desvirtúa en su totalidad el argumento ensayado (arg. art. 260 del CPCCBA). iii. El medio también invocó en su recurso -aunque muy genéricamente- el derecho de información y la libertad de prensa como prerrogativa para justificar la divulgación no autorizada de la imagen del

Sr. G. El planteo tampoco es fundado. La intimidad es el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos. Tiene la misión de tutelar no solo la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus expresiones o comunicaciones, la de sus vínculos afectivos más cercanos y profundos y la del lugar donde habita o desarrolla su vida íntima; protege las proyecciones de su individualidad, su vida de relación personalísima y el espacio en que desenvuelve su existencia privada. La estrechez y la espiritualidad de los lazos familiares han inducido a considerar a la familia como poseedora de un ámbito propio y autónomo de identidad (Zavala de González, M. Derecho a la intimidad, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 82-4).

La tensión entre el derecho a la privacidad o intimidad y el derecho a la información y libertad de prensa de los medios periodísticos ya ha sido objeto de decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Como bien destacó la colega de la instancia anterior, el caso en estudio guarda importantes puntos de conexión con el conflicto que la Corte Suprema resolviera en 1984 en los autos "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A." (Fallos:306:1892). Allí, al igual que en este pleito, los actores invocaron un perjuicio propio por la divulgación inconsulta de una imagen que retrataba a una persona en condiciones sumamente vulnerables (un estado de salud delicado) y que -al decir de la Corte- importó una violación a la intimidad familiar. Dijo el Máximo Tribunal Federal en aquella oportunidad que el derecho a la privacidad e intimidad tiene su fundamento constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892, el subrayado me pertenece). La Corte Suprema reafirmó varios de estos conceptos en el caso "Franco, Julio C. c. Diario La Mañana"

(Fallos:330:4615). El caso guardaba algunas diferencias con el supuesto que motiva este pleito (allí se debatía la publicación de una fotografía de un cadáver tomado en el marco de un operativo policial realizado en una vivienda privada) pero lo traigo a colación puesto que en la lúcida disidencia de la Ministra Argibay se hizo foco en un punto que me interesa destacar: en el conflicto resuelto in re "Ponzetti de Balbín" -tal como ocurre con la imagen de C. G. G.- la imagen difundida por el medio periodístico había sido captada en un contexto de "intrusión en un espacio privado". La ilegitimidad de la divulgación de la fotografía de Ricardo Balbín -y la consecuente violación a la intimidad de su familia- radicó en el hecho de que el medio periodístico avasalló los límites que las personas habían dispuesto para sustraerse a la mirada pública, decisión individual preservada rígidamente por el derecho a la vida privada. Una elección semejante -dijo la Ministra en una apreciación que comparto- se vería perturbada indebidamente por la publicación de una imagen obtenida mediante una invasión ilegal de un espacio reservado o privado [fallo cit., voto de la Dra. Argibay, cons.6° y 7°]. En el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos, la Corte creada por el Pacto de San José de Costa Rica tiene dicho que el artículo 11 de este instrumento reconoce que toda persona tiene, entre otros, "derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencia". El ámbito de la privacidad "se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público" (caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, reparaciones y costas, Serie C n° 238, párr. 48, los destacados me pertenecen). Agregó además que "el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual implica, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación".

En definitiva, debe mediar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. En ese proceso de armonización, dijo la Corte IDH, "le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito" (fallo cit., párr.49 y 50). No encuentro razones de hecho o de

derecho que me lleven a adoptar una solución distinta a la que la Corte Federal estableciera en el caso "Ponzetti de Balbín". Si la Corte juzgó allí la ilegitimidad de la invasión a la intimidad familiar con la publicación periodística de la fotografía de una persona pública en un ámbito privado y en una delicadísima situación de salud, a fortiori debe considerarse ilegítima la perturbación a la intimidad familiar mediante la divulgación periodística de una fotografía tomada subrepticamente en la que se retrata el delicado estado de salud de una persona que carece por completo de fama o notoriedad (y que, además, también fue captada de modo ilícito en un ámbito completamente privado e íntimo, como es una internación hospitalaria). Digo más, la divulgación no autorizada de una fotografía de una persona en un ámbito de absoluta vulnerabilidad sanitaria e intimidad familiar no puede justificarse por el alegado interés del medio periodístico de retratar la [supuesta y controvertida] deficiencia infraestructural del nosocomio en el que se hallaba. Aun cuando ésta última hubiera sido la real intención del medio -propuesta que acepto solo por hipótesis- lo cierto es que el fin no logra justificar el medio escogido: el ejercicio regular del derecho a informar no habilitaba a la empresa demandada a: 1) invadir ilegalmente un espacio privado (que el hospital sea público no significa que la internación y los pacientes tengan igual carácter; art. 2, incs. "b", "c" y "d" de la Ley 26.529), 2) retratar un estado de salud crítico que importa acceder a información personal confidencial (art. 2 de la Ley 26.259) y 3) exponer públicamente un retrato perfectamente reconocible de una persona en situación de completa vulnerabilidad y perturbar un ámbito de la vida familiar que estaba destinado a quedar al margen de cualquier tipo de escrutinio o conocimiento público (art.19 de la CN y 52 del CCyC).

En otras palabras, la publicación de su imagen de perfil en primer plano sin ningún tipo de efecto de edición dirigido a frustrar su reconocibilidad constituyó una invasión ilegítima de un ámbito de autonomía individual que tiene base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, llevando a conocimiento público una circunstancia que -según se acreditó- el propio paciente quería que quedase en la más absoluta reserva y de conocimiento exclusivo familiar. Como correctamente resolvió la magistrada en su sentencia, la divulgación inconsulta y no autorizada de la imagen de G. importó una violación ilegítima al derecho a la intimidad de la Sra. E. y su reclamo resarcitorio -a mi modo de ver- ha sido debidamente admitido (art. 19 de la CN y 52 del CCyC).

III.2.c. Por último, no correrá mejor suerte el agravio referido a la actitud adoptada por la hermana de la coactora E. de "viralizar" la publicación efectuada por AHORA 10. La difusión a la que refirió la Sra. Sonia E. no tiene la dimensión ni los efectos que la demandada pretende endilgarle. La testigo dijo que hizo "medio viral" (sic) la noticia pero de su propio relato se desprende que esa difusión tuvo en verdad un alcance mucho

más modesto y acotado: la deponente aclaró que compartió la nota con sus hermanas (y dentro de ellas, solo a las que vivían en San Pedro) y a los hijos de éstas (o sea, a sus sobrinos, también de San Pedro). Nada hay nada de viral en esa difusión. La videograbación de los testimonios permite captar con precisión los modismos, giros e intenciones de la persona que declara. Permite comprender formas de expresión, dar sentido a las palabras y comprenderlas en el contexto y en modo en que son expresadas. Al ver el video de la audiencia de vista de causa pude reparar en la forma en que la testigo dramatiza y sobredimensiona la situación en aras de explicarle a la jueza su enojo con la decisión de su hermana de mantener en secreto familiar el cáncer que sufría su cuñado. Dijo que lo hizo "medio viral" pero acompañó ese giro de una pequeña carcajada, lo que deja en claro, a mi modo de ver, que la calificación no debía ser interpretada en su literalidad y pretendía demostrar cómo su decisión contrastaba con el deseo de su hermana de que la familia extendida no se entere de la enfermedad de C. G. (de hecho, reitero, enunció a quién le compartió la noticia y ese grupo de personas descrito era sumamente acotado). El relato de la Sra. Sonia E. pone de relieve que esa difusión entre familiares de San Pedro era una consecuencia más de un conflicto familiar generado por la divulgación de la imagen a manos del medio periodístico aquí demandado. La testigo reconoció que su propia actitud -esto es, su descontento con su hermana por ocultarle la enfermedad de su cuñado- estaba agravando un estado disvalioso y una angustia ya existente en la coactora y que había sido ocasionado por la propagación de la publicación. Dijo: "me enojo yo con mi hermana y era agregarle todavía más angustia a ella" y aclaró luego que N. "[e]staba destrozada. La carga emocional que ella tenía por el estado en que estaba el marido tenía que cargar con la carga emocional de todos los que le reclamábamos que por medio de una foto nosotros nos teníamos que enterar el estado de mi cuñado". Aclaró luego -y cito textual- "yo no lo consideré así; ella no quería pero yo creía otra cosa (.) yo creía que estaban en todo su derecho las personas que queríamos a que vieran cómo estaba él y saber del estado de salud de mi cuñado". Este relato es clarificador a la hora de formar convicción sobre la sinceridad de los hechos en los que la coactora E. sustenta su reclamo resarcitorio.

Es claro para mí que la divulgación inconsulta de la imagen de G. generó un grave conflicto en el seno de la familia de la coactora, no solo por tener que responder inquietudes de otros parientes sobre el estado de salud de su esposo (todo ello ínterin lidiaba con el cuidado de su compañero enfermo) sino también por el enojo de aquellos que no compartían esa decisión de mantener en reserva la delicada situación que G. atravesaba. Su hermana reconoce que ella formaba parte de un colectivo más grande de familiares que, luego de acceder a la publicación, le reprocharon expresamente su decisión de mantener en secreto la enfermedad de su

marido. Lo que quiero significar, en definitiva, es que el relato de la hermana de la Sra. E. me persuade de que la limitadísima difusión que hizo de la noticia entre familiares cercanos de San Pedro (y más allá de la sobredimensionada calificación de "medio viral") fue posterior al diferendo que ella tuvo con su hermana y posterior también a la divulgación original del medio periodístico (siendo esta última y no aquella la que ocasionó el conflicto familiar y la consecuente angustia de la actora que da sustento al reclamo indemnizatorio). Por último, no puedo dejar de destacar que el argumento de la demandada es sumamente débil por una razón práctica: no parece razonable pretender afirmar que la acotada difusión entre un puñado de personas de San Pedro -y no la divulgación general por redes sociales de uno de los medios periodísticos más importantes de la zona- fue la que generó el conflicto familiar y la profunda angustia de la Sra. E. por la publicidad de una información íntima destinada a quedar en reserva (art. 19 de la CN).

III.3. El daño y los intereses moratorios Resta abordar dos puntos de crítica que la demandada formuló en su expresión de agravios: la procedencia y cuantía del daño moral y el modo de liquidar los intereses moratorios.

III.3.a. Las quejas que refieren al daño extrapatrimonial son inadmisibles. He escuchado con atención la declaración de los testigos Fullone, Solari y Merluzzi y su relato me ha permitido dimensionar la angustia, el sinsabor y la bronca que debió sentir la Sra. E. al tomar conocimiento de la divulgación indebida de la imagen de su esposo. Ya me he referido en detalle a las palabras de la hermana de la actora y al modo en que narró el conflicto familiar suscitado luego de la publicación. La violación al derecho personalísimo a la intimidad producto de la difusión de la imagen trajo consigo un conflicto familiar profundo, generado por la objeción y el reproche generalizado que muchos allegados le hacían sobre la decisión de mantener en reserva la enfermedad de su esposo. Al esperable dolor que transitaba por tener a su compañero de vida enfermo en un hospital en la víspera de su muerte se le sumó la angustia generada por tener que responder dudas e inquietudes de aquellos que querían saber sobre la salud de C. G. e incluso tener que resistir las quejas de quienes cuestionaban su decisión de guardar el secreto.

El punto es que, contrariamente a lo argumentado por la accionada, encuentro en estas circunstancias un material de convicción más que suficiente para considerar demostrada la afección moral cuya reparación se reclama y no se han brindado argumentos de peso, serios y atendibles (por fuera de genéricas referencias a enriquecimientos sin causa o cuestionamientos análogos carentes de fundamento) que permitan considerar elevada, excesiva o desproporcionada la suma reconocida por la jueza. La decisión, en este punto, también debe ser confirmada (arts. 1741 del CCyC y 375 del CPCCBA).

III.3.b. Finalmente, corresponde desestimar los agravios vinculados a los intereses moratorios. La jueza ha aplicado correctamente la doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que los casos "Vera" (C. 120.536 del 18/04/2018) y "Nidera S.A." (C. 121.134, del 3/05/2018) en los que resolvió que los intereses moratorios de rubros resarcitorios cuantificados a valores actuales deben liquidarse a una tasa pura del 6% anual desde el momento en el que se produce el perjuicio y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda, y de allí en más la tasa judicial ordinaria que emerge de su doctrina legal (tasa pasiva más alta aplicable a depósitos a treinta días, conforme lo resuelto en "Cabrera." Ac.119.176 del 15/06/2016). A diferencia de lo alegado por la recurrente, la cuantificación a valores actuales de un rubro resarcitorio no impide que se devenguen intereses desde el día en el que ese perjuicio tuvo su génesis (de hecho, tal es la manda que contiene el art. 1748 del CCyC). Lo que corresponde a los fines de evitar la superposición de dos mecanismos de corrección encaminados a mantener el valor económico del capital es efectuar un ajuste en las tasas, distinguiendo tramos de tasas puras (desde la producción del daño hasta el momento tenido en cuenta para definir el quantum debeatur) y tasas bancarias (desde éste último hito hasta el efectivo pago).

Así lo hizo la magistrada y la solución, por ello, es correcta. Tampoco son fundados los cuestionamientos a la tasa escogida por la jueza para liquidar el tramo de accesorios que va desde el fallo hasta el efectivo pago. La demandada no repara -ni en este punto ni en todo el agravio- en que la tasa no ha sido escogida por la magistrada sino que ha obedecido a una directa aplicación de la doctrina legal de la Casación en dos decisiones de mérito de fecha reciente que el recurso siquiera menciona. A todo evento, el argumento es inadmisibles por otra razón: el hecho de que la tasa utilizada en el fallo sea una tasa bancaria nada nos dice en términos de su justicia y su corrección. El artículo 768 inc. "c" del Código Civil y Comercial establece que las tasas judiciales deben ser fijadas de acuerdo a lo que establezca el Banco Central (entidad que, justamente, ejerce superintendencia sobre entidades financieras y son éstas últimas las que con mayor o menor libertad establecen el precio de sus distintos servicios financieros -o sea, fijan las alícuotas pasivas y activas con las que captan o prestan el ahorro de sus clientes- [art. 4 de la Ley 21.526]). Además, la tasa escogida por la SCBA tiene un fundamento concreto que la recurrente tampoco intenta derrotar: el daño moratorio, a la luz del criterio cortesano, se identifica con la pérdida de la renta que el capital debido le hubiera procurado al acreedor si era pagado en tiempo y forma y era colocado a plazo fijo. Partiendo de esa premisa basilar -reitero: no controvertida por la demandada- es razonable escoger el plazo fijo más rentable que una persona utilizaría para colocar sus ahorros en un banco (servicio financiero para el cual el banco paga una tasa pasiva).

Por lo demás, existiendo doctrina legal en la materia que es objeto de agravio, no son admisibles los argumentos complementarios que la recurrente invoca con base en citas jurisprudenciales de fechas muy pasadas y de tribunales ordinarios de apelación (Quilmes y La Plata de 2002 y 1994 respectivamente), o que refieren a plenarios de otras jurisdicciones ("Samudio", de la Cámara Nacional Civil) o que contienen referencias a la fallos Corte Suprema en cuestiones no federales de derecho común (Fallos 326:259, in re "Ferro de Goce"). Por todo ello, propondré al acuerdo desestimar el agravio en tratamiento (arts. 768, 1748 y cctes. del CCyC; 242, 260 y cctes. del CPCCBA). ASI LO VOTO El Sr. Juez Rodrigo H. Cataldo votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte demandada y, en consecuencia, hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa opuesta por TV Mar del Plata S.A. desestimando la demanda de daños y perjuicios incoada por los Sres. N. C. G. y E. G. G., en su carácter de herederos de C. G. G.

II. Confirmar la sentencia de primera instancia en toda otra cuestión que hubiere sido motivo de agravio;

III. Imponer las costas de la siguiente manera: (i) por la acción intentada por los Sres. N. C. y E. G. G., las costas de ambas instancias se imponen a los actores en su carácter de parte vencida; (ii) por la acción promovida iure proprio por la Sra. N.E. E., las costas se imponen a la demandada en su carácter de parte vencida (art. 68 y 274 del CPCCBA); IV. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967) ASI LO VOTO El Sr. Juez Rodrigo H. Cataldo votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente SENTENCIA:

Por los fundamentos dados en el precedente Acuerdo se resuelve:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte demandada y, en consecuencia, hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa opuesta por TV Mar del Plata S.A. desestimando la demanda de daños y perjuicios de los Sres. N. C. G. y E. G. G., en su carácter de herederos de C. G. G.

II. Confirmar la sentencia de primera instancia en toda otra cuestión que hubiere sido motivo de agravio;

III) Imponer las costas de la siguiente manera: (i) por la acción intentada por los Sres. N. C. y E. G. G., las costas de ambas instancias se imponen a los actores en su carácter de parte vencida; (ii) por la acción promovida iure proprio por la Sra. N. E. E., las costas se imponen a la demandada en su carácter de parte vencida (art. 68 y 274 del CPCCBA);

IV. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967). V. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135) y, oportunamente, devuélvase. RICARDO D. MONTERISI
RODRIGO H. CATALDO JUEZ JUEZ PABLO D. ANTONINI SECRETARIO