

Libro S- 67

Nº Orden:

Expte. Nº 27.520

Juicio: S E D Y OT. C/I H R R Y OT. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Juzgado: Civil y Comercial Nº 4

En la ciudad de Mercedes, a los 28 días del mes de junio del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, integrada al efecto conforme regla el art. 4 del Ac. Extraordinario del 25/09/2008 (B.O. del 06/12/2010) con los señores jueces Dr. **Tomás Martín Etchegaray** - miembro permanente de la Sala- ; **Dr. Luis M Nolfi**, - Presidente de la Cámara, en reemplazo del Dr. Luis Tomás Marchió, excusado- y el **Dr. Emilio Armando Ibarlucia** (cfr. fs. 223) , con la presencia de la Secretaria actuante, se trajo al despacho para dictar sentencia el expediente número 27.520 caratulado “**S E D y ot. c/I H R R s/Daños y perjuicios**”.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos:

1ª) ¿Se ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 186/132 en cuanto es materia de apelación y agravios?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Luis M Nolfi.

V O T A C I Ó N

Al la **primera cuestión** planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo:

I)- La sentencia de fs. 186/193, dictada el 06 de julio de 2011, hizo lugar a la demanda promovida por E D S y C A D por derecho propio, y por su hija menor de edad M C S, y, en consecuencia, condenó a H R R I por sí y en su condición de director del semanario Protagonistas a indemnizar a los actores, con costas. En su contra interpusieron sendos recursos de apelación el demandado (fs. 196) y los actores (fs. 198). Recursos que se concedieron libremente (fs. 197 y 199). Llamados a expresar agravios (fs. 202), los

demandados lo hicieron mediante el libelo de fs. 205/209, que mereció la réplica de fs. 212/218vta. Los actores desistieron de su recurso a fs. 210. Llamados “autos para sentencia” (fs.219), consentido, y practicado el pertinente sorteo (fs. 222vta.), quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3º - c, y 263).

II)- El motivo del reclamo se afinsa en que el semanario local Protagonistas del día 26 de setiembre de 2005, en la contratapa, publicó bajo el título “la justicia ordenó a obra social a cubrir práctica”, una nota en la que se dijo textualmente que “...M C S ... hoy tiene nueve años de edad ... profesionales le diagnosticaron una enfermedad llamada Ataxia de Friederich, con daño, discapacidad y minusvalía total permanente ... discapacidad ... de tipo visceral, motora...”; y más adelante, que “...E y su esposa C, tienen tres hijos. El mayor, F, sufre una enfermedad terminal...”. Dicen que si bien no cuestionan la veracidad del contenido, sí que esa publicación se entrometió arbitrariamente en la vida de su grupo familiar, mortificó sus sentimientos y perturbó gravemente su intimidad. Por que ninguno de los menores allí nombrados, si bien estaban enfermos, conocían de la gravedad de su estado por la protección brindada por sus padres. La difusión de esos datos por parte del semanario, sin su autorización, fue una irresponsabilidad y desprecio por la intimidad y el dolor ajenos. Que violó la intimidad de sus hijos y su familia, y su derecho como padres a preservar a sus hijos de todo daño moral. Y añaden que el ejercicio del derecho a publicar por la prensa lo que consideraba de interés general respetando la intimidad de los demás (hubiera sido legítimo) si la noticia se hubiera publicado omitiendo los nombres y circunstancias que individualizaran a los afectados. Por esa violación a su derecho a la intimidad, piden indemnización por el daño moral ocasionado tanto a los actores como a su hija C.

III)- Al contestar la demanda I dijo que en la edición del 26/9/05 se limitó a publicar una información proporcionada por fuentes judiciales vinculada a la acción de amparo que los actores incoaron a la Obra Social UPCN para que les brindara cobertura a una práctica médica que les había negado. Que como la situación de salud de los menores era ampliamente conocida, de buena fe decidieron publicar esa noticia con la intención de crear conciencia en la población para que quienes atravesaran las mismas dificultades

que los S, acudieran a la justicia. Que el semanario colaboraba con los actores en las campañas solidarias que impulsaban a fin de recaudar fondos para la atención de las enfermedades de sus hijos. Que ante su apersonamiento quejoso, se les ofreció un espacio para que aclararan lo que creyeran conveniente, pero prefirieron publicar una solicitada para desmentir que su hijo F padeciera una enfermedad terminal. Lo mismo hicieron en otros medios. En esas solicitadas no objetaron que en la nota se hubiera nombrado a sus hijos, o que en ella se hubiera violado la intimidad de la familia y los menores, ni sentirse dañados por la publicación. También arguye que no es cierto que los menores se hubieran podido enterar por la publicación de su verdadero estado de salud, grave pero preservado, ya que los actores con anterioridad habían promovido, junto con instituciones varias, festivales solidarios para recaudar fondos, lo que importaba difundir inequívocamente que sus hijos tenían problemas muy serios de salud. Y nunca se quejaron por invasión a su intimidad cuando se exhibieron fotos de los niños en notas que publicitaban esos festivales. Sostiene la inaplicabilidad del art. 1 de la ley 20065 porque trata de casos de menores involucrados en procesos judiciales penales, ni de otras disposiciones de convenciones internacionales.

IV)- La sentencia situó el eje de la disputa en la cuestión de si la nota invadió ilegítimamente la intimidad de la menor C y la vida familiar de los actores, o no, a la luz del CC 1071bis, sin perjuicio que al final se encuadró el hecho en el art. 22 de la ley 26.061. Examinó la copiosa documentación averada, de la que surge que en varios medios de prensa locales se publicaron notas ilustradas con fotos y los nombres de F y C, sea para convocar a festivales solidarios, o para dar cuenta de su realización. Pero -señaló el “a-quo”- que por ser todas de fecha posterior al 26 de setiembre de 2005, tienen nula importancia para el caso. Definió la intimidad, a los efectos que interesan en la especie, como la tutela del derecho personalísimo que permite sustraerse de la arbitraria difusión de hechos de la vida privada, protección jurídica que será mayor o menor en la medida que el interesado haya permitido o facilitado la intromisión del público en el ámbito de lo desconocido por los ajenos al estrecho círculo de sus próximos, o no. Por lo que no todos gozan de la misma tutela. Y -continuó diciendo- que de la prueba recogida (documentos y testigos) no surge que los actores hubieran hecho pública su intimidad en relación al tema de la

salud de sus hijos menores con anterioridad a la publicación del 26 de setiembre de 2005 del semanario Protagonistas. Antes bien, todo lo contrario, dijo que del testimonio de una maestra y de la madre de un compañerito emerge que ambos se mostraron sorprendidos por esa noticia, ya que la familia la había guardado en su intimidad. Relativizó la excusa de la fuente judicial de la noticia porque la causa solo se refiere a C y no a su hermano, porque no se difundió una sentencia sino solo una mera medida cautelar, y por que además la publicación se anticipó a darla a conocer antes de su concreción, con lo que también pudo perjudicar los intereses de los actores. Dijo que el demandado sabía o debía saber que no podía hacer esa publicación ya que no había motivos que lo relevaran de su deber de proteger a los menores y a la intimidad de la familia; que con ese acto ingresó al seno familiar y ventiló cuestiones de su intimidad, incurriendo en conductas descriptas y reprochadas por la ley 26.061 de “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. Que esa nota expuso, difundió y divulgó datos que identificó directamente a los menores, y en lo que interesa a la menor M C S, en contra de la voluntad de sus padres, y se constituyó en una ingerencia arbitraria de su vida privada, de su vida familiar, por lo que tuvo por configurado el daño moral por el que se reclamó.

V)- El demandado se agravió por considerar equivocado el fundamento de que fue a partir de la publicación de Protagonistas que los actores hicieron público el verdadero estado de salud de sus hijos. Dice que, por el contrario, esa circunstancia ya era conocida por la comunidad mercedina. Y que la aludida publicación, al no contener una novedad o noticia nueva, no pudo causar sorpresa a nadie ni por ende ser una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de los actores. Así, dice que el juez no tomó en cuenta que en la solicitada que C D publicó en “El Nuevo Cronista” el 3/10/05 reconoció expresamente que el problema de salud de sus hijos era conocido en la ciudad de Mercedes. Que todos los testigos que declararon en autos (los ofrecidos por los actores, y los ofrecidos por el demandado) coincidieron que *antes* de la publicación de la nota en Protagonistas ya se había organizado por lo menos un festival solidario para recaudar fondos (menciona a los testigos Okos de fs. 77/79, 3ª, Palmieri de fs. 62/64, 4ª, Condesse de fs. 65/66, Nieto de fs. 67/68, Díaz de fs. 69/70, Anido de fs. 71/73). Enfatiza que la organización de un festival en beneficio de un menor enfermo solo puede significar que se está ante un

problema de salud de extrema gravedad, porque solo en esos casos se convoca y moviliza a la solidaridad de los vecinos. También pontifica que esos festivales se promocionaron con publicaciones que contaban con la conformidad de los padres de los menores (declaración de Okos). Por lo cual le agravia que se haya tomado a la nota periodística, como novedosa y en consecuencia invasiva de la privacidad de los involucrados.

Por el segundo agravio cuestionó el altísimo monto indemnizatorio fijado por daño moral, en consideración a que los actores no probaron ningún perjuicio. Repasó las declaraciones de los testigos, y dijo que todos coincidieron en aseverar que ignoraban la repercusión que la nota causó en la familia S, salvo uno que afirmó que “repercutió de mala manera”, pero sin dar mayores detalles. Que de la pericia psicológica no se desprende que los actores hayan sufrido algún daño de esa naturaleza, ni incapacidad. Eventualmente, pide que esos montos sean sustancialmente reducidos.

Cuando respondieron, los actores no se ocuparon del tema de la temporalidad contenido en el primer agravio, esto es, si la grave enfermedad de los menores era públicamente conocida en la comunidad, o de si hubo un festival solidario por la salud de los niños antes de la publicación, sino que presentaron un extenso alegato desentendido de las pruebas (fs. 212 y sgtes.).

VI)- Pienso que, justamente y al contrario de la actitud asumida por la actora al responder a los agravios, lo esencial de la cuestión que encierra el caso, más que con disquisiciones dogmáticas a las que somos afectos los abogados cuando estamos frente a temas jurídicos interesantes -como sin duda lo es la aparente colisión entre dos derechos con raigambre constitucional: la que existe entre el derecho del demandado a publicar sus ideas por la prensa (CN 14), y el de los actores a que se respete su libertad de intimidad (CN 19)- , se resuelve por la modesta vía de la prueba y su apreciación. Esto es, hay que examinar si está probado que al hacer la publicación que es causa de éste proceso con relación a las enfermedades de los niños, el demandado estaba dando una “noticia nueva”, en cuyo caso sí se habría inmiscuido sin permiso en la intimidad de esas personas, o si, por el contrario, de tratarse de dolencias tan

públicamente conocidas que como tales habían dejado de pertenecer a la esfera de protección de su intimidad, no lo habría hecho.

VII)- Una sintética información jurídica se impone.

La tutela de la intimidad viene dada por CN 19, que deja reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados a *las acciones privadas de los hombres* en tanto no ofendan el orden, la moral pública, ni perjudiquen a terceros. Esa norma constitucional está reglamentada, al menos en los aspectos que aquí nos interesan, por el art. 1071bis del CC (Bidart Campos, “Manual de la Constitución...”, Ediar, 2003, t. I, pág. 522, n° 8).

El art. 1071 bis del Código Civil regula la tutela de la intimidad y de la privacidad definiendo un tipo de ilícito civil, al que delinea como *el que arbitrariamente* (esto es, injustamente, infundadamente, sin derecho) *se entromete en la vida ajena, perturbando de cualquier modo su intimidad*.

Entrometerse es inmiscuirse, intervenir, pero también importunar. Perturbar es turbar, alterar, afectar, agredir.

VIII)- La materia del entuerto bien la puedo resumir en éstos términos: si antes de la publicación de Protagonistas, los actores habían dejado trascender al público en general la enfermedad de sus hijos, y su gravedad, como bien pudo ocurrir si habían solicitado o aceptado la ayuda solidaria de la comunidad para afrontar los gastos de costosísimos tratamientos, si habían participado o dado su consentimiento para la realización de algún “festival benéfico” con el objeto de sufragar esas prestaciones, o de cualquier otro modo habían dejado “filtrar” la noticia o los datos sensibles, es claro que el conocimiento pretendidamente reservado de las serias dolencias sanitarias de sus vástagos había salido de la esfera protegida de su privacidad. Dilucidarlo, fue la materia de la prueba.

Eso sí: siempre tomando en cuenta y dejando en claro que partimos de una información cuya veracidad está fuera de discusión. Lo que avento toda posible impugnación por infracción a la doctrina del “reporte fiel” sentada por la CSN en el caso “Campillay” (Fallos, 308:789).

IX)- Por el lado del análisis de la prueba, le doy la razón al demandado.

La propia actora admitió en su demanda haber dicho en una solicitada publicada en “El Nuevo Cronista” (la que trajo ella misma y está a fs. 3vta.) que replicó la publicación de Protagonistas, que ya *era de* (¿público?) *conocimiento en ésta ciudad que su hijo estaba pasando por un “difícil momento de salud” aunque no “terminal”, y que su hija “era completamente normal” pero había que realizarle un estudio para determinar un tratamiento* (fs. 3vta., documentación aportada en la demanda).

Los testigos coincidieron en que *antes de la publicación* de Protagonistas se había realizado un festival benéfico en el Teatro Gioscio o Teatro Argentino (es el mismo lugar: es de público conocimiento en éste medio que el Teatro Argentino, sito en calle 27 entre 26 y 24, fue rebautizado como Teatro Julio Cesar Gioscio). Me remito a las declaraciones de Palmieri (fs. 63, respuestas a la 4ª, 5ª y 6ª repreguntas), Condesse (fs. 66vta., respuestas a la 4ª y 5ª repreguntas), Nieto (fs. 68, respuestas a la 3ª y 4ª repreguntas), Díaz (fs. 69vta., respuestas a la 3ª y 4ª repreguntas), Anido (fs. 72, respuestas a la 4ª y 5ª preguntas), Espina (fs. 75, respuesta a la 5ª pregunta), y Okos (fs. 77vta., respuesta a la 3ª pregunta) (CPC 456).

La circunstancia aseverada por los testigos es un indicio unívoco, que unido con la admisión de la actora se constituye en presunción (CPC 163 inc. 5º segundo párrafo) de la existencia de público conocimiento en nuestro medio de la gravedad de la enfermedad del hijo de los actores, ya que solo se convoca a festivales solidarios por la salud, en esos puntuales casos (gravedad con peligro de vida). No hay festivales benéficos por enfermedades corrientes.

X)- Pero hay más prueba en éste sentido, y es documental: la causa n° 57254 del Juzgado Federal de Mercedes.

Fueron los propios actores quienes hicieron público los datos sensibles luego difundidos en la publicación de Protagonistas, con calificativos y precisiones técnicas incluidas, tanto de la enfermedad terminal de su hijo F como la severamente incapacitante de su hija C, en el texto de la demanda de los autos caratulados “S E D c/ Unión Personal Civil de la Nación y otros s/Amparo”, expediente que bajo el n° 57.254 tramitó ante el Juzgado Federal de Mercedes, y que tengo a la vista en éste acto. Remito al texto de los dichos del actor en la foja 19 y vta., para constatar que son sus mismas

expresiones las que fueron reproducidas al pie de la letra en la nota periodística publicada por Protagonistas.

Esos datos, con relación a la menor C S, fueron vertidos en la resolución de fs. 29/30, del 21 de setiembre de 2005, por la que se dispuso a título de medida cautelar que la obra social proveyera de cobertura al estudio previo al tratamiento prescripto a la nombrada.

Al difundir los actores toda esa información en el expediente judicial, la misma salió de su esfera de intimidad. Con más razón aun la referente a la enfermedad terminal de F, que se hizo innecesariamente, ya que la acción de amparo solo se refería a la situación de C.

Explico por qué.

Los expedientes judiciales son públicos. Eso es así en general y en principio, pues permanece ese estado mientras no haya una disposición legal (vg. las que disponen que durante la instrucción penal impera “secreto de sumario”, o las que disponían el secreto de las actuaciones ante la vieja justicia de menores conf. art. 18 de la derogada ley 10.067, o el art. 74 de la vigente ley 12.607 de protección de niños y jóvenes), o una resolución del juez fundada en contrario. Bien que publicidad relativa, porque a ellos solo tienen acceso un número limitado de personas; pero públicos al fin, en la medida que su conocimiento trasciende a las partes involucradas.

Leo en un viejo texto de derecho procesal: “Si bien es verdad que la tramitación del proceso civil afecta particularmente a los litigantes, no es menos cierto que la sociedad se siente conmovida cada vez que se requiere la intervención judicial y que le interesa conocer la forma en que se administra justicia. Basta para comprobarlo la trascendencia que de inmediato adquiere un pronunciamiento de los tribunales sospechado de parcialidad, o la denuncia de inconducta de un magistrado. La publicidad es precisamente uno de los caracteres del régimen republicano que permite a la opinión pública controlar la actuación de los órganos del Estado y hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad de los funcionarios. Es, por otra parte, como complemento de la oralidad, la forma más segura y simple de divulgar los conceptos jurídicos educando al pueblo en la práctica del derecho. De allí que la mayoría de las legislaciones haya establecido la publicidad de los procedimientos y que hasta se sancione de nulidad la violación de éste principio. En materia penal se justifica

el secreto en los primeros momentos de la instrucción, porque el delincuente tiene especial cuidado en no dejar huellas del delito, pero, en el proceso civil, sólo puede admitirse cuando existiere mayor peligro en la divulgación de un hecho que en su ocultamiento, por ejemplo, en ciertas diligencias de prueba que afectan la moral o que simples razones de conveniencia social aconsejan que no sean practicadas en público.” (Hugo Alsina, “Tratado ... de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Compañía Argentina de Editores SRL, 1941, tº I, pág. 83).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1898 en su art. 174 estableció que los procedimientos ante los tribunales son públicos. Lo repitió la Constitución de 1934 en su art. 157. En su corto interregno de vigencia, también lo hizo la Constitución de 1949 en su art. 132. La actual Constitución, la de 1994, mantiene la publicidad de las actuaciones judiciales en el art. 169.

En consonancia con éste principio constitucional, la personas que tienen acceso a los expedientes judiciales no son sólo las partes y sus letrados, otros abogados y procuradores en el ejercicio de su profesión, y los estudiantes universitarios autorizados al efecto por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales con fines de estudio (art. 113 de la ley 5177, T.O. por Decreto 180/87), sino también *los periodistas profesionales*.

Digo que los *periodistas profesionales* tienen acceso a los expedientes judiciales, por que para ello cuentan, en la Provincia al menos, además de aquella tutela constitucional, con una doble vertiente legal. Por de pronto, en virtud de la ley, tienen *acceso libre a toda fuente de información de interés público* (art. 13 inc. “b” ley 12.908, Estatuto del Periodista Profesional, de aplicación en todo el territorio nacional: art. 1 del mismo texto legal). Y por la otra lo pueden hacer al estar enmarcados en el art. 113 de la ley 5177 por conducto de su inciso “b” cuando acrediten *interés legítimo en el examen de una causa*. No hace falta aclarar que si un periodista tiene lícito acceso a un expediente, también es lícito que publique la noticia que de él extraiga.

El expediente del amparo de C S pudo ser considerado de interés público desde el dictado de la resolución de fs. 29/30, en la medida que contenía una manda judicial por la que se privilegió el derecho a la vida invocado por un particular como consumidor de prestaciones de seguros sociales o sanitarios que la prestataria le había denegado, lamentable situación

que por reiterada amerita que el conocimiento de la solución judicial fuera interesante difundir en la sociedad.

De ahí deriva no solo la licitud de la obtención de datos sensibles que publicó el demandado, sino también la publicidad (conocimiento público) que con la judicialización había adquirido la noticia de las enfermedades de los menores. Como ya dije, también se publicitó la enfermedad terminal de F S, al hacerse su inútil referencia en el texto de una demanda que no lo tenía por involucrado. La posible intervención del periodismo no puede ser ignorada por quien proyecta el texto de una demanda, ya que con ello, la relatividad de la publicidad de una causa judicial se expande. Se pone en crisis todo posible “secreto”, ya que los periodistas tienen la posibilidad de una difusión masiva. Todo el contenido de un expediente puede ser objeto de difusión periodística, salvo lo que por ley o resolución judicial esté vedado hacerlo. El expediente de marras no las tenía.

Por esas razones he dicho antes que los actores, al verter toda esa información o datos sensibles en un expediente judicial, hicieron que ella saliera de la esfera de su intimidad. Por más que en los hechos fueran muchos sus allegados que, aun con el trámite judicial iniciado, siguieran ignorando la existencia o realidad de esos secretos. Esa real ignorancia explica lo que declararon los testigos Palmieri (fs. 62, respuestas a las preguntas 2^a, 3^a y 4^a), Condesse (fs. 65, ídem anterior), Nieto (fs. 67, ídem), y Díaz (fs. 69, ídem) (CPC 456). Pero no significa que ya ese dato sensible tuviera pública difusión, o hubiera dejado de ser un secreto protegido por el CC 1071bis..

Repito: fue la conducta de los actores, al exponer un secreto de su intimidad en un expediente judicial (me refiero al carácter de “terminal” de la enfermedad de F, y al de la fatal incapacidad a la que conducía la de C, al margen que antes ya era de público conocimiento su estado de enfermedad), lo que extrajo ese secreto del ámbito privado que tutela el CC 1071bis. Rige el CC 1111.

El secreto dejó de serlo no porque al expediente tengan acceso los periodistas, sino por la conducta de los actores al eyectarlo de su círculo recoleto, de hacerlo salir de su ámbito privado.

XI)- Desde lo jurídico, luce contradictorio que alguien exponga o exhiba públicamente un aspecto de su intimidad, y por otra parte

reclame una indemnización al periodista que lo publicó. Esa contradicción, es incurrir en “*venire contra factum non valet*”, y sella de tal modo adversamente la suerte de su reclamo. Efecto del CC 1111.

Desde otro ángulo, tampoco podría admitirse que hubo “indebido entrometimiento” en la intimidad por difundir un secreto, cuando por la propia conducta del reclamante (CC 1111) éste había dejado de serlo. O, desde esa misma mira, se puede añadir que solo los secretos mantenidos en la intimidad son los objetos de la protección jurídica del CC 1071bis.

XII)- Lo antes dicho deja sin sustento jurídico el reclamo de los actores mayores de edad, respecto de quienes propongo se les rechace la demanda por falta de legitimación. Porque, como trataré en el punto siguiente, los menores sí resultaron ilícitamente agredidos por la publicación al revelar sus nombres. Pero no así sus padres, E S y C D, en tanto actuaron por derecho propio.

XIII)- Descartada la protección o tutela de la intimidad como sustento jurídico de la pretensión (CC 1071bis), es de ver empero que persiste otra fuente de ilicitud en la conducta recriminada del demandado. Y es la violación del *deber de omitir publicar el nombre* de los menores involucrados en una actuación judicial, en la nota periodística. De ellos, solo reclamó C S.

El ilícito por el que aquí se conoce no se basa en lo dispuesto por la ley 26061, como sostiene el “a-quo” (fs. 191vta.), sencillamente inaplicable en la especie por haber sucedido el hecho que lo conforma con anterioridad a su entrada en vigencia (la ley 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes fue publicada en el B.O. del 26 de octubre de 2005, un mes después de la publicación de Protagonistas). Rigen los arts. 2 y 3 del CC. Las leyes rigen desde su publicación, sin tener efectos retroactivos.

Tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1 del decreto-ley 20056/72, porque solo prohíbe la difusión o publicidad de *sucesos* referentes a menores incurso en hechos que la ley califica como *delitos* o *contravenciones* o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material ... o se hagan públicos sus antecedentes (penales) o familiares (menor abandonado, etc). C S no encaja en ninguna de esas categorías.

El art. 18 de la ley provincial de patronato de menores 10.067, que prohibía la difusión por cualquier medio de la identidad del menor vinculado a una situación en la que interviniera un juzgado de menores, tampoco es aplicable, porque la ley fue derogada antes del hecho de ésta causa (art. 202 de la ley 12.607; B.O. del 22 al 26 de enero de 2001).

La norma legal provincial vigente a la época del hecho que establecía la prohibición es el art. 75 de 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). Dice que “*queda **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...*” De modo perogrullesco y sexista, pero como es texto de la ley lo consigno porque para nuestro caso es aplicable, el art. 2º de la ley, en su párrafo final, se encarga de aclararnos que “...cuando se menciona al niño y al joven quedan comprendidos, en todos los casos, **las niñas** y las jóvenes.” Así ingresa C S en éste ruedo.

XIV)- Me disculpo por traer un poco de historia y jurisprudencia. Esta norma prohibitiva para la prensa y tuitiva de la identidad e intimidad de los menores, la del art. 75 de la 12.607, reemplazó el texto similar del art. 18 de la ley provincial 10.067 (que rigió entre 1983 y 2001), el que a su vez había sustituido al art. 23 de la ley 4664 (vigente desde 1938, hasta 1983) que contenía la misma prohibición.

Respecto de éste último art. 23, memoro que fue cuestionado en su constitucionalidad por contravenir la prohibición que por su constitución tenía la Provincia de dictar leyes que coarten, restrinjan o limiten la libertad de prensa. La SCBA en Ac 15.383 del 17 de marzo de 1970, en “El Atlántico s/Infracción”, sostuvo que la prohibición de dictar leyes que restringieran la libertad de prensa estaba destinada a evitar que el contralor de la autoridad estatal pudiera constituirse en un mecanismo de coerción ideológica, pero no erige a la libertad de prensa en potestad absoluta e inalienable aun en desmedro de otros valores que el ordenamiento jurídico también está interesado en proteger. Y que la norma legal impugnada, en tanto

prohíbe la difusión de la identidad de menores en causas judiciales, no está dirigida a coartar el derecho a la libre expresión de pensamientos y opiniones, sino que se limita a establecer una restricción específica al suministro de algún tipo de información por los diarios; restricción que reconoce su razón de ser en la protección dispensada por el Estado a la minoridad (del voto del Dr. Daireaux, citado por Diorio, “Patronato de Menores de la Provincia de Buenos Aires. Comentarios ...”, ed. La Rocca, 1992, pág. 72).

Similar planteo resolvió en su casi actual composición la SCBA y confirmó la constitucionalidad del art. 18 de la ley 10.067. En Ac 79369, el 1 de abril de 2004, en “Sciammaro” se dijo *que todos los derechos -entre ellos el de la libertad de prensa- remiten a la dignidad humana que es su presupuesto. Por ello la libertad de prensa no se concibe de manera absoluta en virtud del rango constitucional que también tienen otros derechos esenciales: personalidad, honor, dignidad, intimidad, propiedad, etc.* (JUBA B27230). Ese mismo sumario e igual publicación se reiteró en SCBA, C 87698, del 15-4-2009. Y el art. 18 del dec. Ley 10.067 al prohibir dar a publicidad los nombres de los menores vinculados a causas judiciales resulta constitucional (SCBA Ac 79369, 1-4-2004, “Sciammaro”; JUBA B27228).

La prohibición del art. 75 de la ley 12.607 es otra reglamentación tuitiva del derecho a la intimidad. Tiene sólida cobertura constitucional. Por de pronto, por el texto histórico del CN 19. Y desde 1994 tienen jerarquía constitucional (CN 75 inc. 22) los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención sobre los Derechos del Niño. El primero, en el art. 11 inc. 2º dispone que *nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia*. El segundo, en su art. 16, establece que *ningún niño será objeto de injerencia arbitrarias o ilegales en su vida privada, en su familia, su domicilio o su correspondencia ... y ... tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques*.

Cabe señalar finalmente que tanto el art. 1 del decreto-ley 20056/72, como el art. 23 de la ley 4664 y el art. 18 de la ley 10.067, preveían que la difusión de los nombres de los menores constituía una falta penada con

multa. En cambio, el art. 75 de la ley 12.607 se limitó a establecer la prohibición, con lo que el ilícito que por su infracción se cometa se limita al ámbito de lo civil.

XV)- Si fue ilícita la conducta del demandado, por contravenir una prohibición legal (CC 1066), como con cualquier otro hecho ilícito civil, correspondería que resarza por el daño que hubiere ocasionado a la víctima, en el caso el daño moral (CC 1078), que es lo que se le reclamó.

Estamos ya en el terreno del segundo agravio del recurrente. En el que postula la improcedencia del rubro por no haberse acreditado la concreta causación de éste tipo de daño, ni de ningún otro (como pudo ser el psicológico).

Si bien usualmente leemos en materia de responsabilidad extracontractual que el daño moral no requiere de prueba específica alguna, por cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba “in re ipsa”- y que es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral (SCBA, Ac 41539, 21-11-1989, DJBA 1990-138, 15, y AyS 1989-IV-219; Ac 55648, 14-6-1996; Ac 57435, 8-7-1997, AyS 1997 III, 484; Ac 56328, 5-8-1997, ED 182, 134, AyS 1997 IV, 9; Ac 59834, 12-5-1998; Ac 64247 2-3-1999, AyS 1999 I, 360; Ac 82369 23-4-2003; Ac 82395 14-12-2005; C 95646 7-5-2008; JUBA B15434 y B24043), no es menos cierto que también ha dicho la SCBA que no siempre ha de tenerse por configurado el daño por aplicación del aforismo latino *res ipsa loquitur*, pues si bien es posible que, en razón de las particularidades de cada caso, se arribe a tal resultado en virtud del empleo de presunciones *hominis*, en principio, la procedencia de la condena indemnizatoria ha de depender de la suficiente alegación que del menoscabo formule el reclamante (SCBA, C 102151 12-8-2009; JUBA B31527).

Precisamente, en el caso no advierto que haya existido por parte del reclamante en su escrito postulatorio una clara argumentación ni descripción sobre cuales fueron los menoscabos espirituales (daño moral) que originó en la menor M C S (a la sazón de 9 años de edad) la publicación de la nota periodística en la que apareció mencionada por su nombre, y solo por ello, vinculado en una causa judicial. En un caso en que el hecho publicado no significaba para ella ningún desdoro, ninguna ofensa a su buen nombre, a su

moral, etc. Y tampoco nos imaginamos cuales pudieron ser los agravios morales -por el solo hecho de ser publicado su nombre en relación a la resolución judicial- , como para sostener que estamos convencidos que realmente se configuró el daño. Es más, la noticia le era favorable desde el punto de vista que su parte en el juicio logró el éxito de obtener una resolución judicial que la favorecía, o que acogía la pretensión que en su nombre se había articulado. Estimo que esta falta de alegación y prueba sobre el daño, sobre en que consistió, sella adversamente la suerte del rubro, por lo que he de proponer su desestimación, y en su consecuencia la revocación de la sentencia con el rechazo de la demanda.

XVI)- En caso de prosperar la solución que propongo, se deberán adecuar las costas del juicio a ella, las que se le deberán imponer a los actores en ambas instancias en su condición de vencidos (CPC 68 y 274).

Voto por la **NEGATIVA**.

A la misma primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Luis M Nolfi dijo:

1. E D S y C A D de S por sí y en representación de su hija menor M C promueven demanda de daños y perjuicios contra H R R I y/o quien resulte propietario del semanario de la ciudad de Mercedes “Protagonistas”.

Reclaman la reparación del daño moral por la suma de \$ **90.000** e intereses (v. fs. 10 y vta, punto I).

Dicen haber padecido sufrimiento al salir publicada el 26 de septiembre de 2005 en la página 40 (contratapa) del semanario “Protagonistas”, una noticia que bajo el título “La Justicia ordenó a obra social a cubrir practica” en un pasaje dice: “la pequeña M C nació el 3 de junio de 1996 y hoy tiene nueve años de edad. Hace pocos meses profesionales le diagnosticaron una enfermedad llamada Ataxia de Friedrich, con daño, discapacidad y minusvalía total y permanente. Tal enfermedad es de tipo visceral motora” y a continuación reza: “E y su esposa C tienen tres hijos. El mayor F sufre una enfermedad terminal”.

Sostienen que la publicación se entrometió arbitrariamente en la vida del grupo familiar mortificando los sentimientos y perturbando gravemente su intimidad (art. 1071 bis del C. Civ.).

Destacan que en ella se hace referencia concreta a la enfermedad y a sus eventuales consecuencias respecto de M C y de su hermano mayor F se afirma categóricamente que la suya es terminal.

Relatan sin cuestionar la veracidad de lo informado que tras su divulgación, comenzaron a recibir llamados telefónicos de allegados para informarse acerca del estado de salud de sus hijos y que la situación fue terrible generando un estado de angustia y nerviosismo inevitables.

Dicen que los compañeros de M C comenzaron a hacer preguntas y lógicamente ella quería saber acerca de su enfermedad.

Aclaran, por último, que con posterioridad difundieron dos solicitadas aclaratorias.

Invocan los artículos 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, el artículo 19 de la Constitución Nacional, 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Remiten al pronunciamiento de la Corte Federal *in re* “Campillay” (15.5.1986).

Reclaman la suma de **\$ 90.000** por agravio moral; **\$ 30.000** para cada uno de los afectados.

2.-La parte demandada, después de efectuar una pormenorizada negación de los hechos articulados por la contraria, señala que solo se limitó a publicar en su edición del 26 de septiembre de 2005 una información brindada por fuentes judiciales vinculada a una acción de amparo tramitada en el Juzgado Federal departamental tendiente a que la obra social U.P.C.N. les brinde cobertura para poder llevar a cabo una práctica médica que les había sido negada.

Dice que el problema de salud que atravesaban M C y su hermano F era conocido por la comunidad mercedina y así surge de la publicación en “El Nuevo Cronista” del 3 de octubre de 2005 en la que los actores objetan la veracidad de lo que se afirma, sin cuestionar que hayan sido mencionados sus hijos con nombre y apellido. Ni sostienen que la publicación haya sido la vía por la cual sus hijos y sus compañeritos de colegio se enteraran

de la enfermedad que ambos padecían. Ni siquiera –agrega-, que se haya violado la intimidad de su familia y la de los menores.

Por otra parte, destaca que no se manifestaron sentirse dañados por la misma, ni trataron de ponerlo en evidencia.

Dice que con la publicación se intentó crear conciencia sobre las distintas alternativas que un ciudadano tiene para reclamar cuando una obra social le rechaza alguna cobertura y que no ha existido mala fé.

Refiere que los padres organizaron una serie de eventos para recaudar fondos y que “Red Solidaria” convocó a una jornada en abril de 2006 a desarrollarse en el Teatro Argentino de Mercedes mencionando en letras grandes a F y a M C (v. fs. 26).

Objeta la aplicación de la ley 20.056 que prohíbe difundir aquellos casos en los cuales se encuentren menores involucrados en hechos que la ley califica como delitos o contravenciones. Desconoce la aplicación de los arts. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En definitiva, pone énfasis en el carácter voluntario de la nota, la veracidad de los datos consignados, y en que no existió un ejercicio abusivo del derecho a informar por cuanto el objetivo no era difundir la enfermedad de los niños sino crear conciencia acerca de la alternativas que el hombre común tiene para reclamar por cuestiones de salud.

3.-La sentencia anterior admite la demanda y considera en síntesis :

Que las publicaciones del 24 de abril de 2006 (“Red Solidaria”, fs. 26), la de fs. 27, la de fs. 28 y la obrante a fs. 30 (25 de enero de 2006) son posteriores a la del 26 de septiembre de 2005.

Que no hubo una acción concreta de los actores que permitiera el ingreso irrestricto al ámbito familiar con anterioridad a la publicación hecha por el demandado con fecha 26 de septiembre de 2005.

Que las declaraciones testificales de Palmieri, Condesse y Díaz (fs. 62,65 y 69) -docente, madre de un compañero de la menor C y otra docente respectivamente-, “*dibujan con precisión*” (sic) la sorpresa que les causó el haber tomado conocimiento por intermedio del periódico de la situación de

salud que vivían los niños dejando en claro que la familia había guardado para su intimidad lo que en la cuestionada nota se publicaba.

Que las testimoniales de Anido, Espina y Okos (fs. 71,74 y 77) - empleador y colaborador del periódico respectivamente- reafirman la buena fé de la publicación, su positivo impacto en la población y el estado público de la noticia con anterioridad a septiembre de 2005.

Que en el proceso de amparo no ha recaído sentencia definitiva sino solo el dictado de una medida cautelar poco fecunda en datos para considerarla proveedora de la noticia, dado que solo contiene la petición, el nombre de la niña M C no mencionándose a su hermano.

Que si bien las fuentes judiciales le acercaron al demandado una información tomada del expediente promovido en el Juzgado Federal de Mercedes, lo cierto es que los responsables del semanario sabían o debían saber que los datos recibidos no podían salir a la luz por el deber de protección de los menores, de su intimidad y de su familia.

Que resultan aplicables los arts. 10 y 22 de la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes” que impone resguardar la vida privada, intimidad de y en la vida familiar y el derecho a la dignidad.

En definitiva, se acoge la demanda admitiendo por daño moral la suma de **\$ 10.000** para cada uno de los reclamantes mayores y la de **\$ 20.000** para M C S.

4.-La parte demandada (fs. 205/209) apela y sus protestas se centran a argumentar lo siguiente:

-Que la madre de la menor admite que la situación era conocida por la comunidad mercedina (fs. 3)

-Que la sra Okos (fs. 77/79) dice haber participado de un evento solidario antes de la referida publicación.

-Que M A Palmieri (fs.62/64) admite que hubo eventos solidarios.

- Que M Florencia Condesse (fs.65/66) hace referencia a un evento solidario en beneficio de F, al igual que Elena Mna Nieto (fs. 67/68), Marcela Beatriz Ruiz (fs.69/70) y Carlos Walter Anido (fs. 71/73).

En definitiva su queja se asienta en afirmar que el semanario no invadió la intimidad de los actores, ni la de sus hijos y que siempre fue el objetivo aportar todo lo que estuviera a su alcance para conseguir la ayuda económica que tanto necesitaban para atender a sus problemas de salud.

Objetan la cuantificación del daño moral y destacan que ni de los testimonios ni de la pericia psicológica surge la prueba de su afectación.

4.-LA SOLUCION

La protección jurídica de la intimidad tiene sustento en lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 1071 bis del Cód. Civil, en particular.

Sanciona a quien arbitrariamente se entrometa en la vida ajena perturbando de cualquier modo su intimidad.

Orgaz decía que el derecho a la intimidad es el que tiene toda persona a ser respetada en su vida privada familiar, es el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia (conf. Orgaz, Alfredo “ La ley sobre la intimidad”, ED. 60-927 v. el amplio abanico de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dirigidos a proteger la intimidad de las personas con sustento en la interpretación amplia del art. 19 de la Constitución Nacional, Fernando M. Racimo, “El caso "Ponzetti de Balbín". Una "confusión conveniente" en JA. 2007-VI, Número especial. Libertad de expresión, pág. 27 y M Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 3ª. ed. Buenos Aires, 2005, pág.273).

En su origen se lo definió como el derecho a “ser dejado a solas” solo limitado por las necesidades sociales y por los intereses públicos. Aunque Alterini, Ameal y López Cabana, en un caso fallado en la Sala C recordaron que de conformidad con el primer párrafo del art. 1071 del Código Civil "El ejercicio regular de un derecho propio...no puede constituir como ilícito ningún acto". Pero nada obsta a que la realización de un acto lícito pueda causar un daño. Otra es la cuestión de si ese daño causado por un acto lícito genera responsabilidad, pero el daño en sí no torna ilícito o ilegítimo al acto.

También debe distinguirse el concepto de daño como fenómeno fáctico, del daño jurídico, el cual se configura sólo cuando se presentan determinados requisitos que tornan reparable el perjuicio (v. CNCiv., Sala C,

Septiembre 22/1998, “Andrade Arregui, Pedro c. García, Lorena”, JA 1991-I,197, y doctrina allí citada).

En ese sentido se ha sostenido que la famosa prueba de la verdad no sirve como eximente en tanto la intimidad debe ser protegida con independencia de la verdad o falsedad de los asuntos motivos de la intromisión. A diferencia de lo que sucede con el interés jurídico protegido en el derecho al honor, la "*exceptio veritatis*" no excluye la antijuridicidad de la conducta lesiva de la intimidad (CNCiv., sala M, del 1/3/93 en La Ley , 1994-C, 314, con nota de Salerno).

Matilde Zavala de González destaca que "...no existe un 'derecho' para lesionar el honor o la intimidad a través de la prensa, sino un derecho para informar u opinar sobre cuestiones de trascendencia colectiva, aunque de este modo resulten afectados aquellos bienes individuales, en cuanto sea indispensable para alcanzar ese resultado"; y agrega que "...el desenvolvimiento de la función específica de la prensa no roza ni debe rozar los intereses individuales, sino en virtud de su conexión y subordinación a otros sociales y prioritarios" (en su trabajo titulado: "La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona", J.A. 1982-II-783).

En el presente, no se controvierte que la publicación fue el 25 de septiembre de 2005 en el semanario “Protagonistas”, en la página 40, contratapa y que la nota consigna los datos identificatorios de M C y F S y disemina circunstancias relativas a las enfermedades que los afectaban bajo el título “A favor de un amparo. La justicia ordenó a obra social a cubrir práctica”.

El segundo párrafo de la nota se ocupa de la situación de M C, de su edad, patología que la aqueja, posibilidades o no de rehabilitación, proyección de su minusvalía, etc.

A continuación, subsiguiente al subtítulo “amparo” se describe como terminal a la enfermedad de F, el hijo mayor del matrimonio (v. fs. 3).

Otra circunstancia que no viene controvertida es que los actores en su postulación inaugural no objetan la veracidad de la información suministrada, pero si precisan su inadecuación al orden jurídico, entendido esto como la violación del derecho a la intimidad de ambos coactores mayores y el de su hija menor M C.

No desconocen haber publicado dos solicitadas las que aún sin mencionar la situación de enfermedad de sus hijos se refieren a la cuestión. Una en “El Nuevo Cronista” (3-10-2005) bajo el título “Lo que no debe hacerse y menos sin autorización” y otra, en el mismo semanario “Protagonistas” en 2 de octubre de 2005 titulada “Sobre amparo de la justicia a la obra social (U.P.C.N.) información equívoca (ver contratapa de Protagonistas del pasado lunes 26/9/05)”. Otras producciones periodísticas revelan que se organizaron algunos festivales en su beneficio (v. fs. 27/29).

No niegan haber posado para una fotografía en el mismo semanario en 24 de abril de 2006 en una nota titulada: “Juntos por una sonrisa” en la que se hace referencia a un festival organizado por “Red Solidaria” de Mercedes para recaudar fondos en beneficio de F y C.

Tales datos fácticos, indican que la discusión aquí se centra en lograr determinar si le asiste razón a la parte demandada en cuanto a que la difundida noticia fue extraída de un proceso público de amparo, que la enfermedad de los niños era conocida por la comunidad mercedina y que la identidad de M C fue revelada no en el marco de una imputación penal, ni siendo la menor víctima. O si es justa la decisión anterior que converge en la posición de la actora que sustenta que la mención de los nombres de ambos niños y la descripción de las enfermedades que los aquejaban por parte del medio grafico de prensa local configura una arbitraria intromisión a la vida privada de los reclamantes y de la niña.

Ahora bien, en un caso de matices similares se resolvió que el hecho de que una persona esté o no afectada de una determinada enfermedad pertenece a la esfera de su intimidad (en el caso se trataba del virus HIV), es ajeno al interés público y en modo alguno es susceptible de ser divulgado por un medio de comunicación, incluso aunque el sujeto estuviere sometido a proceso penal, en tanto el padecimiento o no de una enfermedad de esa índole no guarda relación con el acaecimiento objeto de la investigación policial que es el que atañe al interés de la comunidad. Y que al margen de los perjuicios sociales que aún provoca esta enfermedad entre gente ignorante o poco informada, debe preservarse la intimidad de quienes hubieren estado circunstancialmente expuestos a la opinión pública. De modo que lo que debe protegerse es el derecho a evitar la divulgación de hechos personales que de lo contrario los

perjudica en su vida de relación (arg. sent. CNCiv. Sala A, marzo 27/2003, “Domínguez, Gustavo F. Y otro c/ Editorial Sarmiento”, JA 2003–III, 357, y sus citas).

En otro caso se sostuvo que la divulgación por medio de la prensa de la noticia del fallecimiento del causante a causa del SIDA, en primera página y con caracteres destacados, indicando su nombre y apellido y demás circunstancias, pero sin hacer comentario o reflexión alguna sobre la necesidad de concientizar o alertar a la población sobre los riesgos de dicha enfermedad, viola además del derecho a la intimidad del causante, las disposiciones de la ley 23.798 que vedan incursionar en el ámbito de la privacidad de las personas prohibiendo individualizarlas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos los cuales, a tal efecto, deberán llevar en forma codificada (arg. sent. dictada en 6/1997, “F., N.N. y otros c/ Semanario Reseña y otro”, LLBA 1997, 881).

Estas particularidades que emergen de casos parecidos de algún modo robustecen la idea de que claramente se ha invadido y lesionado la intimidad de los actores y de la menor al revelar su identidad y el nombre de la enfermedad que pretendían preservar en secreto en su círculo íntimo. Sobre todo si se tienen en cuenta las dolorosas connotaciones que trae aparejado tener dos hijos en situación de enfermedad y lógico intento de resguardarlos psicológicamente respecto de la información que reciban de ello.

Incluso la posibilidad siempre latente de dosificar la información que se les brinda.

Todas estas decisiones junto con otras tantas que se imprimen en un regular modelo de crianza y cuidado de los hijos eran de estricta y exclusiva competencia de ambos progenitores.

Véase que las testimoniales de Palmieri, Condesse y Diaz (fs. 62, 65 y 69 respectivamente) describen la sorpresa que les causó el haber tomado conocimiento por intermedio del periódico de la situación de salud que experimentaban los niños.

Ahora bien, resulta decisivo determinar si haberse prestado para la publicación de una fotografía vinculada a la divulgación de un festival solidario en su beneficio, que solo hace referencia a sus nombres y edades sin

ningún dato adicional, o la difusión de solicitadas, todos hechos posteriores a la publicación cuestionada, implicó haber dado el consentimiento para la divulgación de la enfermedad que padecían.

Bajo este contexto fáctico de análisis adelanto que no comparto con el distinguido magistrado preopinante el pensamiento de que los actores consintieron la publicación y ello conspira con la doctrina de los propios actos.

Como primera respuesta negatoria, estimo que no se trató de hechos preexistentes, dato fáctico que por sí solo derrumba esa posibilidad interpretativa. Todas las publicaciones fueron anteriores a la cuestionada.

En segundo lugar, tampoco revestían el carácter de jurídicamente relevantes dado que ninguna de las divulgaciones atribuidas a los padres hace referencia a las enfermedades de los niños (v. fs. 26/29).

Pero por sobre estos argumentos, pesa uno de mayor envergadura y peso; el derecho a la intimidad de los niños es indisponible y la eventual decisión -perjudicial o no- de sus padres no era oponible a la niña (ver Patricia Roca de Estrada, "Derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes, y medios de comunicación" Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2002-2, pág. 337, punto V; Noemí L. Nicolau, "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad y su imagen" LL 2007-B, 151).

De todos modos, entiendo que no puede equipararse la autorización para la publicación de la fotografía (que también debe existir) con el consentimiento que debió haber requerido el medio gráfico para dar a conocer la identidad y la enfermedad de ambos niños, sobre todo, insisto, si se repara las posibles repercusiones que fatalmente trae aparejada su divulgación en una comunidad con estrechas relaciones de socialidad.

Sólo a mayor abundamiento, tampoco debe olvidarse que el consentimiento del interesado para que se capte su imagen, debe ser interpretado de manera estricta, de modo que el acuerdo dado para la utilización de una fotografía solo se limita al objeto para el cual fue prestado (arg. sent. CNCiv., Sala D, octubre 10/1996, "W. De F. C/ Editarte S.A. s/ daños y perjuicios", ED 171,94).

Tampoco acuerdo con la tesis de que razones de interés público relevaban al medio gráfico de captar el consentimiento de los padres, y que el acceso a la información estaba habilitado porque era el fruto de la promoción de

una acción de amparo ante el fuero federal local que permitía la libre difusión de sus datos. Esto no es así, o al menos creo que no lo es.

Los expedientes judiciales son públicos con las limitaciones derivadas de la decisión del juzgador competente que disponga su reserva o bien por mandato normativo (v. art 74 de la ley 12.607).

Decir que la información surgente de un expediente judicial puede trascender a las partes involucradas no es lo mismo que considerar que sea público. El artículo 113 de la ley 5177 solo habilita la vista de las partes, de quienes acrediten un interés legítimo actual o futuro, de los abogados, procuradores, escribanos y peritos y de los alumnos universitarios autorizados al efecto por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales con fines de estudio (incisos a, b, c y d del art. precitado).

Ninguno de los incisos prevé una justificación legitimante para el medio periodístico.

Por otra parte, el juicio de amparo fue entre particulares (se entabló el 20 de septiembre de 2005 y se dictó la cautela el 21 de septiembre de 2005) y no hay razón ni razones que mediaran para razonablemente permitir exceder el conocimiento de las partes involucradas; por lo privado de la contienda y por su extremadamente sensible origen fáctico.

Ahora bien, en cuanto a las dos vertientes normativas que apoyarían la idea de que los periodistas profesionales tienen libre acceso a los expedientes judiciales cuando se trate de información de interés público (art. 13 inciso "b" de la ley 12.908) o cuando acrediten interés legítimo en el examen de una causa (art. 113 inciso b" de la ley 5177) pienso que ninguno de los dos presupuestos fácticos convergen. Ni existió interés público, el que no debe ser entendido como la suma de los intereses particulares, dado que sobrepasa a esos ya sea como tales o incluso como suma de tales. El interés general es una expresión de la voluntad general y al mismo tiempo es un concepto permisivo - en el sentido que facilita en lugar de otorgar directamente- pero al mismo tiempo constrictivo, en la medida que pone límites a la libertad individual en aras del bien común y la cohesión social. Es, en otras palabras, un constructo social referido a circunstancias sociales y momentos históricos. (v. ? Rousseau: El Contrato Social; Libro II, cap III). No hay duda que no existía. Y ¿en cuál motivación podía anclarse la idea de interés legítimo del medio periodístico en

la aprehensión y difusión de una situación de salud de gravedad de dos niños?. No hay que olvidar que la diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos (v. Jeanneret de Pérez Cortés, M, “La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de la asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”*LL*, 2003-B, 1333).

No advierto ninguna circunstancia que justifique la legitimación invocada.

Por lo tanto, creo que se encuentran reunidos los requisitos configurativos del acto lesivo de la intimidad, a saber: a) que exista un entrometimiento en la vida ajena, esto es, que el agente ejercite un acto que interfiera en el ámbito privado de otro; b) que dicha intromisión resulte arbitraria, en el sentido que no se encuentre justificada por algún fin superior; c) que perturbe la intimidad del sujeto interferido,; y, por último, un recaudo negativo:d) que el acto lesivo no constituya un delito penal, pues si lo configura entrarían a funcionar los principios ordinarios de la responsabilidad civil (Llambías, Código Civil Anotado, t. II-B, pág. 310, nos. 6 a 10; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, T. 5, pág. 78 nos. 10 y 11).

Para examinar este caso he de tener particularmente en cuenta que la norma invocada requiere, como presupuesto para admitir la responsabilidad de los medios de prensa, que esta intromisión sea arbitraria o ilegal, exigencia que también es contemplada, desde una u otra forma, en el art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en para la especial situación de M C en el art. 16.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como señalé al principio, el art.1071 bis del Código Civil reprocha el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, etc., lo que me conduce a afirmar que la divulgación por medio del semanario “Protagonistas” de las identidades y enfermedades que padecían M C y F ha invadido la esfera de intimidad y privacidad que estaba destinada a ser preservada de la curiosidad pública.

No hay razón entonces para que se releve a la demandada de su responsabilidad por culpa o negligencia. Especialmente cuando se trata de la transgresión de derechos que protegen a la persona como concepto ético fundamental tanto dolosa (arts. 1089 y 1090 del Código Civil) como culposamente (arg. sent.CNCiv. Sala B, noviembre 14/1980, J.A. 1981-III, p. 538, fallo 30.701; CNCiv. Sala F, julio 18/ 2005, Silva Horacio Carlos y otro c/ Meda Silvia Mónica s/ daños y perjuicios; y Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños Daños a las personas-Integridad espiritual y social, t. 2c, págs.372, ed. Hammurabi, Bs. As. 1997).

Para los padres reclamantes hubo afectación.

No solo al volcarse en el gran público la identidad de sus hijos y los datos relativos a sus delicadas enfermedades, lo cual es incontestable. Además resultaron lesionados en el resguardo de su personalidad, integralmente estimada, frente a la puesta en común de la dolorosa situación vivida, tanto de allegados como de extraños, mediante inusitada repercusión y sin posibilidad de explicación alguna.

Circunstancias todas éstas que no corresponde sino suponer no debieron pasar desapercibidas en el ejercicio de la responsabilidad que compete al periódico al afrontar el altísimo deber de la comunicación masiva. No obstante que antes de la publicación de la nota aceptaron que, al menos, la enfermedad de F, tomara estado público y consintieron que se hiciera el festival para recaudar fondos (v. declaraciones de los testigos quienes responden afirmativamente cuando a todos ellos se les pregunta acerca de si había habido festivales previos, en especial la declaración de Olga Oks en fs. 77/79 responsable de “Red Solidaria” quien aclara que hubo dos festivales, uno de ellos previo). Mas allá de cualquier consideración creo que el daño espiritual mas profundo de los padres es previo y totalmente independiente de la acción del medio.

Respecto de la situación de la niña, coincido con el primer ponente en cuanto a que se ha violado la prohibición de la difusión de su nombre propio, ilícito que conduce inexorablemente a la obligación de responder (arts 1066 y 1078 del C. Civ.). Pero disiento con las conclusiones referidas a la ausencia de demostración de la intimidad afectada y a sus enunciados perjudiciales en ella.

Sobre estos especiales sujetos, entiendo que su efectiva protección debe concretarse por vías esencialmente tuitivas en las que se destaque la celeridad y eficacia con que se dispongan. El derecho a estar a solas con uno mismo también le asiste a los niños, y su zona de penumbra debe ser respetada, no debe ser invadida de manera ilegítima

Y en caso de duda, especialmente para el dictado de medidas de abstención para evitar la producción del daño, se debe privilegiar el denominado "*favor minoris*" hoy expresamente consagrado en el art. 3 de la CDN. La Corte Suprema ha restringido, como principio general, la aplicación del referido precedente para los casos relativos a la divulgación de informaciones relativas a la intimidad de los niños (José W. Tobías, Derechos personalísimos y libertad de información, LL 2008-A, 620) toda vez que la reproducción por los medios de difusión importaría en estos casos admitir el quebrantamiento del espíritu de la ley (ver voto del juez Negri de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el mismo caso "L. E. c. y otros v. Diario "El Sol" y/u otro" del 1-4-04 pub.en Lexis n° 70014450). (ver Jorge A. Diegues, La libertad de prensa y el derecho a la intimidad de menores de edad involucrados en causas judiciales, LL 2008-B, 552, punto V).

Por esa razón dorsal, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra. Incluso aunque ésta tenga interés público.

El avance de los medios de prensa sobre la intimidad de los niños con sus excesos y agravios, constituye una problemática seria del mundo actual y una de las formas más comunes de violación a ese derecho, máxime cuando pretende disimularse o justificarse invocándose un derecho constitucional como lo es el de la libertad de prensa que si bien es básico para la vida republicana y cuyo desconocimiento agravia las bases mismas del estado moderno, no alcanza la preponderancia que tienen otros derechos dentro de un orden jerárquico de los derechos civiles (v. Molina, Alejandro "Los derechos personalísimos de los niños y la libertad de prensa Una fallo que ampara a los primeros, hacia una sociedad más justa", Revista de Derecho de Familia, Lexis-Nexis, 2003-II, P. 60/67).-

El ejercicio abusivo de la libertad de informarse se produjo al efectuarse la intromisión indebida en la vida de la niña, y ese entrometimiento arbitrario e ilegal en el caso de su identificación y la rigurosa descripción de su severa enfermedad perturbador de la intimidad y mortificante, sin duda alguna, debe hallar judicial acogida. Resulta inmanente a la condición humana tener un ámbito reservado, de privacidad y de tranquilidad.

La niña cuya situación aquí se analiza contaba con nueve años de edad cumplidos poco antes de la época de la publicación, etapa de las operaciones intelectuales concretas y de los sentimientos morales y sociales de cooperación, singularizada por el comienzo de los mutuos respetos y del sentimiento de justicia, coincidencia de lo justo y de lo injusto, hasta el punto de implicar una relativa autonomía de la conciencia moral, plena evolución natural de la vida afectiva (v. Piaget, J. “ Seis estudios de psicología”, ps. 14 y ss.). No puede prestarse a duda que tal sujeto es susceptible de experimentar sufrimiento como consecuencia de ser informado, a través del núcleo o familiar de actuación, del suceso que motivó la noticia periodística y de su divulgación con mención de su propio nombre, el de su hermano y sus patologías “ puestas al descubierto” dentro de su pensamiento infantil como protagonista de tan sórdido episodio del que seguramente hubiese querido pasar desapercibida ante sus propios y extraños.

Más aún, no caben dudas que esa difusión se habrá de proyectar en sus vivencias futuras.

Por cierto que el dolor que agobia y agobie a la niña en el futuro resulta del hecho mismo de la vida que tempranamente le ha tocado sobrellevar, pero no lo es menos que la difusión masiva de su nombre y de su enfermedad obra como agravante de tal infortunio y que, en esa medida, resulta atendible que el demandado se responsabilice del daño agregado que resulta de su libre actuar.

Con el añadido de las angustias y expectativas que deben haber venido rodeándola en su reducida vida familiar y de relación, con la consiguiente repercusión en el ánimo, respecto de las alternativas de un pleito que viene desarrollándose desde hace casi cinco años para lograr la satisfacción del derecho lesionado.

Mi colega preopinante si bien afirma la configuracion de uno de los elementos del acto ilícito civil , la “antijuridicidad”, descarta la existencia de daño resarcible. No acuerdo con ello.

En primer lugar porque como anticipé, el daño en el caso surge “*in re ipsa*” es decir no exige demostración y deriva de la misma configuración del ilícito civil. Por otra parte, son elocuentes los datos fácticos que emergen del proceso y demuestran la afectación.

En efecto, a raíz de la divulgación de la enfermedad de M C (v su descripción médica en fs. 114/116 y vta) se determinó pericialmente que si bien seguramente no comprende la totalidad de la nota publicada, si pudo comprender la mayor parte de la misma siendo muy alta la posibilidad de que entienda el término enfermedad terminal (si bien referida a F se describe rigurosamente el síndrome que la afecta).

Asimismo se determina que es posible que menores de edad se interesen por una nota periodística de las características de la aparecida en el semanario “Protagonistas”.

Pero más allá del acceso directo a la nota o no y de su eventual comprensión, lo definitorio son las consecuencias derivadas del posible análisis del marco redaccional que el medio confirió a la reproducción que sin dudas alteraron el desarrollo de vida de M C.

Estáticamente podemos considerar que la afectación nace en la arbitraria intromisión y dinámicamente se expande en el efecto “sorpresa” de la misma, su impacto en el seno familiar obviamente percibido por la niña, en la generación de inquietudes colectivas entre los pares de la niña y en sus posibilidades de aceptación y elaboración, por cierto mucho mas limitadas que las de sus progenitores por sus recursos psíquicos.

Dentro de este orden de ideas opino que la cuantía establecida en primera instancia debe ser reducida a la de **\$ 15.000 (pesos quince mil)** (arts. 1078 del C. Civ. Y 165 in fine del Código de Forma)

Desde otro ángulo, cabe destacar que hay suficiente prueba que revela que E S y C D se han visto afectados en la faz espiritual. Porque la difusión de la noticia produjo un quiebre en la tranquilidad familiar, el sentimiento de impotencia por no haber podido elegir libremente sobre la noticia de la enfermedad de sus hijos y los detalles que querían comunicar o no

acerca de esto, el caos de llamados a partir de la publicación, la vida diaria invadida por llamados e interrogatorios de parte de familiares, maestros, amistades de la familia, padres de los compañeros de los chicos. Hasta incluso la perito interviniente sugiere el inicio de tratamiento psicológico durante un año a razón de una sesión semanal y menciona como uno de los factores de ese enunciado a la repercusión que tuvo la publicación de la nota (v. fs. 131 vta/132)

Esto me lleva a concluir que en este caso hay daño moral configurado.

En los dos órdenes reparatorios, no obstante que ha existido prueba que demuestra los trastornos vividos, quiero destacar que los padecimientos y perturbaciones lógicas que este hecho debió haberles causado no requieren prueba específica alguna. Hay en todas las relaciones humanas una serie infinita de matices, gamas, sinuosidades, acentuaciones y modalidades que escapan a la prueba, y no obstante, se presentan firmes, vigorosas, ante los ojos del juzgador ¿Será posible desdeñarlas porque no cupieron en un casillero probatorio? (Angel Ossorio “ El alma de la toga”, Librería “ El Foro”, Buenos Aires 1997, p. 146). Creo que no,. Ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la publicación de los nombres de los niños y de las enfermedades que padecían en un semanario conocido de mucha circulación sin haberse requerido siquiera la pertinente autorización.

No se me pasa por alto la marginación o aislamiento que el temor a ese anclaje en las “respuestas” provocado por la socialización del dolor derivado de tan grave situación engendra hasta hoy en día en los reclamantes.

Tampoco escapa al sentido común que cuando se juzga una violación al derecho a la intimidad por su carácter íntimamente personal, es ardua la tarea de la valoración del daño moral experimentado, debiendo el juzgador analizarlo en forma objetiva y abstracta, "considerando cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo". Es decir, indagar la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción.

Para justificar dicho daño en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, ya que la sola realización del hecho generador comporta la presunción de la lesión y resulta absolutamente imposible por la

índole del agravio moral, que reside en lo más íntimo de la personalidad. Porque la palabra "intimidad" ha de entenderse como sinónimo de "vida privada", de "soledad total o en compañía", esto es, lo interior, lo personal, la esfera de lo íntimo intransferible, o bien de lo privado que sólo se comparte con los más próximos.

He sostenido en forma reiterada el carácter resarcitorio del daño moral, por lo que el análisis debe centrarse en la persona de la víctima, a fin de evaluar las consecuencias que sobre su ánimo produjo el ilícito, y como lo he expresado, debe tenerse en cuenta que la fijación del monto de la condena es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del juzgador.

Por todas estas consideraciones, sumado a los argumentos anteriores en torno que la verdadera causa del profundo dolor no deriva de la publicación independientemente considerada, creo si que se verificó a raíz de la nota una situación traumática y consecuentes padecimientos lo que amerita una indemnización de esta índole teniendo en cuenta el carácter resarcitorio de esta partida. Considero pues que la suma condenada en la instancia anterior debe ser reducida a la de **\$ 7.500 (pesos siete mil quinientos)** para cada uno de los progenitores (arts. 1078 del C. Civ. Y 165 in fine del Código de Forma).

Excluyo de mi ánimo todo reproche de informar y estar informado por una prensa libre. Lo que me detengo a observar es que, aunque ciertas las circunstancias que emergieron en la nota, quienes fueron sus víctimas debieran haber tenido la posibilidad de resguardar su dolor dentro de la esfera doméstica o de la repercusión limitada de la intervención misma de las autoridades competentes.

Por las razones que anteceden, voto porque se modifique la sentencia anterior de fs.186/193. dejándose establecido que el resarcimiento por daño moral a favor de la niña se reduce a la suma de **\$ 15.000 (pesos quince mil)** y el correspondiente a los padres a la de **\$ 7.500 (pesos siete**

mil quinientos) para cada uno. (arts. 1078 del C. Civ. y 165 “in fine” del Código de Forma)

Las costas de alzada se imponen a la parte demandada en su condición de vencida (conf. art.68 Código Procesal).

Con el preciso alcance que surge de los considerandos que anteceden, doy mi voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma primera cuestión planetada, el señor juez Dr. Emilio Armando Ibarlucia dijo:

Adhiero al voto del señor Juez Dr. Luis M Nolfi, y por lo tanto lo hago en el mismo sentido. Voto, pues, por la **AFIRMATIVA**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez Dr. Etchegaray dijo:

En mérito al acuerdo alcanzado en la votación a la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es que por mayoría: Modificar la sentencia de **fs.186/193**. dejándose establecido que el resarcimiento por daño moral a favor de la niña se reduce a la suma de **\$ 15.000 (pesos quince mil)** y el correspondiente a los padres a la de **\$ 7.500 (pesos siete mil quinientos)** para cada uno. (arts. 1078 del C. Civ. y 165 “in fine” del Código de Forma)

Por mayoría, las costas de alzada se imponen a la parte demandada en su condición de vencida (conf. art.68 Código Procesal).

Así lo voto

Los señores Jueces Dres. Nolfi e Ibarlucía, por iguales fundamentos y consideraciones, emitieron sus votos a ésta misma **segunda cuestión** en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, de junio de 2012.

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Lo que surge del acuerdo que antecede, se

RESUELVE:

1).- **Por mayoría**, modificar la sentencia de **fs.186/193**. dejándose establecido que el resarcimiento por daño moral a favor de la niña se reduce a la suma de **\$ 15.000** (**pesos quince mil**) y el correspondiente a los padres a la de **\$ 7.500** (**pesos siete mil quinientos**) para cada uno. (arts. 1078 del C. Civ. y 165 “in fine” del Código de Forma)

2).- **Por mayoría**, imponer las costas de alzada a la parte demandada en su condición de vencida (conf. art.68, Código Procesal).

Notifíquese. Regístrese. Devuélvase.