

Daño moral para un menor, de quien se difundieron datos a través de diferentes medios de comunicación, que permitieron su identificación

18 junio 2018 por [Ed. Microjuris.com Argentina](http://Ed.Microjuris.com Argentina)



Partes: G. B. D. y otro c/ Producciones P.S.A. s/

daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: J

Fecha: 5-feb-2018

Cita: MJ-JU-M-109298-AR | MJJ109298 | MJJ109298

Procede la indemnización por daño moral únicamente respecto del menor, pues el medio debió evitar difundir datos que permitan su identificación, con el fin de tutelarlos. Cuadro de rubros indemnizatorios.

CUADROS CUANTIFICATORIOS

Datos de la Víctima		
Sexo	Carácter	
M	Damnificado	

Datos del Hecho	
Tipo de Accidente	Relato de los Hechos
Daños al honor, dignidad	Se hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios derivados de la publicación de fotografías donde se mostraba la cara del hijo de los actores, las que fueron tomadas en la vía pública sin su consentimiento y con fines comerciales.

Rubros indemnizatorios		
Rubro	Divisa	Monto
Daño Moral	\$	48000

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la demanda por los daños y perjuicios derivados de la publicación de fotografías del hijo de los actores, en las que se muestra claramente su rostro, que fueron tomadas en la vía pública sin su consentimiento, pues la imagen goza de una tutela constitucional que emana de los derechos implícitos contenidos en el art. 33 , concordando con los arts. 14 y 17 de aquella; si bien la norma que regula su utilización es la ya mencionada, contenida en la Ley 11.723 , mientras que el art. 1071 bis es protector de la intimidad.

2.-La publicación de la imagen con fines comerciales no encuadra en el art. 1071 bis del CC. sino en los arts. 31 y ccdtes. de la Ley 11.723 en virtud de la distinción conceptual entre la difusión de esa imagen con fines comerciales sin la debida autorización, desarrollada en la vía pública, y la intimidad que no habría de verse concreta y seriamente vulnerada, ni tampoco puede entenderse una lesión al honor o descrédito, mas por lo escaso y elogioso del comentario consignado.

3.-Corresponde rechazar la indemnización por daño moral otorgada a cada uno de los progenitores del niño derivados de la publicación de una fotografía del menor, pues de las propias afirmaciones de los actores surge que la puesta en riesgo de la seguridad es potencial, asimismo, mal pueden sostener que han quedado expuestos ante la vida pública, cuando ellos mismos reconocen que son 'personajes públicos' y por ello al reconocer que el daño aducido es meramente eventual o potencial, no se cumplen los requisitos básicos de la responsabilidad civil.

Fallo:

Buenos Aires, a los 5 días del mes de febrero de 2018, reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "G. , B. D. y otro c/ Producciones P. S.A. s/ daños y perjuicios"

La Dra. Zulema Wilde dijo:

I.- La sentencia de fs. 225/228 hizo lugar a la demanda y en consecuencia condenó a Producciones P. S.A a abonar al menor E. H. la suma de cuarenta y ocho mil seiscientos pesos, a la Sra. B. D. G. el importe de cincuenta y seis mil setecientos pesos e igual monto a favor de G. E. H. , en el plazo de diez días de quedar firme lo resuelto sin imposición de intereses por no haber sido peticionados y con costas a la parte vencida.

II.- El Código que nos rige ha traído una expresa disposición respecto a la temporalidad de la ley. A fin de interpretar coherentemente las normas contenidas en el art. 7, sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, y a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ha de tenerse en consideración en este caso, que la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior.

Las consecuencias son los efectos, -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación ya existente, en este caso, la publicación sin consentimiento imputada. Por lo que al haber nacido al amparo de la legislación anterior, ella es la que regula el presente.

III.- Para una mejor comprensión del tema a resolver cabe llevar a cabo un breve resumen de los hechos alegados en la demanda.

Los actores manifiestan que las dos publicaciones realizadas por la empresa demandada les causaron daños a ellos personalmente y a su hijo, al publicarse fotografías del niño, en las que se muestra claramente su rostro. Ellas fueron tomadas en la vía pública sin su consentimiento, "poniendo en riesgo potencial la seguridad de nuestro hijo" (ver fs. 20). Aducen haber dejado expuesta su vida privada, "lo que hace que potencialmente estemos en peligro" (ídem) Alegan la violación a su derecho a la intimidad, no sólo del niño sino del grupo familiar.

Remarcan que su hijo no es una persona pública sin perjuicio de que sus padres lo sean (ver ídem).

Reclaman daño físico de los progenitores y moral de ellos y del hijo (ver fs. 22vta.) La discriminación de los rubros hecha a fs. 29, excluye al menor, a pesar de la petición genérica primigenia.

Atento esto apela la accionada y el Sr. Defensor de Primera Instancia, requiriéndose en ésta instancia la elevación del monto concedido por daño moral a favor del niño.

IV.- La demandada apela lo decidido por entender que la sentencia le causa agravio en cuanto a que la imagen del menor ha sido publicada y utilizada sin el consentimiento de sus representantes legales por lo que les reconoce una indemnización por daño moral a aquellos y al menor.

La apelante hace hincapié que más allá de la existencia o no del consentimiento de los representantes legales, aquel resultaría innecesario cuando la publicación del retrato se relaciona con hechos o acontecimientos desarrollados en público e inclusive se ha admitido que pudo haber un consentimiento tácito para la reproducción de la imagen en aquel acontecimiento.

La actora aduce en su contra que la foto ha sido objeto de comercio en provecho de la empresa demandada.

V.- En anteriores decisiones esta Sala ha tenido oportunidad de armonizar las normas contenidas en el art. 31 de la ley 11.723 y lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 1071 bis, respecto al derecho a la imagen.

Tres posibles formas de agresión a ese derecho que ampara la ley son descriptas por Gregorini Clusellas.

1) La de su empleo no autorizado como marca comercial (art. 4º, ley 3975), que fue la primera situación contemplada legislativamente en el tiempo y específica para esa forma de utilización comercial.

2) La de su puesta en el comercio o su simple publicación (interpretación a "contrario sensu" del último párrafo del art. 31 ley 11.723), sin el consentimiento expreso, específico y revocable de la persona misma o de los derechohabientes que la ley determina, el que solamente se dispensa cuando medien algunas de las siguientes circunstancias: a) cuando la publicación del retrato, se relacione con fines culturales en general y científicos o didácticos en particular, b) cuando dicha publicación se relacione con hechos y acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público; c) cuando la persona fallezca sin dejar cónyuge ni alguno de los

ascendientes o descendientes identificados por la norma del art. 31, o bien hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada.

En este supuesto, el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada.

3) Cuando la publicación del retrato fuese un medio de intromisión arbitraria en la vida ajena, de mortificación en sus costumbres o sentimientos o de perturbación de cualquier modo de su intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil).

El supuesto contemplado por esta norma es específico pues tutela el empleo de la imagen de un modo particularmente lesivo como el genéricamente denominado derecho a la intimidad (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "La violación del derecho a la propia imagen y su reparación", 1996-D, 136; C. N. Civ., esta Sala, 28/09/2009, Expte. N° 101.903/2005 "Ochoa, Raúl Vladimiro c/ Recoletos Argentina S. A. s/ daños y perjuicios – ordinario", entre otros).

La imagen goza una tutela constitucional que emana de los derechos implícitos contenidos en el art. 33, concordando con los arts. 14 y 17 de aquella; si bien la norma que regula su utilización es la ya mencionada, contenida en la ley 11.723, mientras que el art.1071 bis es protector de la intimidad (ver Calderón, Maximiliano Rafael y Márquez, José Fernando, "El derecho a la imagen y su valor económico" RC y S 2003-261).

La facultad de decidir acerca de su imagen está en el sujeto, así como el medio de su implementación, distinguiéndose entre la captación, divulgación, reproducción o comercialización (ver Picasso, Sebastián "Nuevas fronteras del derecho a la imagen" JA 2005-II-1251).

A lo consignado se suma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la ley ha prohibido -como regla general- la reproducción de la imagen en resguardo del derecho que cada individuo posee sobre ella, así como ese principio sólo cede ante circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho ("Werner, Graciela Cristina c/Pensado para Televisión S.A. y otros s/ daños y perjuicios, causa 533.996 del 5/10/2009, fallos: 311:1171) Lineamiento que venía desarrollando con anterioridad (CSJN, 28-06-1988, Lambrechi, Norma B. y otra c/Wilton Hotel y otro, Fallos 311:1171, LL 1989-C-478; JA 1989-I, 89, DJ 1991 -2, 78).

A esto se agrega "no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de los interesados" (dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que los Dres. Petracchi y Maqueda hacen propios en Fallos 330;5088).

Es decir que la publicación de la imagen con fines comerciales no encuadra en el art. 1071 bis del C. Civil sino en los arts.31 y concordantes de la ley 11.723 en virtud de la distinción conceptual entre la difusión de esa imagen con fines comerciales sin la debida autorización, desarrollada en la vía pública, y la intimidad que no habría de verse concreta y seriamente vulnerada, ni tampoco puede entenderse una lesión al honor o descrédito, mas por lo escaso y elogioso del comentario consignado (ver CNCiv. Sala C, 2/05/1989, Sun Graciela Roxana c/Chani s/daños y perjuicios,

idem Sala I, 31/08/1998, Rother Sergio y otro c/ Cica SA. Industrias alimenticias y otros, Expte N° 4081).

Los escasos comentarios consignados en el número 815 de la revista muestran un papá dedicado a su bebé, disfrutando plenamente de su paternidad en múltiples actividades, digno modelo que debe ser tenido en cuenta por la sociedad en sustento de la familia. La otra revista muestra una familia que se dedica a compartir los fines de semana. Los comentarios en ambas se refieren más a la actividad artística de los padres y la natural compatibilización del tiempo que los padres realizan entre el trabajo y la familia.

Por lo que, sin consentimiento de los representantes del bebé, haciéndose la publicación con fines comerciales, ésta genera un daño moral a favor de él, que debe ser indemnizado (esta Sala, 1/08/2000, Mesaglio, Paola c/ Austral Cielos del Sur S.A.; LL 2000-F, 117).

En el caso de noticias respecto de menores, el medio debe evitar difundir datos que permitan su identificación con el fin de tutelarlos, si bien la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación se ha referido a intromisiones ilegítimas respecto de su intimidad, que no es el caso en los presentes (art. 16 inc. i de la Convención sobre los Derechos del niño -CSJN 28/08/2007, S. L. E. c/ Diario El Sol s/daños y perjuicios- También la CNCiv., por su Sala A lo ha hecho en un caso de noticias referidas a menores, en R.S.N.y otro c/Editorial Atlántida S.A. s/ds. Y ps. Libre 509.249), entendiendo que el medio de difusión no puede ampararse en la Doctrina Campillay o en el interés público supuestamente en juego.

En conclusión, lo esgrimido por el apelante no permite modificar lo decidido en cuanto a este aspecto, por la indebida difusión de la imagen del pequeño, con fines comerciales, aunque se tomara esa fotografía en la vía pública.

VI.- La demandada requiere se revoque lo decidido en cuanto se ha concedido una indemnización por daño moral con relación a ambos padres.

En primer lugar, en mérito al principio “iura novit curia”, se permite al juzgador determinar la normativa aplicable con independencia de las normas invocadas por las partes o por el juez de primera instancia. Son los hechos los que individualizan la acción, y las facultades de este Tribunal se encuentran limitadas a los mismos, pero en la aplicación del derecho y las razones que induzcan a aplicarlo, su criterio es soberano. Por ende, corresponde en esta instancia analizar la corrección del derecho decidido aplicable por el magistrado de grado, sin que ello importe violación alguna del principio de congruencia.

Se debería reiterar la distinción conceptual ya elaborada con anterioridad para comprender que el tema ha quedado limitado a la cuestión de la protección de la imagen.

Es obvio que se reclama por la publicación de la foto del bebé y no por las obtenidas de los peticionantes, ya que la fundamentación que vierten en su escrito de inicio hace mención a que “la difusión de la imagen de nuestro hijo, menor de edad, en la vía pública, sin nuestro consentimiento y poniendo en riesgo potencial la seguridad de nuestro hijo” (ver fs.20), así como a ellos los “ha dejado expuestos ante la vida pública, vulnerables ya que ha dejado expuesta nuestra vida privada, lo que hace que potencialmente estemos en peligro” (ver ídem) Como bien reconocen los

actores, ellos son personajes públicos y consideran que “se entrometieron en nuestra vida privada” (ver fs. 20vta.).

Asimismo reconocen que E., el bebé, fue “la principal víctima” (ver ídem).

Más cuando, los actores reclaman con fecha 29 de marzo de 2012, las publicaciones ya se habían realizado (15 de febrero de 2012 y 14 de marzo de igual año).

Cabe consignar para concretar respecto de los hechos alegados en el escrito de inicio, que no existe prueba en autos con relación a los aducidos riesgos de seguridad, ni a la materialización de medidas de protección, ni que las publicaciones hayan cambiado el curso de sus vidas, ni que su patrimonio se haya deteriorado.

Resulta curioso que se sostenga que hubo menoscabo en sus bienes vitales de orden natural, honorabilidad, moralidad, derecho de propiedad y patrimonial natural.

Tampoco lo expresado por la parte actora en las medidas precautorias muestran la relación de causalidad entre las publicaciones de las fotos del bebé y las alegadas consecuencias esgrimidas.

Más, si el coactor circulaba con una camioneta como se describe, la que valora a fs. 10 del Expte. 108.758/12 y la Sra. G.lo hacía con el vehículo que indica y estima su valor en el monto que afirma, es de suponer que los riesgos supuestos que corrían están eventualmente más vinculados con lo que exhibían que por las fotos publicadas de su hijo, en las que no se percibe ningún vehículo automotor, sino simplemente un carrito de bebé.

En primer lugar, cabe remarcar que conforme surge del plexo normativo conformado por los artículos 1068 y 1078 del Código Civil resulta que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” o cuando se ocasione daño moral. (Belluscio – Zannoni. “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado.” T. II. Ed. Astrea. Pág. 688. Bs. As. 2002).

Es así que la configuración del daño se erige como el presupuesto básico de responsabilidad civil, y debe tratarse de un daño cierto para poder ser resarcible y susceptible de apreciación pecuniaria, y, a su vez, propio o personal de quien lo reclama.

La víctima debe demostrar el daño cuya reparación pretende, lo que se debe adelantar no acontece en los presentes.

Incumbe al pretensor del resarcimiento de daños demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia; esto es, evidenciar los presupuestos del deber de reparar.

El hecho antijurídico o el incumplimiento, el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de esfuerzo demostrativo. (Lorenzetti, Ricardo.”Carga de la prueba en los procesos de daños”. Revista Jurídica La Ley. Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Partes general y especial. T. III. Bs. As. 2007.Pág.567 y ss.).

Asimismo, es criterio admitido que la vinculación causal entre el hecho antijurídico y el daño debe ser demostrada por la víctima.

La ley especifica presunciones de causalidad a nivel de autoría, como bien lo reseñan Alterini y López Cabana (“Presunciones de causalidad y de responsabilidad”, La Ley, 1986-E, 981).

Más difícil en cambio resulta admitir presunciones de adecuación del nexo causal. Sin embargo, se admiten los criterios de normalidad que tiene entrada en este tema a través de los arts. 901 y ss. del Código Civil, que hablan de las consecuencias “que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas.” (Ver Lorenzetti, R., artículo “ut supra” citado).

Asimismo, cabe remarcar que “el daño indemnizable es el que se halla en conexión causal adecuada con el acto del responsable y ha sido determinado o producido por ese acto” (CNCiv., sala A, 26/6/73, Rep. ED 7-415, N° 25); por ello, “no basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea causa eficiente del daño, para ello es necesario que tenga, por sí, la virtualidad de producir semejante resultado”. (CNCiv., Sala A, 9/8/73, ED 51-740). (Belluscio – Zannoni, obra citada, pág. 691).

El daño cierto es el requisito en sí más importante para determinar qué es daño resarcible y qué no lo es. Se contrapone al daño meramente eventual, conjetural o hipotético, del que no hay ninguna seguridad de que pueda ocurrir o no, no resultando por eso resarcible.

La certeza del daño. Sin lugar a dudas, es el primordial presupuesto para que el menoscabo sea resarcible. En efecto, el daño debe presentar suficiente certeza, es decir, no debe ser eventual o hipotético. Así, el simple peligro o la sola amenaza o perspectiva de daño no es suficiente para tornarlo indemnizable. El daño cierto se opone, en consecuencia, al perjuicio eventual, hipotético o conjetural, el que puede llegar o no a producirse. Es así que, si se indemnizara un perjuicio incierto y, finalmente, éste no llegara a consumarse, entonces existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima.

De esta forma, debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, aunque todavía no resulte comprobada su cuantía.

De las propias afirmaciones de los actores surge que la puesta en riesgo de la seguridad es potencial.

Asimismo, mal pueden sostener que han quedado expuestos ante la vida pública, cuando ellos mismos reconocen que son “personajes públicos” (ver fs. 20vta.).

En conclusión, ante el propio reconocimiento que el daño aducido es meramente eventual o potencial, al no cumplirse con los requisitos básicos de la responsabilidad civil, sólo cabe revocar lo decidido con respecto a ellos.

Atento la forma en que se resuelve no cabe entrar a conocer sobre los legitimados que articulaba la norma contenida en el art. 1078 del C. Civil y en el actual 1741 CCCNA.

VII.- La Sra. Defensora de la Excma. Cámara entiende que la suma acordada al niño es escasa mientras que la parte demandada esgrime lo elevado de la suma.

En materia de daño moral nadie mejor para estimar su propio daño extrapatrimonial que quien lo peticiona.

Como es sabido, el daño moral es la afección en los sentimientos y en la faz más íntima del sujeto, por lo que nadie mejor que el propio damnificado para valorar su propio dolor y en consecuencia estimar su “quantum”. Aquí lo han hecho sus representantes legales, en atención a la edad de la criatura.

Por ello, sólo cabe el rechazo de los agravios vertidos al respecto y en consecuencia, firme la sentencia sobre el particular.

Costas de Alzada en el orden causado atento los vencimientos parciales y mutuos. (art.68 CPCCN).

En mérito a lo expuesto, se propone al Acuerdo:

I.- Modificar parcialmente la sentencia recurrida

II.- Revocar lo decidido en cuanto al daño moral concedido a cada uno de los progenitores, rechazando el rubro en cuestión.

III.- Confirmar la suma concedida en concepto del daño moral a favor del niño E.

IV.- Rechazar los restantes agravios vertidos de acuerdo a lo consignado en los considerandos respectivos.

V.- Costas de Alzada en el orden causado atento los vencimientos parciales y mutuos. (art. 68 CPCCN).

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.

Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.).

Buenos Aires, febrero 5 de 2018.

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE;

I.- Modificar parcialmente la sentencia recurrida

II.- Revocar lo decidido en cuanto al daño moral concedido a cada uno de los progenitores, rechazando el rubro en cuestión.

III.- Confirmar la suma concedida en concepto del daño moral a favor del niño E. .

IV.- Rechazar los restantes agravios vertidos de acuerdo a lo consignado en los considerandos respectivos.

V.- Costas de Alzada en el orden causado atento los vencimientos parciales y mutuos. (art. 68 CPCCN).- VI.- En atención al monto comprometido, naturaleza del proceso, calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, cantidad de etapas cumplidas, resultado obtenido, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 19, 38 y conc. de la ley 21.839, en atención a lo regulado por el art. 279 del CPCCN , regúlense los honorarios de la Dra. Patricia Noemí Pajón en la suma de pesos.(\$.), los del Dr. Carlos A. Lo Turco, en la suma de pesos.(\$.) ,

los del perito contador Carlos Antonio Rapetti en la suma de pesos.(\$.) y los del mediador interviniente se fijan en la suma de pesos.(\$.).

Por la labor desarrollada en la Alzada, se fijan los honorarios del Dr. Fernando L. Cassani Azurro en la suma de pesos.(\$.) y los de la Dra. Patricia Noemí Pajón en la suma de pesos.(\$.).

Se deja constancia que la Vocalía N° 29 se encuentra vacante (art. 109 del R.J.N.).

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.

Dra. Zulema Wilde

Dra. Beatriz Verón

