

## Danos Y Perjuicios Derecho A La Imagen Difusion De Noticias Injuriosas Menores Dano Moral

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Derecho a la imagen. Difusión de noticias injuriosas. Menores. Daño moral Se hace lugar a la demanda interpuesta por la actora, por sí misma y en representación de su hijo menor, contra el periódico demandado, toda vez que en una nota subida a su portal de noticias digital se asoció al menor de forma injuriosa con la llamada "Masacre de Carmen de Patagones", lo que generó daños a la imagen y la intimidación del actor. Sin embargo, se rechazó la existencia de pérdida de chance del niño y el resarcimiento a la madre por su propio daño moral y psicológico. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 20 días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "R., S. N. y otro c/ BAE Negocios S.A. s/ds. y ps." respecto de la sentencia de fs.441/453 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: PARRILLI -MIZRAHI-RAMOS FEIJOO- A la cuestión planteada el Dr. Parrilli dijo: 1.- Los antecedentes del caso. La sentencia impugnada El apoderado de S. N. R., quien le confirió poder por su propio derecho y en representación de su hijo D. R. P. R. por entonces menor de edad (ver fs. 18/19), interpuso demanda contra "BAE Negocios S.A." y/o quien resultase civilmente responsable, pretendiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios que según dijo le causaron al hijo de su representada y a esta última, dos notas periodísticas publicadas el día 22 de noviembre de 2004 en la página de internet "infobae.com" tituladas: "El autor de la masacre de Patagones admira a Hitler?" y "El mejor amigo de Junior dejó la escuela tras la masacre?", en las cuales se vinculaba a D. R. P. con el trágico hecho ocurrido el 28 de septiembre de 2004 en la ciudad de Carmen de Patagones, cuando R. S., apodado "Junior", compañero de escuela y banco de aquél, comenzó a disparar contra sus compañeros con un arma de fuego a causa de lo cual perdieron la vida tres de aquéllos y varios más sufrieron heridas de distinta gravedad. En la sentencia agregada a fs.441/453, el Sr. Juez decidió hacer lugar a la demanda y condenó a la demandada a pagar \$ 95.000 a D. R. P. - (\$ 15.000 por daño psicológico y \$ 80.000 por daño moral) - y \$ 70.000 a su madre - (\$ 20.000 por daño psicológico y \$ 50.000 por daño moral)- en ambos casos, más intereses y costas. 2.- Los recursos Contra el referido pronunciamiento apelaron la demandada a f.465y los actores a f. 457. El recurso de "BAE Negocios S.A." fue concedido a f.466, p. 2 y se sostuvo mediante la expresión de agravios agregada a fs.493/495 contestada a fs.500/502.Los actores fundaron su recurso con el escrito de fs. 489/491, que mereciera la respuesta de fs. 497/498. 3.Aclaraciones previas Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, antes de entrar en el examen de los agravios, debo aclarar que al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7° del nuevo Código y como ya lo ha resuelto la Sala (ver mi voto en autos: "D., A. N y otros c/ C. M. L. C. SA y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux?". (47177/2009) del 6-8-2015) la relación jurídica que da origen a esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil- ley 17.711, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país porque así lo impone una correcta hermenéutica y respeto a la supremacía constitucional. Por otra parte, debo decir que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros) y tampoco es obligación referir a todas las pruebas agregadas, sino únicamente las apropiadas para resolver (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611). 4. Los agravios El apoderado de "BAE Negocios S.A." se agravia de la responsabilidad que se le atribuyera a su representada porque entiende que debió declararse de oficio la falta de legitimación pasiva y sostiene que las notas periodísticas no son injuriosas. Impugna la procedencia de los daños psicológico y moral. Cuestiona la tasa de interés fijada y la imposición de costas. Por su parte, el actor se agravia de la cuantía del daño moral reconocido a D. P. y a su madre y el rechazo de la indemnización por pérdida de la chance que pretendiera el primero. 5. Los agravios relativos a falta de legitimación pasiva y la responsabilidad de la demandada. Como adelanté, el apoderado de "BAE Negocios S.A." se agravia de la responsabilidad que se le atribuyera a su representada porque a su entender no está probada la legitimación pasiva de aquélla. Afirma que si bien no ha ejercido su derecho de

defensa al omitir contestar la demanda ¿ello no implica la existencia de un derecho de los accionantes, toda vez que así como deben evaluarse la existencia de los factores sustanciales de la responsabilidad civil (antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño) también deben evaluarse los factores de forma de la acción, por ejemplo quienes forman parte del proceso, sean efectivamente los sujetos de la relación que dio lugar a la acción?. Hace referencia a lo expresado por el Sr. Juez en el sentido de que ¿la pretensión del demandante sólo se encuentra condicionada a que se conforme a derecho? y afirma que ¿dentro de estas cuestiones de derecho que, el juez de la anterior instancia omitió analizar algo fundamental?, que es la legitimación pasiva de su mandante, carencia que entiende debió declararse de oficio (ver f. 493, primer agravio). Por otra parte, se agravia de que el Sr. Juez haya considerado injuriosas las notas. Según él, la nota titulada ¿El autor de la masacre de Patagones admiraba a Hitler? en ninguna parte del texto refiere ni a D. R. P., ni a S. N. R., a excepción de los dos últimos párrafos. Sostiene que en la publicación se indicó la fuente y se utilizó el modo potencial, siguiendo la doctrina de la CSJN en el fallo ¿Campillay?. Cuestiona que se haya considerado aplicable al caso la ley 20.056, ya que esta solo hace referencia a sucesos en los que los menores se encuentren ¿incurso en hecho que a ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos...? y que en el caso no se sindicó a D. P. como un delincuente y tampoco fue víctima. El objetivo de la nota en ningún momento es acusar, incriminar o siquiera estigmatizar al, por entonces, menor. En lo que respecta a la nota titulada ¿El mejor amigo de Junior dejó la escuela tras la masacre?, dice que esta se limita a transcribir como se encontraba D. luego de que su amigo, Junior, había perpetrado la masacre. Expuestos así los agravios y siguiendo su orden examinaré en primer lugar las quejas de la demandada relativa a la falta de legitimación pasiva. El artículo 377 del CPCCN prevé que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada uno de los litigantes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Ahora bien, habrá de ser siempre la parte actora la que deberá probar los hechos constitutivos de su pretensión procesal, por ser aquella la que más interés posee en demostrar la pertinencia de su pretensión. De allí que, en los procesos de daños, es el actor quien debe demostrar, además del hecho lesivo, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución, la legitimación activa y pasiva. Sin embargo, ¿la prueba de la legitimación se torna innecesaria cuando ésta ha sido expresa o tácitamente reconocida por la otra parte, ya que los elementos no controvertidos quedan al margen de la carga probatoria. No obstante, en el caso de reconocimientos puramente tácitos o fictos (como los que pueden derivar del silencio o de las evasivas en el responde de la demanda, o del no comparendo a absolver posiciones), debe admitirse la posibilidad de probar en contra de las resultas de aquéllos, pues la verdad objetiva debe prevalecer sobre las meras inferencias?(cfr. Zavala de González Matilde, ¿La Prueba en los Procesos de daños y perjuicios?, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, PUCA, Editorial Jurídica Panamericana SRL, Santa Fe, 1998, p. 339.; CSJN, Fallos 181:245). En igual sentido se ha dicho que así como el hecho admitido expresamente está exento de prueba para quien lo afirmó y para quien lo admitió, en virtud del principio dispositivo, el hecho admitido tácitamente debe quedar exento de prueba para quien lo afirmó, quien debe beneficiarse con una presunción de verdad (cfr. Eisner Isidoro ¿Acerca de los efectos de la rebeldía y cuestiones conexas?, LL, 1979-C, p.267). Es precisamente eso lo que ha entendido el Sr. Juez que sucedió con las afirmaciones contenidas en la demanda al afirmar que ¿por aquello de quien calla otorga se ha entendido que el silencio importa la admisión tácita, pero de valiosos o perjudiciales efectos en el proceso, en mérito a lo cual se debe tener por cierto lo alegado, mientras de auto no resulte lo contrario. Se trata de esta forma de una presunción ¿iuris tantum? que releva de la prueba a quien la ley se la reconoce (ver f.445)?. Entonces, si al demandar los actores afirmaron que la empresa aquí demandada era la responsable del sitio de internet ¿infobae.com? y le atribuyeron haber generado las notas periodísticas que motiva la demanda (ver f.20 p.II, 28 y 29) y el aquí recurrente no ha dedicado una sola línea de su expresión de agravios a impugnar las afirmaciones del Sr. Juez respecto de los efectos que asignó al silencio derivado de la falta de contestación de la demanda y la declaración de rebeldía (art. 356 inciso 1º y 60 del CPCCN), cabe concluir que en el aspecto que venimos considerando el recurso se encuentra desierto (art. 265 y 266 del Cód.cit). Por otra parte, debo aclarar que a f. 230 se incorporó una publicación que se atribuye a la empresa demandada en la cual aparece vinculada a esta última el sitio ¿infobae.com? y respecto de la misma el aquí recurrente guardó absoluto silencio en su presentación de f. 276/277 por lo que al estar al mérito de la causa la conclusión del Sr. Juez no se modifica. Finalmente, pondero como elemento corroborante de la decisión que se confirma (art. 163 inciso 5º última parte del CPCCN), la errática conducta procesal de la quejosa, quien pese a requerir el levantamiento del embargo según ella trabado sin derecho, no activó el recurso interpuesto contra la resolución que lo rechazó (ver f. 95 del incidente 88397/2006/1), así como tampoco requirió prueba en esta instancia para desvirtuar la presunción derivada de su rebeldía (cfr. art. 66 CPCCN ). Descartadas las quejas relativas a la pretendida falta de legitimación pasiva, cabe examinar ahora aquellas expuestas a f.494, como ¿segundo agravio?. Allí, la demandada afirma que ¿resulta objetable el fallo recurrido, toda vez que considera que las notas resultan injuriosas?, examina ambos artículos y sostiene que ¿las menciones a los actores que se transcriben no constituyen injuria

alguna, toda vez que se encuentran alcanzadas por la doctrina sentada por la CSJN en el fallo "Campillay". La queja no puede prosperar. El adecuado tratamiento de los agravios requiere aclarar que en la demanda (ver f.20/26) S. N. R., se ha limitado a reclamar el daño moral y psicológico que dice haber sufrido a raíz de las noticias antes aludidas en tanto a través de las mismas se afectó la intimidad, honor e identidad de su hijo menor de edad D. R. P. (ver f. 26 punto V.2, apartados "a" y "b") por lo que no cabe examinar si esas notas resultan injuriosas a su respecto, sino solamente si han afectado los derechos de su hijo e indirectamente a ella (art. 1079 del CC). La aclaración anterior se impone, porque la aplicación de la doctrina de la Corte Federal a que alude el recurrente, según la cual cuando un órgano periodístico difunde una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho (Fallos, 308:789, considerando 7°), fue descartada por el Sr. Juez en este caso, precisamente por tratarse de notas periodísticas que involucraban al entonces menor D. P., proporcionaban datos que permitían identificarlo y hablaban de sus supuesta inclinación a ideas fascistas (ver f.427), sus conductas "peculiares" y "extrañas" que provocarían temor en algunas de sus compañeras y de su amistad con R. S., quien "mató a balazos a tres de sus compañeros e hirió a otros tres" (ver f.428), configurando una intrusión ilegítima y arbitraria en su intimidad. Pues bien, el recurrente no da un solo argumento para rebatir esa decisión del Sr. Juez que excluye del caso la doctrina "Campillay" y encuadra el mismo en la violación por parte de su representada del art. 1 de la ley 20.056 que "prohíbe la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incursos en hechos que la ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado" (ver f. 448) por lo que en este aspecto el recurso se encuentra desierto (cfr. art. 265 del Código Procesal) y firme lo decidido en ese sentido, que por otra parte se sustenta en precedentes de la misma Corte Federal (cfr. "S., L.E. c/ Diario El Sol s/ daños y perjuicios del 28/8/2007"). Referente al agravio del recurrente según el cual la prohibición establecida por la ley 20.056 no alcanzaba a noticias vinculadas con el entonces menor D. P. por el hecho de que aquél no se encontraba inculcado en la causa n° 29.975 "S.R.J. s/ triple homicidio y lesiones graves" ni era víctima, se impone su rechazo, si se repara que la norma en cuestión comprende, además de aquellas situaciones, los casos de menores que "se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado". Esta interpretación amplia en punto a resguardar la intimidad de los niños es la que mejor se compatibiliza con el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto establece 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" y declara el derecho del niño "a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". Además, en la misma línea, es oportuno recordar que a la época del hecho que diera lugar las publicaciones regía en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la ley 12.607 llamada "de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Joven" (B.O. del 22 al 26 de enero de 2001), que en su artículo 75 establecía que quedaba prohibida "la difusión de la identidad de los niños y jóvenes sujetos a actuaciones ... judiciales, cualquiera sea su carácter y con motivo de dichas actuaciones, en informaciones periodísticas ... Se consideran como informaciones referidas a la identidad: el nombre ... filiación, parentesco, residencia y cualquier otra forma que permita su individualización..." Frente a lo expuesto y si no se discuten y han quedado firmes las afirmaciones del Sr. Juez en punto a que: a) "de las notas publicadas por la demandada se desprende que si bien el actor no es acusado de ser cómplice o el autor intelectual del crimen perpetrado por R. S., lo cierto es que constantemente se hace referencia a su íntima amistad con D. y como este último lo habría introducido en las ideas fascistas y la admiración por Hitler"; b) "aunque no identificaron al menor por su apellido, suministraron datos, tales como el nombre, la escuela a la que concurría, su amistad con el culpable del crimen, etc que lo hicieron fácilmente identificable dentro y fuera de Carmen de Patagones"; c) si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos que conciernan a la persona de aquéllos -( se refiere a los menores) mal podría soslayarse la prohibición usando un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente" entiendo que cabe rechazar las quejas de la demandada en cuanto a su responsabilidad, lo que así propongo al Acuerdo. 6. La cuantía del daño moral reconocido a D. P. Mientras la demandada cuestiona la procedencia de esta partida pues entiende que las notas no resultan injuriantes para ambos actores, el apoderado del actor se agravia considerando que el monto reconocido no resulta equitativo ya que en este rubro no solamente se consideró el daño moral, sino también la afectación del derecho a la imagen, del derecho a la privacidad, el derecho al honor y a la identidad. En ese sentido, refiere que "la jurisprudencia y la doctrina nacionales se inclinaron decididamente por reconocer al derecho a la imagen una esfera jurídica autónoma, y por distinguirlo de otras figuras afines como el derecho al honor, a la identidad o principalmente, a la intimidad... por lo cual el derecho a la imagen debe protegerse en sí mismo y con independencia de que su utilización lesione o no algún otro bien jurídico". Considera que en el caso se ha soslayado el principio de reparación integral "como

lo evidencia la reducida suma global acordada bajo el ítem daño moral dentro del cual se han incluido además lo reclamado en concepto del derecho a la imagen, del derecho a la privacidad e intimidad, el derecho al honor y a la identidad, como ha quedado dicho? Ambas quejas debe rechazarse. Las expuestas por la demandada porque la violación a la intimidad y el honor que configuraron las notas periodísticas que motivan este expediente y que se señalan al tratar la responsabilidad configuran claramente, in re ipsa, la existencia de un daño moral. Los agravios de los actores porque, como ya lo señalara la Sala ?A? en el expediente n° 88.395/2006, iniciado por los aquí demandantes y se comparte: ?el daño, sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales (Calvo Costa, Carlos A, Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D- Vallespinos, Carlos G. ?Obligaciones?. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2 p. 640)... El honor, la imagen, la intimidad del demandante son bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento de modo particular, lo que les otorga el carácter de derechos subjetivos. En tanto tales, esos derechos pueden satisfacer tanto intereses patrimoniales... como espirituales. Por consiguiente, la lesión de esos derechos no importa en cada caso distintos daños y autónomos (?daño al honor?, ?daño a la imagen?, etc), sino que, según los intereses afectados y el ámbito patrimonial o espiritual en el que se proyecten las consecuencias, se traducirá en un daño material o moral, lo cual no impide, desde luego, tener en cuenta - a los fines de la cuantificación de la reparación- el número y la importancia de los derechos afectados (cfr. voto del Dr. Picasso en el expediente antes referido). Si a lo antes expuesto, se suma que no se probó la afectación del derecho a la identidad de D. P. cuyo resarcimiento fuera pretendido a f.24 punto ?c? y que mal puede el actor pretender un incremento con fundamento en una violación al derecho a la imagen que no probó y, centralmente, no reclamó en su demanda (ver f. 22 vta. punto V y siguientes y liquidación de f.27 punto VI), no encuentro razones para incrementar la suma reconocida en la anterior instancia y propongo al Acuerdo confirmar en este punto lo resuelto en la anterior instancia. 7. La pretendida pérdida de la chance Se agravia el apoderado de los actores porque se rechazó su pretensión de que D. P. fuese resarcido por la pérdida de una chance que reclamara en el escrito inicial, y que fundamentara diciendo: ?...que opinión tendrá un empleador que, al llenar su ficha, lo identifique con la tragedia de Carmen de Patagones. Seguramente la calificación no será positiva. Y puedo repetir ejemplos de este orden; como lo verán sus futuros suegros, o simplemente una joven cuando lo identifique. O cuando se presente a solicitar una visa para ingresar a los países que la requieren...? y requirió ?V.S. valorará la pérdida de chance que posee D., por el resto de su vida? (ver f. 25). Sostiene dicha pérdida de chance surge del dictamen psicológico pues el trastorno provocado en la personalidad del actor ?incide sin hesitación en sus posibilidades laborativas, colocándolo en una situación desventajosa tal que importa una ?probabilidad suficiente? de frustración de beneficio económico que debe ser valorado en sí mismo ? (ver f.490 vta.) y agrega que su representado ?será identificado y estigmatizado de modo negativo por la publicación de su fotografía y el tratamiento malicioso de las publicaciones periodísticas: basta que cualquier potencial empleador o socio comercial o emprendedor o co contratante, etc. simplemente busque antecedentes en la web para toparse con los artículos mencionados? (ver f. 490 vta.). La queja no puede prosperar. Esta Sala ya tiene dicho (CNCiv., Sala B, "González, Antonio c. Sztark, R. A. y otros s/ Daños y Perjuicios", 26/09/2012) sobre el tema, que hay acuerdo doctrinario de que se verifica una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Vale decir, que hay algo actual, cierto e indiscutible; y ello es la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio -o evitar alguna pérdida o sufrir alguna frustración-. Al respecto, creo indispensable efectuar dos aclaraciones. La primera, es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones de las meras conjeturas. De ahí que esa posibilidad perdida -para dar nacimiento a la obligación de indemnizar- tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. La segunda aclaración a efectuar en materia de chance es que -cuando lo truncado es una probabilidad suficiente- lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla; a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Esto significa, desde luego, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con la pérdida en sí, pues -si mediara tal identificación- se estaría indemnizando concretamente la ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance. Efectuadas las aclaraciones precedentes, diré que no se logra comprender con claridad cuál es la chance reclamada. Es que, si el planteo se refiere a la pérdida de chance de poder competir por un puesto de trabajo en el futuro en igualdad de condiciones, se podría decir que no constituye una pérdida de chance sino un perjuicio patrimonial que encuadra específicamente en la incapacidad sobreviniente derivada de la lesión psíquica que se

examina por separado (ver en este sentido, esta Sala in re, ?Bordon, Jesica Jaqueline c. Kager, Marta Isadora y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)? del 11/05/2015, voto del Dr. Díaz Solimine). A su vez, si interpretamos que se trata de alguna otra chance -como obtener una visa para viajar, etc- no puede soslayarse que ninguna de dichas circunstancias, imprecisamente esbozadas en el escrito inicial, han sido acreditadas en el expediente; y bien se sabe que, si no se quiere incurrir en un enriquecimiento sin causa, no resulta posible otorgar una indemnización por un supuesto perjuicio cuando no se verifica prueba alguna que certifique su acaecimiento de un modo concreto. En suma, no pueden otorgarse reparaciones en base a articulaciones unilaterales sin sustento fáctico alguno. Quien no prueba sucumbe en su pretensión y aquí la pretendida pérdida de chance no se probó, por lo que he de proponer al Acuerdo rechazar las quejas y confirmar la sentencia en tanto desestima el pedido de resarcimiento por pérdida de la chance.

8. La procedencia y cuantía del daño moral reclamado por S. N. R. Si como adelanté S. N. R. pretende el resarcimiento del daño moral por las lesiones que sufriera su hijo a su honor y privacidad debido a las notas periodísticas que dieran origen a este proceso, no se encuentra legitimada, como damnificada indirecta, para reclamarlo pues el art. 1078 del CC, que es la norma aplicable al caso, sólo otorga derecho a obtener indemnización por daño moral a la víctima, salvo que del hecho hubiere resultado su muerte, extremo que no se configuró en este caso. Por otra parte, si bien no desconozco que el actual Código Civil y Comercial posibilita reclamar a los ascendientes la indemnización de las consecuencias no patrimoniales cuando del hecho resulta una gran incapacidad a la víctima, lo cierto es que tampoco es este el caso, por lo que en el sub examine no se advierten razones para declarar de oficio la inconstitucionalidad de la limitación impuesta en el ya referido artículo 1078 del CC.

9. Las quejas respecto al reconocimiento del daño psicológico El Sr. Juez de la anterior instancia decidió indemnizar a D. P. y S. R., con \$ 15.000 y \$ 20.000, respectivamente, por la incapacidad que generó en los actores la lesión psíquica que sufrieran a consecuencia del hecho. La sentencia se basó en las conclusiones de la perito designada de oficio quien señaló que, como consecuencia de lo sucedido, D. R. P. presenta un ?trastorno bipolar II, depresivo, grave con síntomas melancólicos crónicos, equivalente a un 20 % de incapacidad parcial y permanente y recomendó un tratamiento terapéutico por el término de un año a razón de dos veces por semana y un costo aproximado de \$ 800 por sesión. Del mismo modo, con relación a S. R. la experta indicó que el daño producido es muy severo con ideas de autoeliminación y diagnosticó un ?trastorno depresivo mayor, grave con síntomas psicóticos, que le genera una incapacidad parcial y permanente del 40 %, sugiriendo también un tratamiento psicológico durante dos años con una frecuencia de tres veces por semana. Contra la referida decisión alza sus quejas únicamente el apoderado de la demandada a f.494, quien afirma que ?resulta ilógico pensar que producto de la publicación de la nota el Sr. P. haya padecido un trastorno bipolar o que la Sra. R. padezca un trastorno depresivo mayor con ideas de autoeliminación? Agrega que ?las notas en cuestión, aun considerándolas injuriantes jamás pudieron provocar tales patologías, o cuando menos si no existía una patología de base?. Cuestiona que exista relación de causalidad entre el hecho y las lesiones psíquicas informadas por la experta que afirma debió ser analizada con mayor rigor por el magistrado. Considero que estos agravios deben rechazarse pues si bien las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos y su fuerza probatoria debe juzgarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 y 477 del Código Procesal) lo cierto es que cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse de lo dictaminado por los expertos (conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623). Por otra parte, un obrar acorde con la lógica- que integra la sana crítica-indica que si el Juez recurre al informe de peritos para ilustrarse sobre aspectos científicos que escapan a su conocimiento (cfr. 457 del Código citado), no puede luego, cuando aquéllos emiten un dictamen fundado en los conocimientos que le son propios, y ajustado a lo dispuesto en el art. 472 del referido Código, descartar sus conclusiones, salvo que existan en el expediente constancias objetivas que las desvirtúen y en este proceso no se han aportado (cfr. esta Sala, mi voto in re, ?Mendoza Valdivia Pedro y otro c/ Luizaga Peredo Gustavo y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. O muerte)?, EXP. N° 104724/2011 del 18-8-2015). En síntesis, como el recurrente no aporta elementos objetivos que desvirtúen el nexo causal indicado por la perito y, sin perjuicio de ponderar que existieron otras causas que evidentemente han afectado la psiquis de los actores y que no han sido contempladas en el dictamen atendiendo a que, en definitiva, las sumas reconocidas no alcanzan siquiera a cubrir el costo del tratamiento sugerido, he de proponer al Acuerdo se confirme lo decidido sobre este punto en la anterior instancia.

10. La tasa de interés En la sentencia, el Sr. Juez decidió que los intereses sobre el capital de condena debían calcularse ?desde el inicio de la mora (fecha de mediación), hasta el efectivo pago? utilizando la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (ver f. 453 párrafo 1°). La demandada se agravia de que se hayan reconocido intereses porque entiende que la demanda debió rechazarse. En su caso, sostiene que debe aplicarse la tasa pasiva pero no da razones para ello. Como la condena se mantuvo, más allá de que no prosperado todos los rubros, la queja relativa a la procedencia de los intereses en aquéllos reconocidos pierde sustento. En lo que concierne a la tasa, la Sala viene sosteniendo que para estos casos debe aplicarse la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación

Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago que hagan los deudores, siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero in re, ?Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA? que resulta obligatoria - para los réditos devengados desde el hecho dañoso y hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al haberse derogado el art. 622 del CC- en los términos del art. 303 del CPCCN, precepto este que la Sala considera vigente en su redacción originaria (ver en este sentido ?Pérez Horacio Luis c/ Banco Sáez SA s/ ejecución de honorarios, pub. LL CITA ONLINE AR/JUR/55224/2013, del 30/08/2013). En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un ?enriquecimiento indebido?. Si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el referido plenario debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del CPCCN), circunstancia que no se verifica en el presente. Finalmente, debo aclarar que con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa antes referida, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado a los pretensores (ver art. 1740 del mismo Código) a la vez que fomentaría la demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando la garantía del actor a hacer efectivo su derecho (cfr. art. 18 de la CN) (ver en sentido concordante esta Sala, in re, ?Martino Guillermo y otro c/ Herman Christian Ariel y otros s/ daños y perjuicios? del 15-09-2016- voto del Dr. Mizrahi- ; mi voto, in re, ?Dattilo Rubén Osvaldo c/ Rodríguez Fosthoff Eleonora Mariel s/ daños y perjuicios? del 22-08-2016). En consecuencia, cabe rechazar las quejas de la demandada y mantener lo resuelto en la anterior instancia, que no ha sido impugnado - en cuanto al inicio de los intereses - por la parte actora, lo que así propongo al Acuerdo. 11. Costas La demandada se queja de la condena en costas y solicita que se deje sin efecto en caso de revocarse la condena. En subsidio, afirma que deben distribuirse en la proporción en que prospere la demanda. Aun cuando la pretensión no ha prosperado íntegramente ya que se rechazaron algunos rubros, como las costas integran la reparación del daño (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, in re "Loayza Tamayo, María E.", del 27/11/1998, LA LEY, 1999-F, 665 - RCyS 1999, 1329, AR/JUR/1712/1998), propongo al Acuerdo mantener lo resuelto en la anterior instancia y, por la misma razón, también imponer las de Alzada a la demandada. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo; 1) modificar la condena, rechazando el reclamo por daño moral realizado por S. N. R. y confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios; 2) las costas de Alzada se imponen a la demanda vencida por las razones indicadas en el considerando 11 (cfr. art. 68 del CPCCN). Así lo voto. Los Dres. Mizrahi y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Parrilli, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto:

PARRILLI- MIZRAHI- RAMOS FEIJOO- Buenos Aires, 20 de marzo de 2017.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: I) modificar la condena, rechazando el reclamo por daño moral realizado por S. N. R. y confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios; II) imponer las costas de Alzada a la demanda vencida por las razones indicadas en el considerando 11 (cfr. art. 68 del CPCCN). III) Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, difiérese la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 453, 454 y 461, así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada (conf. art. 1 de la ley N° 24.432). Regístrese, notifíquese por cédula por Secretaría. Fecho, publíquese (c. Acordada 24/2013 CSJN). Cumplido, devuélvanse las actuaciones a primera instancia.- Fecha de firma: 20/03/2017 Firmado por: DR. MAURICIO LUIS MIZRAHI, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: DR. CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: ROBERTO PARRILLI, JUEZ DE CAMARA

Correlaciones: de Aramburu, Miguel V., EVOLUCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN. ARTÍCULO 31 DE LA LEY 11723, Compendio Jurídico, Junio 2014 - Cita digital IUSDC283622A de Aramburu, Miguel V., LA TUTELA DEL DERECHO A LA IMAGEN Y A LA VOZ EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Erreius on line, Diciembre 2015 - Cita digital IUSDC284409A G. V., A. c/Girolami Varela, Gonzalo Matías y otro s/medidas precautorias - Cám. Nac. Civ. - SALA B -15/04/2016 - Cita digital IUSJU009517E

017594E