EXPTE N° 18216/2015 "N, M G c/ KAPOW SA s/DAÑOS Y PERJUICIOS" Juzg N° 34

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de Mayo del año dos mil veintiuno, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados **"N, M G c/ KAPOW SA s/DAÑOS Y PERJUICIOS"** respecto de la sentencia de fecha 21 de Octubre de 2020 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo, arrojó como resultado que la votación debía realizarse en el siguiente orden: La Sra Jueza de Cámara Dra. **GABRIELA MARIEL SCOLARICI -** la Sra Jueza de Cámara **Dra. BEATRIZ A. VERON.** el Sr. Juez de Cámara **Dr. MAXIMILIANO L. CAIA**

A la cuestión propuesta, la Dra. Gabriela Mariel Scolarici, dijo:

I. La sentencia de primera instancia dictada con fecha 21 de Octubre de 2020 rechazó la demanda promovida por M G N, por si y en representación de su hijo, menor de edad, A N contra Kapow S.A., con costas del proceso en el orden causado, por considerar que el actor pudo considerarse con derecho a reclamar como lo hizo (art. 68 CPCCN) y difiriendo la regulación de los honorarios profesionales, para la oportunidad en que el pronunciamiento se encuentre firme.

II. Por resolución de fecha 19 de febrero de 2021, al no haber cumplido la parte actora con la carga impuesta por el artículo 259 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se declaró desierto el

recurso de apelación interpuesto con fecha 26 de octubre de 2020 (conf. Art.266 CPCC), concedido libremente contra la sentencia de grado, con fecha 28 de octubre de 2020.

A fs.387/390 luce el dictamen la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces quien manteniendo el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces de grado a fs. 380, solicita se revoque la sentencia, haciéndose lugar al daño moral peticionado para su representado, a quien -según sostiene- se le ha vulnerado su derecho a la imagen y su derecho a la privacidad, dignidad y la protección que su interés superior impone.

A fs. 395 la parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara.-

En el marco de las Acordadas 31/20 y concs. de la CSJN, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Hechos

La presente acción tiene su origen en el reclamo efectuado por M G N, por su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad, A N contra la accionada Kapow S.A.

Manifiesta en su libelo de inicio que con fecha 11 de Noviembre de 2013 en el programa televisivo “Cocineros Argentinos” alrededor de las 11.39 hrs se presentó una sección llamada “Plan de Alimentación”, dedicada a hablar sobre las dietas de verano, que allí mostraron su imagen, comiendo con su familia en un restaurante, al que había ido varias veces. Señala que mostraron la mesa que estaba compartiendo con su mujer, hijo y hermana; que su imagen estaba en primera plana y en un par de tomas también su hijo menor, en el caso de su mujer fue diferente puesto que no la mostraron de frente.

Expresa que la imagen que recuerda como más triste es cuando se está llevando comida a la boca, y que el conductor del programa dijo “este tipo de alimentación es contraria para bajar de peso”.

Señala que no sólo mostraron imágenes suyas y de su hijo sin autorización, aclarando que no se trata de un programa de investigación médica ni de divulgación científica, sino de interés general sobre cocina, que lo mostraron como “lo malo”, “el que está haciendo algo no debido”, fuera de los cánones sociales “ideales” que fue la imagen del mal ejemplo para una sección de comida en dicho programa sobre la dieta de verano, es decir de manera discriminatoria y peyorativa, sufriendo los daños y perjuicios que detalla y por los cuales acciona.

IV. Como previo y con relación al derecho aplicable, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente –y con excepción de ciertas normas puntuales de la nueva legislación que resultan inmediatamente aplicables, según se expondrá en cada caso-, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultraactividad en este supuesto (art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación, vid. Roubier, Paul, *Le droit transitorite. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

V. Agravios

Se agravia el Ministerio Público de la Defensa sustancialmente en torno al rechazo de la acción por considerar el Sr. Juez de grado

que no se han visto vulnerados el derecho a la imagen y el derecho a la privacidad en oportunidad de la trasmisión del programa “Cocineros Argentinos” emitido el día 11 de Noviembre de 2013, enfatizando que se ha hecho uso de la imagen de un menor de manera arbitraria, sin consentimiento, perjudicándose de esta forma el interés superior de su representado, afectándose su derecho a la intimidad.

Resaltó que la difusión no autorizada de la imagen importó un abuso del derecho de libertad de prensa, una intromisión indebida en la vida privada con aptitud para perturbar la intimidad, difundiendo hechos propios de la esfera de los derechos personalísimos con el único fin de obtener un lucro. Indica que es la conclusión que deviene como derivación lógica de la interpretación del art. 19, Constitución Nacional, art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

VI. He de señalar, en primer término que la expresión de agravios supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente.-

Reiteradamente hemos sostenido que el recurso de apelación no implica una pretensión distinta o autónoma con respecto a la pretensión originaria, sino una eventual derivación de ésta que constituye el objeto, la que ya no se puede modificar en sus elementos. Se ha declarado que únicamente es fundado cuando en razón de su contenido sustancial es apropiado para la obtención de una resolución que reforme, modifique, amplíe o anule el pronunciamiento impugnado. Caso contrario, debe declararse desierto el recurso (C.N.Civ., esta Sala, 1/10/09, expte. Nº 2.575/2004 “Cugliari, Antonio Carlos Humberto c/ BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca”. Ídem., 23/6/2010, expte. Nº 59.366/2004

“Berdier, Tristán Marcelo c/ Snitovsky, Luis y otro s/ daños y perjuicios”).-

Este Tribunal ha sostenido que es imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestren argumentalmente el error de juzgamiento que se le atribuye. La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que ésta no está facultada constitucionalmente para suplir el déficit argumental o las quejas que no dedujo (Conf. CNCiv., esta Sala, 24/9/09, Expte. Nº 89.532/2006, “M. R. E c/ F, R A”; Ídem, 18/2/2010 expte. Nº 100.658/2000 “Coronel, Juan Carlos y otros c/ Cerzosimo, Claudio Fabián y otros s/ daños y perjuicios” Ídem. Id, 15/7/2010, expte. Nº 72.250/2002 “Celi, Walter Benjamín y otro c/ Salvador M. Pestelli Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios” entre muchos otros).

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la

Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988).

Si bien en la especie podría considerarse que no se configuran estos recaudos, dados los contundentes fundamentos del pronunciamiento apelado, este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. (Conf. CNCiv. esta Sala 18/3/2021 Expte. N° 41469/2017 “Serra, Susana Alicia c/ Arguello, Federico y otro s/División de Condominio” entre muchos otros).

Por ello, aun cuando la expresión de agravios pueda no reunir todos los recaudos procedimentales impuestos, procederé a efectuar algunas precisiones sobre los cuestionamientos del planteo recursivo impetrado.

VII. Encuadre Jurídico

VII a) Atento a los términos de la expresión de agravios, que delimitan la actuación de esta Alzada, el nudo medular de la cuestión se centra en la existencia de vulneración alguna -de acuerdo a las circunstancias- a los derechos personalísimos del niño, reparando especialmente en la tensión existente entre el derecho a la información, que tienen los medios o comunicadores sociales de informar y buscar información como el de toda persona a expresar sus ideas y a informarse, y el derecho que tienen las personas a protegerse contra los abusos que provienen de los medios de comunicación o de un particular.

Es decir, la contraposición entre la libertad de expresión como premisa jurídica angular del Estado constitucional de derecho, frente al derecho a la imagen y a la intimidad -especialmente en el caso de un menor- consagrados en art. 19 de la Constitución Nacional, art. 1071 bis del Código Civil, art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica; y art.16 inc.1°Convención de los Derechos del Niño.

Se trata de examinar si la conducta asumida por la demandada, fue violatoria de los mencionados derechos personalísimos del niño, provocando como consecuencia del hecho, un interés de afección que responsabilice a la emplazada a reparar las consecuencias disvaliosas que derivaron de su accionar, destacando el énfasis que corresponde imprimir, en la tutela del resguardo de la intimidad de niñas, niños y adolescentes.

VII, b) El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica y al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, 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 ello 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" (CSJN, G. 556. XXIII."G, F c/A, J.", 15/04/1993, Fallos: 316:703)

Zavala de Gonzalez enseña que la reserva como bien jurídico protegido es la cobertura espiritual, envoltura o disfraz que envuelve o protege cierto sector de la vida de toda persona, cerrándolo, no descubriéndolo, guardándolo con exclusividad, apartando injerencias,

intromisiones y fiscalizaciones (Zavala de Gonzalez, Matilde, *Derecho a la intimidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 73)

La vida privada, entonces, conforme surge del art. 1071 bis del Código derogado, es el conjunto de datos, hechos o situaciones, desconocidos por la comunidad y reservados al conocimiento bien del sujeto mismo, bien como un grupo reducido de personas y se entiende por violación de la intimidad a cualquier forma de perturbación arbitraria de los sentimientos aunque ella provenga de la difusión o atribución de hechos o circunstancias falsos o erróneos (Goldenberg, Isidoro, "La tutela jurídica de la vida privada", LL 1976-A-576; Mosset Iturraspe, Jorge, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, T. I, pág. 106; Zavala de Gonzalez, Matilde, *Derecho a la intimidad*, Abeledo Perrot, , Buenos Aires, 1982,pág. 112, entre otros)

La jurisprudencia y la doctrina en nuestro país han efectuado una profusa elaboración de la protección del derecho a la intimidad, a la que remitimos en honor a la brevedad. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto vinculando este derecho con la libertad y autonomía de cada persona, y considerando que su divulgación por terceros ajenos implica un peligro real o potencial del derecho.

Cifuentes encuentra en este derecho tres aspectos bien diferenciados: el primero comprende las conductas, vicisitudes, situaciones, circunstancias estrictamente personales, ajenas a una publicidad no querida; el segundo aspecto recae sobre todo lo referido de manera estricta a la noción de secreto; y el tercero, apunta a la entrada subrepticia en recintos privados y a la violación de domicilio (Cifuentes, Santos, "El derecho a la intimidad", ED 57-832; y

Cifuentes, Santos, *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires 1995, pág 543 y ss)

De allí que corresponda distinguir aquello que conforma la vida privada de las personas, que deriva del principio de reserva relativo a las acciones privadas, vgr en su domicilio particular, su correspondencia o sus conversaciones telefónicas o por otros medios digitales (art. 18 de la Constitución Nacional); de la vida pública que comprende aquellos momentos en los que la persona irrumpe en la vida social, en la interacción con los otros, ajenos al ámbito íntimo o familiar, sea por su profesión, trabajo, actividad, etc y comienza con el límite de lo que se considera la "vida privada", es decir cuando se trasciende la intimidad, y comienza la interactuación con el exterior, cuyo conocimiento ya no está descubierto de la mirada de terceros.

VII.c) En cuanto al derecho de imagen y conforme surge del Diccionario de la Real Academia Española, la palabra "imagen", proviene del latín imāgo-ĭnis y en su primera acepción se define como: "1. f. .Figura, representación, semejanza y apariencia de algo".

La doctrina mayoritaria concibe al derecho a la imagen como aquel que protege de las agresiones a la integridad espiritual de la persona, con el objeto de impedir el avasallamiento de la manifestación externa o visible de la personalidad humana en cualquiera de sus formas (reproducción o captación de alguna parte del cuerpo, de la voz, de los gestos, utilizando para ello cualquier medio como fotografía, escultura, imitación, filmación, grabación, etc.) (Rivera Julio C-Crovi Luis Daniel, *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, pág 414; Borda, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, La ley, Buenos Aires, 2008, T. I págs..324/5; Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 513; Fissore, Diego M., "Los derechos de la

personalidad espiritual en el CCCN", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015-3, pág. 153; Hooft, Irene, "La protección de la imagen", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006-2, pág. 337/8; Gregorini Clusellas Eduardo L, "La violación del Derecho a la propia imagen y su reparación", LL 1996-D-136; Cobas, Manuel O.,, "La divulgación de la imagen de una persona sin su consentimiento como presupuesto del hecho ilícito y el daño indemnizable", DJ05/12/2012, 18; Crovi, Luis Daniel, "En resguardo de la imagen y de la ganancia perdida", JA 2005-II-325; Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil por violación del derecho a preservar la propia imagen", ED 171-94; LLambías, J.J., *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, T I, pág. 254; Ghersi, Carlos A., "Derecho personalísimo a la imagen", Derechos personalísimos, Thomson Reuters, 2015; Lanata, Alejandro, "El derecho a la imagen y los deportistas, SJA 2017/08/23; Laplacette, Carlos J, "Fotografías, retratos y libertad de expresión", DJ 19/06/2013,3; Picasso, Sebastian, "Nuevas fronteras del derecho a la Imagen", JA 2005-II-1251; Lovece, Graciela, "El derecho personalísimo a la propia imagen", 18/2/ 2008, MJ-DOC-3360-AR | MJD3360; Márquez, José Fernando, "La doctrina de la real malicia y violación del derecho a la imagen", LL 2012-B, 109; Gorosito Perez, Alejandro, "Exégesis del Derecho a la propia imagen", http://www.revistapersona.com.ar/Persona37/37Gorosito.htm,entre muchos otros).

Este criterio que enaltece y protege el derecho a la imagen también es sustentado por el derecho comparado y así ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 14/2003 que expresa: "En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen… se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión

moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde…El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”(Tribunal Constitucional Español, Sala 2da., Sentencia 14/2003, de 30 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo núm. 4184/2000)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera, en este mismo sentido, que la imagen de la persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela las características únicas de la persona y distingue a la persona de sus pares; el derecho a la protección de la propia imagen es, pues, uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, presupone principalmente el derecho del individuo a controlar el uso de esa imagen, incluido el derecho a denegar su publicación (TEDH, “Von Hannover v. Germany”, Grand Chamber Judgment, 07/02/2012,

“Right to the Protection of one´s Image”, Press Unit, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf)

La Corte de Apelaciones de Paris, sostiene asimismo que “toda persona tiene sobre su imagen y sobre la utilización que de ella sea hace un derecho absoluto que le permite oponerse a su reproducción y a su difusión sin su autorización expresa, sea cual fuere el soporte utilizado” Cour d´Appel de Paris, “H. E. c. L.V. “, 10/2/99, 14è chambre, section À RO NI - 1998116424 - 7ème page)

Existe consenso en que el derecho a la imagen es, entonces, emanación de un derecho personalísimo, cuya tutela como el derecho al honor o la intimidad, es autónoma y forma parte con aquéllos de una categoría amplia: el derecho a la integridad espiritual. La imagen o apariencia de una persona es protegida en forma autónoma, aun cuando también puede o no ella ser sustento de un ataque al honor o su intimidad (CNCiv, 03/12/2015, Expte. N° 114.298/2010 Sala H, “O, J. c/ M y C P SA C M G UTE; s/ Daños y Perjuicios”).

La protección del derecho a la propia imagen es independiente de la tutela al honor y a la intimidad. Toda persona tiene sobre ella un derecho exclusivo que se extiende a su utilización de modo de poder oponerse a su difusión sin su autorización (Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires,.”V, D F. c/ E P S.A. s/ Daños y perjuicios”, 29/11/2000, SAIJ: SUB0025559).

La Constitución Nacional protege la esfera de la individualidad personal (art. 19) pues no solo ampara el respeto de las acciones realizadas en privado, sino también el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea y uno de los aspectos centrales de la protección de dicho ámbito está constituido por la tutela del derecho a la imagen de la persona, cuya dimensión jurídica trasciende las fronteras del derecho de propiedad, dado que pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, necesario para mantener una calidad

Fecha de firma: 13/05/2021
Firmado por: MARIANO CARLOS GIGLI, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MAXIMILIANO LUIS CAIA, JUEZ DE CAMARA

#26817134#289653657#20210513095219333

mínima de la vida humana (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda)(CSJN, “G.,C.V. c/G.INC. s/Daños y perjuicios” 12/09/2017, Fallos: 340:1236)

Además de la protección constitucional y convencional del derecho a la imagen, corresponde acudir al entonces vigente art. 31 de la ley 11723 –que prohibía la reproducción del “retrato fotográfico” de una persona para “ser puesto en el comercio” sin su consentimiento, y al art. 1071 bis del Código Civil derogado (t. O. ley 21173 que calificaba como conducta ilícita a la publicación de “retratos”, entre otras leyes como la ya mencionada 26061, que tutela el derecho a la imagen de los menores de edad.

Cabe recordar que no obstante que la ley 11723 se refiera a "retrato fotográfico", en general existe acuerdo de que éste se aplica analógicamente a cualquier forma de reproducción de imagen de las personas, en tanto sea posible identificar a aquellas por lo que debe considerarse todo tipo de expresión que instrumenta esa imagen (dibujos, pinturas, esculturas, fotografía de cualquier clase, televisión y/o cualquier otra). (CNCiv Sala D. "W. de F., C.F. c/ Ediarte SA, 10/10/96, ídem Sala I, 31/08/95, "Rother, Sergio H.y otro c/ Cica SA Industrias Alimenticias y otros" ídem id, esta sala, 8/10/2007 “Alsogaray Francisco Carlos c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. s/ daños y perjuicios”.

A su vez y aun cuando no resulta aplicable al caso de autos, cabe mencionar que el actual Código Civil y Comercial de la Nación, sistematiza los derechos y actos personalísimos en Libro I, Título I, Capítulo III -arts. 51 a 61-, regula el derecho a la imagen en el art. 53 , marcando el camino de la constitucionalización del derecho privado y la consagración de la protección especial de los derechos personalísimos, en el caso, de la tutela de la personalidad espiritual, entre los que se encuentra el derecho a la imagen intimidad, etc. emanados de la dignidad personal (Rivera, Julio C., "La

constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Cód.Civil y Comercial", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo-Perrot, pág.12).

Asimismo, el derecho a la propia imagen, como acertadamente señalan Villalba y Lipszyc (cfr. "Protección de la propia imagen", LL 1980-C-815) debe interpretarse en el sentido que la normativa citada prohíbe genéricamente la publicación de la imagen, y no solamente su puesta en el comercio; refiriéndose el art. 31 -de manera exclusiva- a todos aquellos casos en que una imagen es difundida sin el consentimiento de la persona a la que corresponde, independientemente de que con esa difusión pública se cause o no una lesión a otros derechos, económicos o morales. (Conf CNCiv, Sala B, del 13/7/2007 “ V. T. M. E. c/ América TV S.A. s/ daños y perjuicios” Cita: MJ-JU-M-16765-AR | MJJ16765 | MJJ16765).

Sin embargo, la prohibición lejos está de ser absoluta, pues el art. 31 de la norma contiene sus propias excepciones, al establecer la libre publicación del retrato "cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público"; debiendo entenderse que para que procedan las mentadas excepciones se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión, o bien que -ante hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público- exista claramente una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés público, puesto que en este caso el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada, sin perjuicio de que estas excepciones, deban ser interpretadas de manera restrictiva (cfr. Gregorini Clusellas, "La violación al derecho de la propia imagen y su reparación", LL 1996-D-136) dado que se encuentra en juego un derecho personalísimo (Cifuentes,

"Los derechos personalísimos", p. 176/7, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1974).

VII. d) El art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.

En el orden interno, el art. 22 de la ley 26.061 (Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) establece: Derecho a la Dignidad “ Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

Estos aspectos mencionados en el art. 22 fueron reglamentados en el Decreto reglamentario 615/06 al establecer que “Los datos e informaciones a que refiere el 2° párr. del art 22 comprenden los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente. Y que en aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y / o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse, aunque medie el consentimiento de los sujetos

de la ley y sus representantes legales. A tal efecto deberá tenerse en cuenta lo establecido en el art. 3, inc. D, de la ley 26061”.

Con este plexo normativo, el particular sistema de protección jurídica a los menores de edad se justifica puesto que, además de los derechos propios de todas las personas, por la sola circunstancia de gozar de la categoría de persona, las “niñas y niños” son sujetos de un plus de derechos específicos -en virtud de su condición especial, necesarios para su desarrollo y formación-, cuya preservación y garantía corresponde a los adultos, léase familia, Estado, sociedad y particulares (Conf. Burgués, Marisol B “ Reflexiones sobre el derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes y su ámbito familiar. Autonomía progresiva. Protección especial y el rol de los medios de comunicación” 26/4/2018 Cita: MJ-DOC-13505-AR | MJD13505).

Sin embargo, aún tratándose de niñas, niños y adolescentes, la aplicación de este estándar de alta protección depende -para cobrar virtualidad- de la concurrencia de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil, es decir, de la existencia de antijuridicidad, imputabilidad, relación de causalidad y daño.

VII. e) La doctrina y la jurisprudencia son especialmente cuidadosas al tratar el tema, balanceando la posible pugna entre los derechos personalísimos y la libertad de prensa y de expresión.

Si bien es incuestionable el lugar que ocupa la garantía constitucional de la libertad de publicar las ideas por la prensa y de la libre expresión de los medios masivos de comunicación en nuestro ordenamiento jurídico, no significa que aquellos queden eximidos del deber de reparar los daños causados por la difusión de noticias falsas

o erróneas, o bien que invadan la privacidad, pues dicha libertad no significa impunidad (CSJN Fallos: 269:189; 306:1892; 310:508), debiendo responder por los daños ocasionados en el ejercicio del derecho a la información, pues no es un derecho absoluto (Fallos 257:275, 258:267; 262:205) ya que todos deben actuar conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (CSJN, Fallos 255:293, 262:302, 263:460).

Empero, la existencia del interés público implica un límite al derecho a la privacidad y a la imagen. Puede decirse además que dicho interés es aquel que concierne a cuestiones que trascienden el marco natural de la causa, los intereses de las partes y compromete o afecta a la comunidad toda (C.S.J.N., Fallos: 336:1324).

Badeni define con claridad la vinculación de los hechos invocados como eximitorios para que se configure la excepción, señalando que debe haber relación directa entre la imagen de la persona, los hechos de interés público y el derecho de la comunidad a ser informada, considerando que la obtención de la imagen en un lugar público es lícita si se la emplea para ilustrar una nota de interés público, o una nota en la cual se describen hechos desarrollados en público, sin tergiversar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen, no resultando necesario en tales supuestos el consentimiento de la persona fotografiada o filmada (Badeni, Gregorio, *Tratado de la Libertad de prensa*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 785).

La jurisprudencia ha sostenido que el significado de la noción de interés público debe forzosamente ser interpretado por los jueces y estos definir su alcance. Ello por cuanto se trata de un concepto

jurídico indeterminado, empleado tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por tribunales internacionales con el fin de discernir aquellos casos en que resulte legítima la injerencia de los medios periodísticos en aspectos privados de la vida de las personas, se trate de funcionarios públicos o no, que se encuentran protegidos por el texto constitucional (CNCont Adm Fed, Sala III, 29/8/2019, Expte. 36.500/2012, “D. G. R. D. y otro c/ Editorial Sarmiento SA y otros s/Daños y perjuicos” Ídem CNCiv. esta Sala 10/6/2019 Expte. Nº 60235/2017 “V, R A c/THX Medios S.A. s/ daños y perjuicios”).

Así, lo ha entendido la Dra. Argibay al sostener que *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* (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay, CSJN,. F. 1295. XL. REX “F. J. C. c/D. L. M. Y/U OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, 30/10/2007, Fallos: 330:4615)

Íntimo es lo que se mantiene en secreto, lo que es ignorado o desconocido por terceros, lo que se ciñe al ámbito de reserva de la persona titular del derecho o a su familia o a su entorno más próximo, por lo que no comprende aquella actividad o acontecimiento ocurridos en un lugar público, cuya intención no ha sido preservarlos del conocimiento ajeno.

Entonces, 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; pero 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 (del voto de la Dra Argibay, CSJN, "F., J.C. c/D. L. M. y/u otros s/daños y perjuicios", 30/10/2007 Fallos 330:4615)

VII. f) Efectuado el precedente encuadre jurídico, cabe señalar que el informe de fs. 297/298 realizado por el perito informático designado en autos, Luis Alberto Orza, fue consentido por ambas partes. Indica el experto que le fueron provistos los elementos de prueba presentados por la parte actora, que consistían en dos medios ópticos o DVD con idéntica información y que la información relevante encontrada para este informe consiste en videos en formato VOB (DVD-VideoObject o Versioned Object Base) es un tipo de fichero contenido en los DVD-Video, incluye el video, audio, subtítulos y menús en forma de stream, los ficheros VOB están codificados normalmente siguiendo el estándar MPEG.

Expone que se observa en el programa en cuestión, de Cocineros Argentinos -emitido en una fecha indeterminada en la televisión pública- una placa ofreciendo un plan de alimentación a los 38:34 minutos de este soporte. A partir de ahí hay una presentación de la conductora que menciona que ofrecerán por el plazo de una semana diferentes platos para una dieta equilibrada, recomendadas por el nutricionista Diego Sivori. Dice que el informe luego muestra diferente imágenes y filmaciones de gente haciendo deportes y

comiendo mencionando la importancia de una alimentación saludable para bajar de peso.

A fs. 327 complementa el informe pericial, luego de haber recibido la prueba necesaria para poder comparar la de parte de la demandada. La prueba es un DVD de marca TDK con la inscripción CA 11/11/13. Dentro de este se encuentra un archivo en formato mp4, que es de video llamado COCINEROSARGENTINOS_11-11-2013_dvd.

Al realizar la visualización indica el experto que se observa el mismo programa que es materia del litigio, y en su duración 01:04:50 hh:mm:ss, se observa la misma imagen que la ofrecida por la actora. Menciona que la diferencia existente, es que no posee ni el logo de la TV pública, ni la fecha y hora de la emisión del programa. Adjunta asimismo en la pág. 327 vta. las mismas imágenes que se obtuvieron de la filmación de la productora, que son las presentadas en el informe pericial original.

Entiendo, al igual que el distinguido sentenciante de grado, que la imagen en análisis cabe encuadrarla dentro de las disposiciones del último párrafo del art 31 de la ley 11723, cuando dispone “,,,es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”. Similares supuestos con algunas notas distintivas se encuentra en la fórmula del art. 53 del actual Código Civil y Comercial.

En este sentido enseña Zavala de González: “…que la obtención y difusión de la imagen es libre cuando obedece a un interés general prevaleciente; por ejemplo, conectado con fines

científicos, informativos, didácticos y, en general, culturales. Desde luego, también existe un interés general cuando éste es público, es decir, vinculado con asuntos del Estado o del gobierno y que, por ende, afecta a todos los habitantes o ciudadanos "hechos o acontecimientos de interés público…" La primacía del interés general se decide desde una perspectiva objetiva, por los valores que implica para la comunidad, y no porque, simplemente, sea fruto de la curiosidad del público. Por ello, se exige la mediación de un sano interés público" (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, T 2 d, págs. 186/187; Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño a los Derechos de la personalidad, JA, 1971-346).

Cabe destacar que de las imágenes analizadas en la experticia antes mencionada, se puede visualizar al accionante y a su hijo, en un paneo general, de varias personas comiendo en un restaurante, donde las imágenes fueron tomadas libremente, sin que trascendiera la identidad del menor, que por otro lado se lo ve de espaldas, y su rostro apenas se visualiza en una toma de perfil, constituyendo una imagen de muy difícil identificación, que además se ve en la parte inferior derecha de la pantalla, con escasa nitidez debido al zócalo del programa, y permanece en pantalla escasísimos segundos, lo que hace impracticable la individualización del niño, al menos por terceros.

Se desprende que se trata de una toma efectuada a fin de ilustrar una nota de interés general, relativa a la alimentación saludable, emitida en el segmento en cuestión, sin que de ningún modo pueda colegirse, un propósito tendiente a malinterpretar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen. Es claro que la imagen de personas alimentándose en un restaurante no tiene por sí misma ninguna connotación negativa. La finalidad de aquella imagen solo tiende a hacer especial hincapié sobre el tema a tratar, esto es un plan de alimentación saludable.

La imagen no era sino parte del escenario ambiente, constituyendo un mero marco del objeto principal que indudablemente era la nota (CNCiv. Sala F, septiembre 25/2008, "C., R.A. c/ P., M. y otro s/ daños y perjuicios", L. 505.336, La Ley Online AR/JUR/10552/2008, voto del Dr. Posse Saguier ídem 30/11/2012 Sala L " Asociación Civil Lineamiento Universal Superior c/ Gosman Eleonora s/ daños y perjuicios" Cita: MJ-JU-M-77947-AR | MJJ77947 | MJJ77947).

La libertad para la obtención y la difusión de la imagen de una persona, obtenida en cualquier suceso o lugar público, presupone que dicha figura aparezca como accesoria dentro del contexto general en que se obtuvo, o sea, sin énfasis alguno en su individualidad (conf.: "Resarcimiento de Daños" T. 2d. "Daños a las Personas", núm. 65, pág. 192 y sgtes.), tal como advierto, por lo poco que se visualiza de la imagen de perfil del niño, se presenta en el caso en estudio.

Por ello, no resultando identificable la imagen del niño coactor, cabe concluir que no se ha probado tampoco que resulte afectado el derecho a la intimidad, puesto que la nota periodística o de información general, referida concretamente a promover buenos hábitos alimentarios, conducida en el programa televisivo por un profesional de la salud, tan sólo fue ilustrada con imágenes de muchas personas realizando diferentes actividades en distintos lugares, como así también en el interior del restaurante – de acceso público-. Las imágenes se efectuaron en un contexto determinado, centrado en el interés público -conf. Art. 31 de la ley 11.723-, por lo que tampoco se observa algún actuar ilícito de la demandada que merezca reproche en este aspecto.

En virtud de los fundamentos desplegados a lo largo del presente voto, entiendo que no se configuran en la especie, los presupuestos requeridos por la normativa legal, como para endilgar

responsabilidad a la accionada en los términos que se iniciara la presente acción de daños, por lo que cabe desestimar los agravios incoados por el Ministerio Publico de la Defensa .

VIII. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo

I. Confirmar la sentencia recurrida en todo lo que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada por su orden (art 68 CPCC) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Beatriz A. Verón y el Dr. Maximiliano L. Caia y adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Juezas y el Sr Juez en los términos de las Acordadas 12/20 y 31/20 de la CSJN, de lo que doy fe.

Buenos Aires, 13 de Mayo de 2021.

Y VISTOS:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal RESUELVE:

I. Confirmar la sentencia recurrida en todo lo que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada por su orden(art 68 del CPCC)**,** difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

II. Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase.

Fecha de firma: 13/05/2021
Firmado por: MARIANO CARLOS GIGLI, SECRETARIO DE CAMARA
Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MAXIMILIANO LUIS CAIA, JUEZ DE CAMARA

#26817134#289653657#20210513095219333