

Programa De Tv Difusion De Imagen De Un Menor De Edad Abuso Sexual

JURISPRUDENCIA

Programa de TV. Difusión de imagen de un menor de edad. Abuso

sexual Se confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda entablada contra un canal de televisión por los daños y perjuicios provocados al hijo de la accionante, al difundir a través de diversos programas datos y fotos que individualizan al niño, quien había sido abusado sexualmente. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de agosto de 2017, hallándose reunidos los señores vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos "P., M. c/ América TV s/ Daños y perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Ameal dijo: I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 549/64, expresando agravios la actora en la memoria de fs. 624/27 y la demandada en el escrito de fs. 629/34. El respectivo traslado fue contestado a fs. 635/37 y fs. 639/41. II- Antecedentes. M. P., en representación de su hijo menor de edad, L. C. A., promovió demanda contra América TV a raíz de los daños y perjuicios provocados a su hijo a través de los noticieros y del espacio televisivo "Contra Reloj" conducido por el señor Jorge Pizarro quien infringiendo su derecho a la intimidad, difundió datos y fotos que individualizan al niño. Adujo que el Sr. A. O. P., padre de la reclamante, con fecha 25 de septiembre de 1998 radicó una denuncia por abuso deshonesto ejercido contra su hijo L. C. A. por ante el Tribunal de Menores N° 1 del Depto. Judicial de Lomas de Zamora, Pcia. de Buenos Aires, en la que manifiesta que su nieto había sido abusado sexualmente por el concubino de su hija, Sr. J. S. D. G.. Manifestó que a raíz de ello, el magistrado interviniente le otorgó la guarda al denunciante. Efectuó consideraciones respecto a las vicisitudes del entorno familiar y del desarrollo de las causas judiciales; destacando, finalmente, que en virtud del resultado de los estudios llevados a cabo por orden del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 12 del mismo Depto. Judicial, el compromiso de que J. D. G. (quien fuera sobreeséido en la causa N° 63.793) no tuviera contacto con su hijo, y luego de revisada la causa por el Tribunal de Alzada, se ordenó la restitución del niño a su progenitora con fecha 6 de diciembre de 1998. Agregó que el 9 de diciembre de ese año América TV concedió un espacio televisivo a su padre, el Sr. P., quien en los reportajes individualiza a su hijo, declara una serie de mendacidades relacionadas con la mencionada denuncia y se muestran fotos del menor y de la reclamante. Que, a su vez, en el programa "Contra reloj" emitido a las 14:00 hs, conducido por el Sr. Pizarro se repiten nuevamente los hechos, se muestran fotos, y se dan datos que individualizan a L., permitiéndosele al Sr. P. decir "cuanta mentira quiso?". Hizo referencia a la repercusión que tuvieron tales emisiones, lo que provocó que otro medio de difusión, el diario Clarín, publicara una nota alusiva a la violación de los derechos del niño del que había sido víctima su hijo. Sostuvo, en definitiva, que fue deliberadamente violada la intimidad del menor publicitando hechos que si bien no fueron comprobados judicialmente, al darse difusión, dejaron al niño en estado de exposición, habladurías públicas, menoscabo y discriminación. Invocó la ley penal N° 20.056 que prohíbe en todo el territorio del país la publicación de episodios relacionados con personas menores de 18 años que estén incurso en delitos o contravenciones, o que sean víctimas de ellos, que se hallen en estado de abandono, en peligro material o moral, cuando con la publicidad se exhiba al menor, se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera tal que puedan ser identificados. En función de lo expuesto, solicitó se haga lugar a la demanda en todas sus partes. América TV, negó los hechos esgrimidos y manifestó que en el programa titulado "Contra reloj" se trató la noticia aparecida en la edición matutina del diario Crónica del día 8 de diciembre de 1998 bajo el título "El hijo de A. fue restituido a su madre?". Manifestó que el conductor del programa realizó una entrevista al abuelo materno del niño, la que se llevó a cabo desde el estudio desde donde se emite el programa, encontrándose el Sr. P. en su domicilio junto a su esposa, quien reiteró durante el transcurso de la misma, sus quejas respecto del fallo judicial recaído en sede penal. Sostuvo la doctrina del fallo "Campillay" dictado por la CSJN, argumentando que la demandada cumplió los requisitos que dicha doctrina exige, los que la exoneran de responsabilidad. Agregó que tanto el art. 1071 bis del Código Civil como el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño exigen para calificar al acto como ilícito que la intromisión sea arbitraria. Alegó que se trató la noticia que surgió como consecuencia de haber sido dada a conocer la sentencia dictada por el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires por el abuelo materno del niño, y luego de haber sido publicada en el matutino del mencionado diario Crónica, por lo que mal puede considerarse tal conducta como arbitraria. En definitiva, entiende que el daño invocado debe ser atribuido a la conducta del abuelo y no de la demandada, quién ejerció el derecho de informar de conformidad con la doctrina emanada del fallo mencionado. A fs. 464 cesó la intervención de la Defensora Pública de Menores e Incapaces, atento a que L. C. A. alcanzó la mayoría de edad, presentándose a esta a derecho a fs. 476. III- Sentencia. El Sr. juez de grado consideró que el medio periodístico televisivo actuó arbitrariamente violando el derecho a la intimidad del menor al difundir su imagen, contrariando de tal manera, el fin tuitivo

previsto por los Tratados Internacionales de rango constitucional y lo dispuesto por la ley 20.056. En ese orden, consideró el a quo, que la accionada, lejos estuvo de obrar con prudencia, al tratarse el caso de un menor de edad expuesto a una situación más que delicada. En consecuencia, hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por M. P.-en representación de su hijo menor de edad, L. C. A.-, condenando a América TV S.A., a pagar a L. C. A. la suma de pesos sesenta mil (\$60.000), dentro de los diez días, bajo apercibimiento de ejecución, con más interés y costas. IV.- Agravios. Contra dicha decisión se alzan las partes. La actora cuestiona la partida indemnizatoria otorgada en concepto de ?daño moral? como la tasa de interés que se ordena aplicar sobre el capital de condena. La demandada, a su turno, apela la responsabilidad atribuida como el monto concedido por ?daño moral?. V.- La valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso interpuesto, no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio. Si así se actúa, cabe descalificar lo resuelto por haberse incurrido en arbitrariedad. De ahí que, en la sustanciación de dicho recurso, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con amplitud, mediante una interpretación que los tenga por cumplidos aun frente a la eventual precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A-573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111- 513). El criterio amplio que preside la materia tiende, así, a asegurar a las partes en litigio una mayor oportunidad para defender sus derechos y afianzar con ello la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional. En ese marco, debo decir que la pieza cuestionada, da cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal. VI.- Atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción de los hechos ventilados en autos, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. En efecto, la norma citada, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato. La ley aplicable, entonces, es la vigente al momento de la constitución de la relación jurídica cuyas consecuencias se encuentran agotadas. VII.- Corresponde en consecuencia el tratamiento de los agravios vertidos y en primer término los esgrimidos en torno a la responsabilidad de la demandada los que, desde ya adelante, no habrán de prosperar. Y ello, toda vez que, el análisis de las constancias obrantes en el expediente no permiten arribar a una solución distinta a la que en definitiva propiciara el Sr. juez a quo en su fundado pronunciamiento. En tal sentido, cabe recordar que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de aquellas que estimen idóneas, conducentes y decisivas para resolver la cuestión (cfr. Fallos Corte Supr. 306-2471; 272-225; 276-132; CNCiv., Sala D, ED 20-B-1040; Sup. Corte de Bs.As., Ed 105-173; esta Sala, Expte. no. 114.223/98, entre muchos otros). Destaco, consecuentemente, el derecho elemental del juzgador de no seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, limitándose a escoger entre aquellos que guardan relación directa con la litis y que revisten sustancial importancia para la justa solución del diferendo (cfr. Corte Sup., ED 18-780; CNCiv., Sala D, ED 20-B-1040; Sup. Corte de Bs.As., Ed 105-173; esta Sala, Expte. N° 114.223/98, entre muchos otros). Considera la recurrente que se condena a América TV SA por los hechos de un tercero por el cual no debe responder. Sostiene que al momento de emitirse los programas que motivaron la presente causa, el asunto era un tema de interés público (denuncia de un delito de orden público contra un menor de edad investigado por la justicia) que ya había sido difundido en los medios de comunicación social con anterioridad y en los cuales ya se conocía la identidad del menor involucrado. Entiende así, que no surge de autos que haya existido una violación a la intimidad del actor, siendo, además, que no fue América TV quien exhibió las imágenes del menor sino que fue el Sr. A. P. quien estaba en posesión de las mismas y decidió su exposición al momento de ser entrevistado en un móvil que realizó su parte. Aduce, en definitiva, que el asunto era de interés público y notorio; la imagen fue exhibida por su abuelo y la accionada ejerció su derecho constitucional a la libertad de expresión, apartándose el a quo de la doctrina del fallo ?Campillay?, cuyos presupuestos fueron debidamente demostrados en autos. En función de lo expuesto, solicita el rechazo de la demanda, con costas. VIII.- La libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, abarca las diversas formas en que la misma se traduce, comprende el derecho de dar y recibir información, y tal objeto ha sido expresamente señalado en el art. 13, inc. 1 de La Convención Americana de los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica-, ratificada por nuestro país por ley 23.054, que al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión, declara como comprensiva de aquella: ?la libertad de buscar, recibir, y difundir información de ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito, o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección, concepción que había sido consagrada en el art. 19 de la declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948? (CSJN, Campillay, Julio César c/La Razón y otros?, el 15/5/86, L.L. 1986-C, 406; Fallos 308:789).

Y si bien el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa es un pilar fundamental para el ejercicio pleno de la democracia que la Constitución Nacional ampara de manera específica y concreta considerándolo no solo como un derecho subjetivo de toda persona física o jurídica sino también como un verdadero "derecho constitución" y piedra angular de las Instituciones republicanas, no lo es menos que, como tantas veces lo ha interpretado nuestra Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos, la libertad de prensa no puede ser considerada de manera tan amplia que justifique abusar del honor o de la reputación de las personas, y que por ello cuando la prensa escrita, oral, o televisiva es el instrumento escogido para cometer abusos lindantes con los delitos penales o civiles de calumnia y/o injurias contra personas determinadas, el Código Penal y Civil se alzan como un bastión infranqueable para frenar los avasallamientos que puedan cometerse por intermedio de aquellos órganos (conf. fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 119-231; 155-57; 167-212; 269-195; 270-269-270-289; 293-560; CS en autos "Ponzatti de Balbín c/ Editorial Atlántida" del 11/12/84; JA 1988-IV-p. 731 de la Cám. Nac. Criminal y Correccional Sala 1 en autos "Iglesias Rouco"). Ha de considerarse, en tal sentido, que si los medios de información deben justamente cumplir con su misión específica-esto es informar-, esa suerte de derecho-deber se halla amparada por garantías individuales también custodiadas constitucionalmente y entre éstas están la integridad y el honor de las personas. Así, el derecho a la libertad de expresión, como los demás derechos, no es absoluto (Fallos: 257:275; 258:267 --La Ley, 115-437; 114-515--; 262:205), encontrándose sometido a las leyes que reglamenten su ejercicio y a los límites que les impone la coexistencia con otros derechos, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460 --La Ley, 111- 498; 120-376; 123-959, 13.815-S-). Por lo que el hecho de que la prensa no esté sujeta a censura previa no la libera de responsabilidades ulteriores que puedan devenir por la afectación de derechos personalísimos fijados por la ley y necesarios para asegurar el respecto a los derechos o a la reputación de los demás (conf. art. 13, inc. 1ro. de la Convención Americana de los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica, ratificado -con rango constitucional- por la ley 23.054; CSJN en "Servini de Cubría, María Romilda s/amparo" (S-303-S. 292 - 8-9-92). Aunado a la libertad de expresión se encuentra el derecho a la intimidad. Su fundamento se halla institucionalmente consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, como asimismo, en el art. 11 inc. 2 de la convención Americana de los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica- que reza "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni ataques legales, a su honra o reputación", y en el inc. 3 que prescribe que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o ataques". El art. 1071 bis consagra legislativamente, el derecho subjetivo a la intimidad, incorporado al Código Civil por la Ley 21.173. Se ha sostenido que es "el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cuál está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos" (Cifuentes, "El derecho a la intimidad", ED, 57-832); como que "El cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, el nombre, etc. son enunciaciones que de por sí inspiran un profundo respeto; pues no hay cuestiones de más clara esencia no sólo para el individuo en cuanto tal, sino también integrado en sociedad. Negar los derechos personalísimos sería desconocer la dignidad humana (Cifuentes, Santos "Los derechos personalísimos", p. 82 y ss). El ámbito de la autonomía individual tutelado está constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares y la situación económica, creencias religiosas, la salud mental y física y en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las forma de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro potencial o real para la intimidad. Es innegable, que el ejercicio de la llamada "libertad de prensa" no puede encubrir, el ejercicio abusivo de dicho derecho. El paliativo se encuentra, como señalara, en el art. 1071 bis que describe una cierta especie de abuso del derecho, por lo que se justifica la ubicación que ha dado a la norma el legislador: El art. 1071 supone la existencia de un derecho subjetivo determinado y desampara su ejercicio irregular, el art. 1071 bis contempla el ejercicio de la libertad de los particulares en general y prohíbe que ello pueda menoscabar, en una suerte de abuso de libertad, los derechos de la intimidad ajena. En consecuencia, no cabe amparar la publicación de informaciones o notas que afectan legítimos intereses privados, concernientes a la integridad espiritual de las personas, sin consentimiento de su titular, ni interés general que justifique la lesión. Ante todo, para que el derecho a informar o expresar las ideas legitime el daño a la integridad personal, es menester que el ejercicio de aquel derecho tienda a satisfacer un interés general. Pero ello no basta, ese interés debe ser prevaleciente en el caso particular, ya que también existe interés comunitario en la preservación de los bienes espirituales de la persona (Matilde Zabala de González "Resarcimiento de Daños a la Persona", T 2d., p. 243). Por su parte, toda persona tiene derecho sobre su imagen, es decir, de facultades para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma (conf. Ramón D. Pizarro, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación", p. 339). La simple exhibición no consentida de la imagen afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art. 31 de la ley 11.723 que dispone que "el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma.... 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? y genera por sí sola un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello sin perjuicio de que, en ciertos casos, la obtención o la difusión de la imagen, sin conformidad del interesado, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad, tal como ocurre en el caso de autos (Conf. Cám. Nac. Civil, Sala C en ED 99-713, ídem Sala D, en LL 1994-D-p. 147 con nota de Villalba "La investigación científica y el respeto de la personalidad"). Es así, que las excepciones enunciadas tienen límites en cuanto no pueden innecesariamente lesionar la intimidad, el honor o la identidad personal del afectado. En cuyo caso se extralimita la autorización legal y nace la responsabilidad consiguiente. Por ello, las excepciones son de interpretación estricta y no pueden ser objeto de abuso. (Conf. Ob. cit. p. 179). De allí que, la obtención y difusión de la imagen es libre cuando obedece a un interés general prevaleciente. 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 (conf. Mosset Iturraspe, "Daños a los derechos de la personalidad", JA, 1971-346. secc. Doctrina; Zavala de González, ob. cit., p. 187). Y aún de mediar un interés general prevaleciente para divulgar un acontecimiento en que interviene una persona, el hecho es antijurídico si la reproducción de la imagen era superflua para el fin general de que se trate. En tal sentido, como bien sostiene el a quo, aun cuando pudiera calificarse como "de interés general" la investigación de los hechos, no lo es ciertamente, la divulgación de imágenes que involucran a un menor. Ello, más allá que la forma en que se ha dado la información, con datos personales y familiares identificatorios del niño vinculándolo con un posible abuso sexual, colocando subtítulos con su apellido, refiriéndose el conductor al menor por su nombre, mostrándose fotos de éste en una playa (conf. video acompañado al informe de fs. 93 por la demandada América TV SA correspondiente al programa "Contra reloj" del 8 de diciembre de 1998) afectan gravemente su derecho a la intimidad. La prueba testimonial corrobora lo expuesto, en tanto los testigos C. E. (fs. 118 y vta.), E. R. C. (fs. 119 y vta.) y E. G. (ver fs. 120 y vta.) son contestes respecto a que tomaron conocimiento de la situación del menor a través del programa emitido por América TV, donde se mostraron fotografías del niño identificándolo por su nombre. Los deponentes refieren, asimismo, a la repercusión que tuvo el programa en el comportamiento y sentimientos del menor. Cabe poner de resalto, que en el caso, se da la particularidad que la nota realizada en el programa de la accionada revela cuestiones personales y familiares que involucran a un menor de edad, difundiendo su imagen, cuando existe al respecto una prohibición legal establecida por la ley 20.056, la que es considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constitucionalmente válida, y compatible con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño que protegen a los menores de injerencias arbitrarias en su vida privada y la de su familia, o de ataques a su honra y reputación (CSJN, 3/4/2001, "S., V c/ M., D. A.", LL, 2001 C, 310). La mencionada ley prescribe: "prohíbese en todo el territorio de la República la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incurso 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?". Sostuvo, asimismo, la CSJN que "los lineamientos de la doctrina derivada del caso "Campillay" no son de aplicación cuando media como en el sub examen una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio. En efecto, si la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto concierna a la persona del menor, mal podría soslayarse esta prohibición apelando al uso de un tiempo potencial de verbo o citando expresamente la fuente de que emana la información, aún cuando ésta provenga de los magistrados que entendieron en la causa judicial que involucra al menor de edad?, como que "Corresponde armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de censura previa, con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias de su intimidad, ya que el art. 16, inciso 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto" (CSJN, 28/8/2007, "S., L. E. c/ Diario El Sol s/ daños y perjuicios"). De allí que, "...en el caso de noticias referidas respecto de menores el medio de prensa debe evitar divulgar cualquier dato que permita identificar al menor, como mostrar su imagen, no pudiendo ampararse para incumplir esta pauta en las doctrinas "Campillay", o resguardarse en el interés público supuestamente en juego..." (conf. CNCiv., Sala A, "R., S. N. y otro c/ Editorial Atlántida SA s/ daños y perjuicios" libre N° 509.249). La nota transgrede abiertamente la ley 20.056, afectando el derecho al honor, la intimidad y la imagen del entonces menor de edad, L. C. A., no obstante a ello, en virtud de la prohibición de la citada ley, las consideraciones vertidas por la recurrente relacionadas con un supuesto interés público o la circunstancia que los programas hubieran sido emitidos con posterioridad a la publicación que se diera de la noticia por el diario Crónica el mismo día, en la edición matutina donde fue publicada una nota titulada "El hijito de A. fue restituido a su madre", con el subtítulo "El nene estaba bajo la custodia de los abuelos maternos porque su padrastro habría abusado de él; ayer volvió al hogar con el denunciado" (nota cuya autenticidad fue reconocida en el informe de fs. 83/86)?, en tanto tal circunstancia, a tenor de lo expuesto, no exime de responsabilidad a la demandada. Comparto, en definitiva, la decisión del Sr. Juez de grado en interpretación y con argumentación

jurídica que personalmente concuerdo, en tanto la difusión de la nota y la divulgación de la imagen del menor han afectado, sin un interés legítimo que lo justifique, su derecho personalísimo a la intimidad y a la imagen. En función de lo expuesto, habiéndose acreditado los presupuestos de la responsabilidad civil, en tanto se ha demostrado el obrar antijurídico como el demérito espiritual que la vulneración del derecho a la intimidad ha provocado al entonces menor de edad, L. C. A., es que habré de proponer al Acuerdo la confirmatoria del fallo recurrido. IX.- Corresponde, en consecuencia, el tratamiento de los agravios relacionados con la cuenta indemnizatoria de autos, debiendo destacarse que la demanda supeditó el reclamo a lo que en más o en menos resultare de la prueba a producirse en el proceso. X.- Daño moral. El Sr. juez de grado indemnizó el presente rubro en la cantidad de \$60.000, suma que es apelada por ambas partes. Al respecto debe recordarse que el daño moral importa, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daño Moral, p. 47). La opinión doctrinaria casi uniforme considera que la tesis resarcitoria contempla con mayor certeza el fundamento de la reparación del perjuicio experimentado por el damnificado, con ello quedo superada la concepción que entendía analizar el tema focalizando su atención en el autor, propiciando la imposición de una sanción ejemplar a este último. Es así que se diferencia la noción de daño reparable en sentido amplio conceptualizándolo como la lesión a cualquier derecho subjetivo, de otra acepción estricta, que entiende que dicha lesión recae sobre ciertos derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial. Este último significado -relevante en derecho de daños- pone en evidencia que la consecuencia de la lesión al derecho subjetivo siempre es cuantificable en dinero. La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio como ocurre en el daño moral. En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos daños de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron. Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros). En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (pág. 240) que "El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto?". La tesis resarcitoria tiene plena vigencia en doctrina nacional, por lo que, en la valuación del daño moral padecido, no debe primar la idea de placeres compensatorios que servirían para brindar consuelo a la víctima, sino que es necesario estimar la entidad objetiva del daño, para repararlo con equidad. No obstante lo expresado, en tal justipreciación debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta cometida por el agravante, sin que ello implique adoptar "in totum" la idea sancionatoria; ello es así en razón que la actitud que adopta el ofensor no puede ser ignorada por el juzgador, quien debe tenerla presente, porque la extensión del resarcimiento en nuestro derecho positivo se inclina por un sistema mixto que además del daño objetivamente considerado tiene en cuenta el factor de atribución con el que obra el ofensor (Conf. Derecho Obligaciones, Alterini, Ameal, López Cabana, p. 259, n° 579 (3)). En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado. Debe decirse además que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo. En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral. La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual). Por lo tanto es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que "conforme el curso normal y ordinario" permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio. Asimismo es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura. Se ha dicho, asimismo, que la turbación de un derecho personalísimo es por sí sola desencadenante de un daño moral (cf. C.N.Civ., sala I, Expte. 85.024, "D. L., C. F. c/ Ediciones Fernández Reguera s/ daños y perjuicios", del 9/12/94 y "M., C. B. c/ X.Y.Z. Editora S.A.", del 18/3/04, en Jurisprudencia Argentina, t. 2004-III, p. 557). El daño surge del hecho mismo de la acción antijurídica (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 294.261, del 18/6/00; Hooft, Irene, "La protección de la imagen", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-2, pág. 338 y jurisprudencia mencionada en nota 74). Es el efecto natural y ordinario de la ofensa a la intimidad y a la imagen y se

produce *re ipsa*?, en tanto surge de los hechos mismos (art. 1078 del CC). Es por ello, que el art. 1071 bis tiene especialmente en vista el perjuicio espiritual, cuando alude a la mortificación de las costumbres o sentimientos del afectado. El daño moral a la intimidad puede consistir en una lesión profunda de las costumbres o sentimientos de la víctima, que exceda la órbita superficial de la mera incomodidad o fastidio. El acto lesivo afecta eventualmente no sólo la sensibilidad, delicadeza y decoro de una persona, sino su misma facultad de autodeterminación y realización espiritual (Matilde Zabala de González *Resarcimiento de daños*?, p 153/55).

En el caso concreto, para fijar la indemnización se debe tener en cuenta ciertas circunstancias relacionadas con la personalidad del afectado, el ámbito en el que se desenvuelve, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, el medio empleado, el grado de difusión que adquirió y la incidencia futura que puede acarrear en la vida familiar, de relación en la función o empleo del damnificado (CNac.Civil, Sala F, causa n 040793, *olino c/ Lisica s/ daños y perjuicios*?. La mortificación en los sentimientos del menor (hoy mayor de edad) y en su tranquilidad, frente al menoscabo moral resulta entonces, innegable. A tal repercusión han hecho referencia los testigos que declararon en autos. Por todo ello, atendiendo a las condiciones subjetivas del actor y la índole del hecho generador que ha afectado sensiblemente su intimidad, habré de incrementar el monto acordado a la suma de \$100.000 (art. 165 del CPCC).

XI.- Intereses. El Sr. juez de grado, consideró que, en el caso particular, dada la fecha de promoción de la demanda y los amplios períodos de inactividad procesal verificados, corresponde computar los accesorios desde el evento dañoso (8.12.1998) hasta el dictado del presente decisorio conforme la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina; y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a lo que surge de la doctrina plenaria en autos *Samudio de Martínez, Ladislada c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios*?. La actora solicita la aplicación de ésta última tasa desde la fecha de la mora hasta el 1 de agosto de 2015 - fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación- y desde allí y hasta el efectivo pago, a la tasa de interés determinada según reglamentaciones del Banco Central conforme lo prescripto por el art. 768, inc. c) del CCyC. La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos *Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios*?, dejó sin efecto la fijada en los plenarios *Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios*? del 2 de agosto de 1993 y *Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios*? del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo). Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora ex lege nace en ese momento (conf. art. 1067 C.Civil). Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable (Expte. N° 105.697/02, *Boncor Claudio c/ Celucci Héctor s/ daños y perjuicios*?, del 10/02/2010, con voto preopinante de la Dra. Silvia A. Díaz). Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación). En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda, la que se encuentra prohibida. Por otra parte, los antecedentes mencionados, ni la doctrina plenaria recaída en autos *Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios*?, permiten efectuar diferencias con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad. De establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos *Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios*? (22/04/03) *?...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita en el art. 18 de la Constitución Nacional*?. En cuanto al enriquecimiento indebido, sostuvimos en el plenario aludido, conjuntamente con la Dra. Hernández y los Dres. Sanso, Mizrahi, Ramos Feijoo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Verón y Pérez Pardo, que *la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto*

de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices?. Asimismo que ?A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor?. Agregando que, ?De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual?. Sosteniendo que ?El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?. Con ese mismo criterio se aceptó, ?desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?. Agregando que ?la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?. Es por ello que, ?desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?. ?El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico?. Dicho principio, ?como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?. ?No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. Ello así, ?por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. En cuanto a la fijación de intereses a partir del 1/08/2015, dejando a salvo el criterio manifestado en el punto VI) de este pronunciamiento, y de acuerdo a la pauta establecida en el art. 768, inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto refiere a tasas que ?se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?, entiendo que corresponde aplicar hasta el efectivo pago, la tasa activa prevista en la doctrina plenaria ?Samudio?, tasa ésta

aceptada por el Banco Central ya que aun sin desconocer que el art. 303 del CPCC ha sido derogado por la ley 26853, ello no resulta operativo en virtud de lo dispuesto en el art. 15 de la mencionada ley. Lo expuesto, desde que si bien el aludido art. 768 no contempla expresamente la facultad judicial de fijar la tasa de interés moratoria para el caso en que no sea acordado por las partes (inc. a) o no se encuentre prevista en disposiciones especiales (inc. b), entiendo que debe ser fijada judicialmente en cumplimiento del deber de los jueces de resolver las cuestiones sometidas a su jurisdicción (art 2 y 3 del CCyC y art. 163, inc. 6 del CPCC; CCIV. Sala G, Expte. N° 30.414/2008, 06/16; CCIV. Sala C, Expte. N° 050841/2011; CNCIV. Sala I, expte. N° 8166272010). En efecto, la tasa de interés moratorio puede ser fijada mediante: a) convención de las partes, manteniendo como principio la autonomía de la voluntad; b) legalmente, supletoriamente si las partes no han dispuesto una tasa, será la que determinen las leyes especiales y c) en subsidio -es decir en defecto de los dos incisos anteriores-, se aplicarán las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. Cabe aclarar que en el régimen anterior, se hacía referencia a las tasas de los Bancos Oficiales (ver segundo párrafo del art. 622). Pero más allá de cual sea la entidad que fije las tasas, lo cierto es que no se especifica si se aplicará la tasa pasiva o activa, pues la propia comisión redactora del proyecto de Código, expuso en sus fundamentos que no se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, al considerar que como hay supuestos de hecho muy diversos, resulta necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso. Sigue, en definitiva, el postulado de Vélez a la nota del art. 622, el cual reza "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso?". No coincido con quienes plantean que se trata de un intento para que sea la autoridad monetaria la que fije una tasa específica para dirimir la especie, sino que por el contrario, considero que esa tarea deberá ponerse en manos del órgano judicial competente, más allá de seguir los lineamientos que al respecto pudiera proveer el Banco Central. En el mismo orden de ideas, las XXV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca, concluyeron que la previsión del artículo 768 inc. c no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Mayoría). Recordemos que la tasa activa es la que la entidad bancaria percibe al ser el acreedor de un mutuo, en cambio la tasa pasiva es la que se devenga a favor de los ahorristas depositantes en esas mismas entidades. Desde hace ya más de 20 años la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la tasa de interés moratorio corresponde que sea analizada por los jueces que interpretan los ordenamientos, sin afectar garantías constitucionales dando así libre albedrío para que sean fijadas por los magistrados de los diferentes fueros las tasas a aplicar. En lo que a los fueros Civil y Comercial del ámbito Nacional respecta, se dictaron sendos plenarios fijando la aplicación de la tasa activa. Ello, sin perjuicio de la derogación del art. 303 del Código Procesal a cuya falta de operatividad ya me he referido. Asimismo, en las mencionadas Jornadas se sugirió que es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor (unánime). En función de lo expuesto, es que habrá de confirmarse la tasa activa fijada por el sentenciante de grado a partir de la fecha de la sentencia, la que deberá, sin embargo, aplicarse desde la fecha de la publicación de la nota (8/12/98). Es decir desde la mora hasta el efectivo pago. Con dicho alcance deberá modificarse el fallo apelado, haciéndose parcialmente lugar a los agravios vertidos por la actora. XII.- Por los argumentos expuestos, propongo al Acuerdo: I) modificar la sentencia recurrida incrementándose la partida otorgada en concepto de "daño moral" a la suma de \$100.000; II) modificarla, asimismo, disponiéndose la aplicación de la tasa de interés activa general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de la mora (8/12/98) hasta el efectivo pago; III) confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto de agravios y IV) imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada sustancialmente vencida (art. 68 del CPCC). Los Dres. Hernández y Alvarez, por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal, votan en igual sentido a la cuestión propuesta. Buenos Aires, agosto 10 de 2017. Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I) modificar la sentencia recurrida incrementándose la partida otorgada en concepto de "daño moral" a la suma de \$100.000; II) modificarla, asimismo, disponiéndose la aplicación de la tasa de interés activa general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de la mora (8/12/98) hasta el efectivo pago; III) confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto de agravios; IV) imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada sustancialmente vencida (art. 68 del CPCC) y V) diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del Cód. Proc.). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. Se deja constancia que la difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase.

OSCAR J. AMEAL LIDIA B. HERNANDEZ OSVALDO O. ALVAREZ JAVIER SANTAMARIA (SEC.)
021011E