

Juzg.Civ.y Com. N°1 - Olavarría.

Reg.....90.....Sent

En la ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Octubre del año Dos Mil Once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes, para dictar sentencia en los autos caratulados "DUMERAUF, HUGO C/DIARIO EL POPULAR S/DAÑOS Y PERJUICIOS." (CAUSA N°55.146), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr.GALDÓS -Dr.PERALTA REYES.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

- 1ª.- ¿Es justa la sentencia de fs.394/401 vta.?
- 2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor **GALDÓS**, dijo:

I. El Sr. Hugo Alberto Dumerauf promovió demanda resarcitoria de daño moral contra la empresa El Popular

S.A.I.C, propietaria del diario El Popular de la ciudad de Olavarría a raíz de la afectación de su honor, intimidad y, en suma, de sus derechos personalísimos, por la difusión -en la edición del 23 de Julio del 2000- de una fotografía suya, como empleado del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, tomada y publicada sin su consentimiento, ilustrando una nota en la que se denuncian graves irregularidades investigadas por la justicia contra jefes penitenciarios. Explica, en resumen, que era muy evidente y perceptible que la fotografía era de él, cuyo rostro era perfectamente reconocible, y que estaba impresa a la derecha de un informe periodístico sobre una investigación judicial en curso respecto de autoridades del Penal de Sierra Chica, mientras que él presta servicios en la Unidad Penal XV de Batán. Acota que no tiene nada que ver con los hechos que se denuncian en ese informe ni con el penal ubicado en el Partido de Olavarría, en el que prestó servicios hasta el año 1981, y que es oriundo de Hinojo, localidad en la que tiene amigos y familiares. Reclama en concepto de resarcimiento de daño moral comprensivo del daño psicológico la suma de \$ 155.000 o la que surja de la prueba. La demandada resistió esa pretensión aduciendo, en síntesis, que la fotografía correspondía a sus archivos y había sido distribuída por la agencia DyN, obtenida en la cárcel de Batán con consentimiento de la autoridades, y que esa foto acompañaba la nota, de indudable interés público,

a fines meramente ilustrativos y con carácter abstracto, sin que tenga relación con los hechos denunciados que se refieren a jefes penitenciarios, carácter que no reviste el actor. Incluso se utilizó una placa fotográfica de otro lugar ajeno a Sierra Chica para no involucrar a personal de esa zona y que el contexto de la foto en la que aparece Dumerauf (cerrando la puerta de una celda) no tenía relación con los hechos de corrupción informados ni se hacía referencia o vinculaba con ellos al actor. Sostiene también que es aplicable la doctrina de la real malicia y que no media responsabilidad suya.

La sentencia de Primera Instancia, apelada por ambas partes, acogió la demanda y condenó a la accionada a pagar \$ 15.000, suma en la que cuantificó el daño reclamado. Para así decidir ponderó, en lo sustancial, que en la edición del diario se publicó la foto del actor, en la tapa, acompañando una nota inserta en ese lugar del diario, y continuada en las páginas 16 y 17, titulada "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia". Se advertía claramente, en color, el rostro del actor. De ese modo se afectó el derecho a la imagen de Dumerauf, cuyos contornos jurídicos especifica, encontrando a la demandada incurso en la violación de lo prescripto por el art. 31 de la ley 11.723 que prohíbe sin consentimiento expreso del interesado la publicación, difusión o exhibición de un retrato fotográfico. Explica luego que no es de

aplicación al caso la doctrina de la real malicia la que para responsabilizar a los medios de comunicación requiere que la propalación de noticias inexactas o agraviantes, cuando se trata de funcionarios públicos, sea a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación, lo que debe acreditar el actor, mientras que a los particulares le basta al actor con la prueba de la culpa del medio periodístico para configurar su responsabilidad civil por informaciones inexactas o falsas. Sostiene que Dumerauf no es funcionario público, sino empleado del servicio provincial, que cumple una función pública en materia de seguridad con un orden jerárquico predeterminado. Ello así, conforme la doctrina administrativa que menciona, por lo que concluye que en el caso no rige la citada tesis de la real malicia. Prosigue analizando que la publicación de la foto infringió el mencionado art.31 de la ley 11.723 toda vez que el actor no prestó consentimiento para su uso y que esa carga de la prueba incumbe a la demandada por tratarse de una defensa. Explica que la respuesta de la agencia informativa DyN da cuenta que la foto se emitió entre todos sus abonados el 30 de Julio de 1999, en ocasión de un motín en la cárcel de Batán y que su difusión obedeció a que se trataba de un funcionario público relacionado con un grave acontecimiento de relevante interés público, que se permitió al fotógrafo acceder al penal, y que la hipótesis está contemplada en el párrafo final del art.31 de la ley 11.723. De allí, y

aludiéndose a las excepciones legales al requerimiento del consentimiento expreso, descarta que se trate de un supuesto de interés general. Si bien no cabe dudas del interés comunitario en la difusión por El Popular de la noticia, la inserción de la foto era innecesaria porque afecta el derecho personalísimo a la imagen de Dumerauf, toda vez que bien pudo cumplir su objetivo informativo denunciando irregularidades y anomalías sin la publicación de esa foto del actor. Tampoco concurre el otro supuesto de excepción que prevé el citado art.31 de la ley 11.723 cuando se refiere a acontecimientos desarrollados en público, porque ello apunta a los grupos de seres humanos conectados por el lazo común de un hecho social. Con esa base fáctica y jurídica, admitió la responsabilidad civil de la accionada y condenó a pagarle al actor la suma de \$ 15.000 teniendo en cuenta que el daño moral es una consecuencia directa e inmediata que se deriva "in re ipsa" de la violación a los derechos personalísimos de Dumerauf. Fijó la tasa de interés aplicable desde la publicación de la foto (el 23/7/2000) y hasta su pago efectivo, e impuso las costas a la accionada vencida, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Contra ese pronunciamiento apelaron ambas partes; la actora a fs.402 y la demandada a fs.404, expresando agravios, respectivamente, a fs.416/418 y 419/425vta., los que sólo fueron respondidos por la demandada a fs. 427/429.

El actor impugna el monto de \$ 15.000 otorgado en concepto de indemnización por daño moral porque es exiguo, y omite considerar la afectación a su honor e intimidad y que la foto se divulgó en primera plana y en las páginas 16 y 17, sin su consentimiento, llegando a enorme cantidad de personas. Tampoco reparó que la suma reclamada de \$ 155.000 comprendían el daño psicológico, el que se acreditó con la pericia de fs.300 en la que la perito psicóloga interviniente explicó los trastornos sociales, laborales y familiares padecidos, agravándose sus rasgos depresivos, afectando su vida de relación, principalmente porque en Hinojo viven sus padres que no tienen edad para soportar esa situación.

Por su lado los agravios de la demandada se centran en la atribución de responsabilidad, en el daño aceptado y en su cuantía, y en la imposición de las costas. Sostiene que la sentencia no examinó los componentes de la responsabilidad civil extracontractual aplicando matemáticamente el art.31 de la ley 11.723 sin considerar las excepciones previstas en esa norma. Además afirma que la actora incurrió en pluspetición y que la cuantía indemnizatoria es elevada. Recuerda que en la tapa del diario del 23 de Julio de 2000 aparece la fotografía del actor ilustrando una nota titulada "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia", siendo que hace 23 años pertenecía al Servicio Penitenciario,

ahora como Sub-oficial, por lo que conociendo la estructura jerárquica sabe que no es ni jefe ni oficial por lo que nunca pudo configurarse injuria en su contra. Y respecto de la repercusión de la noticia con relación a terceros explica que los testigos Gomba, Mondello y Suljevic manifestaron que hace como 27 años que Dumerauf no visita Hinojo y que sus padres no le manifestaron preocupación por el hecho. Además se configuran las excepciones previstas en el art.31 de la ley 11.723 que le quitan antijuricidad al hecho ya que la información brindada es un acontecimiento de interés público sobre graves denuncias contra jefes del Servicio Penitenciario y la foto fue tomada en un lugar del dominio público provincial, en un penal y a raíz de un motín, reproducida masivamente por las agencias de noticias como DyN y otras. Considera aplicable al caso la doctrina de la real malicia porque Dumerauf es un funcionario público, el tema es de interés público y la demandada no tomó conocimiento de que el actor pudiera verse perjudicado. Cita antecedentes jurisprudenciales sobre esa doctrina y explica que conforme el decreto ley 9578/80 que regula el Régimen del Personal del Servicio Penitenciario, el actor es funcionario público porque no se distingue entre empleado y funcionario público, como surge también del art.77 del Código Penal. El concepto involucra a quienes ejercen funciones públicas, permanente o transitoriamente. Luego controvierte el monto de condena por

alto y cita el antecedente de una noticia publicada en el diario y a raíz de la cual se condenó a un abogado local por calumniar a un juez a pagar \$10.000 y sostiene que el actor incurrió en pluspetición porque admitió una condena que sólo hizo lugar al 10% del monto reclamado, y no mediaron razones atendibles ni suficientes que justifiquen semejante desproporción. Finalmente se disconforma con la imposición de las costas y pide se recepten sus agravios.

Llamados autos para sentencia y firme ese proveído el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (fs.431).

II. Los agravios de la demandada en torno a la inexistencia de su responsabilidad civil extracontractual y a que el monto de condena es excesivo no es atendible. Tampoco lo es la disconformidad de la actora que ataca el monto de condena esgrimiendo omisión de cómputo del daño psicológico.

1. No está, en modo alguno, en tela de juicio, ni la enfática tutela constitucional e infraconstitucional de la denominada libertad de prensa ni su tensión permanente con los derechos personalísimos, lo que -al decir de la Suprema Corte bonaerense- supone que "el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts.14 y 33 de la Constitución

Nacional)" (S.C.B.A. Ac.54798, 21/12/2005, "Burlando, Fernando c/Diario El Sol", voto Dr.Roncoroni, doctrina luego reiterada también por unanimidad en Ac.100157, 18/2/2009, "Espínola, Ricardo c/Editorial La Capital S.A.>"). Es que, como lo expresara el Juez Roncoroni en la causa citada en primer lugar, "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (S.C.B.A. Ac.54798, 21/12/2005, "Burlando" cit.).

Lo que aquí se discute es la licitud -o no- de la difusión en un medio masivo de comunicación, el diario El Popular de la ciudad de Olavarría, de una foto del actor, Hugo Alberto Dumerauf obtenida por una agencia de noticias (DyN) en ocasión de un motín ocurrido "en la cárcel de Batán el 30 de Julio de 1999, con motivo de los graves disturbios y motín que se produjo en ella, los cuales tuvieron amplia repercusión pública" (sic, informe fs.165 de la Agencia Diarios y Noticias e informes de fs. 168 y fs.170 del fotógrafo Jorge Mangione que las obtuvo, como corresponsal de esa agencia en Mar del Plata, al momento de esos hechos; arts.384 y 394 C.P.C.). Por ello es determinante el previo encuadre fáctico sobre el que, en lo sustancial, no media discrepancia.

En efecto, en la edición del Domingo 23 de Julio de 2000 en la portada del mencionado diario se publicó una

foto en la que el actor, en su condición de sub-oficial del Servicio Penitenciario Provincial, aparece cerrando una celda, obviamente de una cárcel, sin identificarse el lugar. La foto es de color y ocupa un lugar muy destacado de esa primera hoja del periódico. Acompaña un título remarcado con letra negrita que dice: "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia" (fs. 33/35). Además, en un subtítulo, que lo precede, en letra más chica pero subrayada se manifestó: "También está investigado el titular de la Unidad 2 de Sierra Chica". Al margen derecho de la foto, en letra de menor tamaño pero más grande que la del resto del texto de la nota, en una especie de síntesis de la información, en 23 renglones se afirma, en parcial transcripción, que: "Siguen las denuncias sobre 'corrupción' en los servicios penitenciarios Bonaerense y Federal. Pero en la mayoría de los casos se advierte cierta indecisión política y lentitud judicial para avanzar en las causas. Un informe de este diario refleja los casos más escandalosos ocurridos en cárceles bonaerenses y nacionales. Se mencionan la investigación que se lleva adelante sobre el jefe de la Unidad Penal Nº2 de Sierra Chica y hechos singulares ocurridos dentro de la cárcel..."

El informe periodístico que acompaña a esa foto - que es lo que aquí más importa- es de indudable connotación social y de notorio interés público y alude a la investigación

de ese medio de comunicación masivo, que se continúa en las páginas 16 y 17 del diario, que informa que se están investigando graves denuncias contra autoridades (jefes) de los servicios penitenciarios bonaerense y federal, que autorizarían, en lenguaje vulgar, a presos a salir a robar frente a lo que habría indecisión judicial en avanzar en esas investigaciones, revelando otros aspectos, tales como represalias que se habrían tomado contra internos que denunciaron esos hechos. En las páginas 16 y 17 de esa edición se destacan con un sobrefondo más oscuro dos potenciales irregularidades ("Certificados" y "Desarmaderos") y se acompañan de otras dos fotos: en una se visualiza una cárcel y por el texto breve al pie se desprende que corresponde a la Unidad Penal 2 de Sierra Chica (respecto de la cual, se informa, que al menos se habrían promovido tres causas y que un preso se causó a si mismo 26 heridas cortantes). En otra foto se ven algunos reclusos que asoman por entre las rejas pudiendo distinguir sólo el rostro de uno de ellos, al que no se identifica (fs.33/35, arts.354 C.P.C.). Toda esa información, insisto, de indudable interés público, se completa según lo expresó la demandada con agregación de las copias pertinentes de los distintos ejemplares, con otras notas de similar tenor difundidas con antelación y con posterioridad a la publicación de la foto de Dumerauf (confr. fs. 71/81).

También está acreditado, e incluso destacado en la expresión de agravios de la demandada, que el actor ingresó al servicio penitenciario en 1977, o sea 23 años antes del hecho, y que prestó servicios en la Unidad 2 de Sierra Chica desde el 12/5/1978 hasta el 11/01/81 y desde entonces en la Unidad 15 de Mar del Plata, que es Sub-oficial Mayor, con concepto sobresaliente, un promedio de 9.95 y no tiene sumarios (fs.161; arts.394 y 384 C.P.C.). Por lo demás con la partida de nacimiento de fs. 196/197 se prueba que Dumerauf nació en la localidad de Hinojo la que está próxima a la de Sierra Chica y ambas pertenecen al Partido de Olavarría, resultando estos hechos notorios que eximen de prueba (art. 384 CPC).

La foto en mención fue obtenida por un corresponsal de la Agencia de Noticias DyN -Jorge Mangione- en ocasión de ocurrir un motín el 30 de Julio de 1999 en la cárcel de Batán y distribuída a sus asociados, entre ellos El Popular, obteniéndose también en esa oportunidad otra pieza fotográfica, destacándose del informe de aquella empresa, corroborado por lo manifestado por el fotógrafo (fs 168 y 170), para lo que aquí interesa, que :

- "La obtención de las fotografías revela que no medió desautorización alguna del personal jerárquico de la cárcel de Batán y que se le permitió al fotógrafo acceder a los lugares desde los cuales registró las imágenes".

- "La persona cuya imagen refleja la fotografía jamás le requirió a DYN que no difundiera la misma ni formuló alguna advertencia. DYN no recibió reclamo alguno, judicial o extrajudicial, por la difusión de esa fotografía".

- "La decisión de DYN de difundir la foto, en su momento, de una funcionario público obedeció a que ella estaba relacionada con un grave acontecimiento de relevante interés público, que se desarrolló en público y que encuadraba en la hipótesis prevista en el párrafo final del art.31 de la ley N° 11.723." (sic, fs.166; sobre éste último punto volveré luego)

2. Los hechos descriptos suponen encuadrar jurídicamente la litis en la conducta lesiva contra el actor por la afectación extrapatrimonial del derecho a su imagen, de consumo con la repercusión refleja sobre otros derechos personalísimos (honor, identidad, dignidad) porque, como lo afirman Márquez y Calderón, "se concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que faculta a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundiéndola o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente" (Calderón, Maximiliano Rafael - Márquez, José Fernando "El derecho a la imagen y su valor económico" R.C.y S. 2003-261). Si bien su tutela constitucional fluye de los derechos implícitos del art.33, en

su correlación con los arts.14 y 17 de la Constitución Nacional, la norma legal que lo regula es el art.31 de la ley 11.723 que resguarda la utilización comercial de los retratos fotográficos, aplicable analógica y extensivamente a las otras esferas, reservando la previsión del art.1071 bis del Código Civil como protectoria de la difusión de la intimidad (Calderón, Maximiliano Rafael - Márquez, José Fernando, ob.cit. R.C.y S. 2003-261). En parecido sentido, desde la doctrina y la magistratura, puntualiza Picasso que "el derecho a la imagen tiene un ámbito propio y específico, que se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio (fotografía, filmación, dibujo, grabado, etc.), ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitir su reproducción o comercialización (Picasso, Sebastián, "Nuevas fronteras del derecho a la imagen", J.A.2005-II-1251, sentencia del Juzgado Nacional Civil Nº41, 28/4/2010 "R., H. c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. y otro" con nota a fallo de Federico Illalba Díaz "Cuando la caracterización de una persona y los objetos que le pertenecen integran el derecho a la imagen" en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", pág.266). Con palabras de Rivera "toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona, o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizada por la ley"

(Rivera, Julio César "Instituciones de Derecho Civil", T.II. pág.130). Lo expuesto pone de relieve que resultan ajenos al caso, el examen de la responsabilidad de los medios de comunicación causados por la difusión de noticias inexactas o falsas que afectan a ciudadanos o a funcionarios públicos o de las noticias o informaciones verdaderas que afectan la intimidad o el honor (tema resuelto por ésta Sala con primer voto del Dr. Peralta Reyes en la causa n°49701, 26/10/2006 "Ottaviano Claudia c/Diario El Popular de Olavarría SAIC s/Ds. y Pjs."), toda vez que el sustrato litigioso, en su subsunción normativa, conduce al análisis de la conducta lesiva por afectación al derecho autónomo a la propia imagen. En anterior precedente este Tribunal, también con primer voto del Dr. Peralta Reyes argumentó que "Rivera, citando a Cifuentes, señala que "la doctrina y jurisprudencia actuales consideran que la mera captación, reproducción o publicidad de la imagen -fuera de los casos en que deban considerarse lícitas- constituyen un atentado al derecho a la imagen, sin que sea necesario demostrar que como consecuencia de dicho atentado se ha afectado la privacidad del sujeto, o su honor, o reputación". Y agrega que "con arreglo a este criterio bien se advierte que el derecho a la imagen tiene un ámbito tutelar propio y autónomo, independiente de la protección de la intimidad o del honor, y que, por tanto, el remedio legal debe ser aplicado donde aparezca una indebida exposición o difusión

publicitaria de la imagen, o una simple reproducción del retrato, aun cuando no resulta lesión a la privacidad o a la reputación de la persona" (Instituciones de Derecho Civil, Parte General, tomo II, págs. 104 y 105; el Proyecto de Código Civil de 1998 regula en forma autónoma el derecho a la imagen, en su artículo 107)" (esta Sala Causa N°44906, "C.,E.O. y otros c/E.,P.S. s/ Daños y Perjuicios").

Y aquí, como en ese antecedente, "con máxima claridad expone Cifuentes que puede violarse la intimidad publicando retratos, pero que la publicación de retratos no siempre implica la violación de la intimidad (Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual, nota a fallo en L.L. 1998-B, pág. 705). Esto es, precisamente, lo que aconteció en el caso de autos (como en el antecedente citado), pues la difusión de la fotografía del actor, al haberse carecido de su pertinente autorización, constituyó una violación de su derecho a la imagen". La publicación de la foto de Dumerauf, sin su consentimiento y sin que concurren circunstancias que habiliten su difusión, configuró "per se" un acto antijurídico lesivo de la imagen, y que al ser insertado en un informe o nota periodística de investigación en la que se denunciaban la posible comisión de delitos en el ámbito de desempeño de su función, como miembro del servicio penitenciario, importó por añadidura también la conculcación de los derechos personalísimos al honor, reputación y

dignidad mortificando sus sentimientos (art.31 ley 11.723 y arts. 1071 bis Cód. Civ.). Se configura entonces un supuesto de "doble infracción": el derecho a la imagen y al honor (Rivera, ob.ci. T.II pág.129).

En tal sentido es claro que Dumerauf no autorizó la publicación de su retrato, resultando insuficiente el argumento de que con la declaración de la Agencia DyN y del fotógrafo Jorge Alberto Mangione resulta que fue autorizado a obtener las tomas fotográficas por los superiores jerárquicos del actor, que la foto fue difundida a otros medios sin objeciones y que no medió reclamo (informes fs.165/166 y 168 y 170). Y aunque la cuestión, correctamente decidida en el fallo de origen, no fue objeto de réplica en el escrito de agravios de fs.419/424), no es sobreabundante destacar que el superior jerárquico no está habilitado para disponer de un derecho personalísimo propio, el que sólo es disponible por su titular, sino que además la foto se obtuvo para ilustrar y difundir un hecho ajeno a la investigación penal denunciada por El Popular en la edición del 23 de Julio de 2000 en la que involucraba a la Unidad con sede en Sierra Chica. La foto correspondía a la intervención de Dumerauf, inherente a su función de sub-oficial penitenciario, en ocasión de ocurrir un motín, en 30 de Julio de 1999 en (otro lugar) la cárcel de Batán (fs.165 cit.; art.394).

No cabe hesitación que no medió consentimiento, no concurre ninguna excepción legal al requerimiento de ese previo consentimiento del involucrado para disponer de su imagen ni que la foto se la ubicó en un contexto desnaturalizante de su origen (recuerdo que se trataba de una placa de archivo) que no sólo era innecesaria para ilustrar la nota (en la página 16 del diario de ese día se agregó una foto del penal de Sierra Chica) sino que -lo que es más grave aún- se la presentó de manera tal que podía, para cualquier lector, permitir la asociación de los hechos (la denuncia de corrupción) con la persona del actor, cuya imagen acompañaba el texto. Ello torna inconsistente los argumentos defensivos de la representación legal de El Popular de que Dumerauf es Sub-oficial y la nota hace referencia a jefes y oficiales, de que no medió mayor divulgación de la noticia en Hinojo, donde nació el actor y viven sus padres, y que su lugar de residencia es Mar del Plata, porque la ilicitud surge por sí misma de la publicación de una imagen fotográfica sin autorización, agravándose en este caso por la indirecta conexidad que puede atribuirse a los graves hechos denunciados periodísticamente con la autoría de quién es exhibido públicamente para acompañar ilustrativamente esos hechos (arts.1066, 1067, 1071bis, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; art.31 ley 11.723).

3. "El consentimiento que debe prestar el interesado para la utilización de la imagen, en el decir de Zavala de González, constituye una condición general para que sea legítima dicha utilización. O dicho de otro modo, es esencial comprender que, como regla, sólo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de la imagen". "El art. 31 de la Ley 11.723, en su primer párrafo, señala que "el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma ... Tal como lo expone Zavala de González, "también la expresión 'poner en el comercio' debe ser entendida en el sentido amplio: exhibición, difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido" (Resarcimiento de daños, tomo 2-d, pág. 175). En ese mismo sentido, cita Cifuentes un pronunciamiento judicial donde se resolvió que la expresión "poner en el comercio" debe entenderse en sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (C.N.Civ., sala D, 30-11-93, L.L. 1994-D-148, citado por Cifuentes, Derechos personalísimos, 2da. edición, pág. 523; esta Sala causa cit. N°44906).

Y aún cuando las alegaciones de la demandada sobre la omisión de la sentenciante de considerar exceptuado el consentimiento por tratarse de hechos de interés público y de provenir las fotos de un lugar público (fs.421 y vta.) se desentienden y no rebaten con idoneidad técnica los

fundamentos en contrario desarrollados en el fallo (fs.397 vta./399) reitero, otra vez, que "aún concurriendo un interés comunitario prevaleciente para difundir un suceso en que interviene una persona, el hecho es antijurídico si la reproducción de la imagen era innecesaria para el fin general de que se trate" (causa cit. N°44906). En este tipo de situaciones, la prensa tiene que cumplir con su deber de informar (de ello no cabe duda alguna), pero en esta faena no debe perder de vista que se encuentra con un límite infranqueable, cual es el respeto por los derechos personalísimos ... debiendo procurar obviar aquellas reproducciones que no sean estrictamente necesarias para una correcta difusión de la noticia. Si se analiza retrospectivamente el presente caso, se concluye en que el diario demandado pudo haber cumplido perfectamente con su labor informativa, sin necesidad de publicar la fotografía..." (esta Sala causa cit. N°44906; art.31 ley 11.723 primer supuesto). Con relación al segundo supuesto "según la cual es libre la publicación del retrato cuando se trata de acontecimientos desarrollados en público, es decir, a la vista indiscriminada de los demás o de muchas personas, observa Zavala de González que, en ésta hipótesis, "el carácter personalísimo de la imagen se diluye, precisamente porque entonces la representación no alude al sujeto, sino a grupos de seres humanos, conectados por el lazo común de un hecho

social" ... En tal caso, "el acento de la representación debe ser anónimo, despersonalizado, colocado en el acontecimiento y no en quienes asisten a él, que son captados como mero conjunto y de manera individualmente desvaída. En otros términos, la presencia de la persona debe aparecer como casual e indiferente o secundaria para el hecho que se busca registrar" (causa cit. N°44906). Se puntualiza que "para que proceda la eximente de responsabilidad prevista en el art.31 in fine de la ley 11.723 relativa a la difusión no consentida de la imagen de una persona, se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión o bien que ante hechos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, exista una relación directa entre la imagen de la persona y el acontecimiento de interés público" (Cám.Nac.Civ. Sala D, 28/03/2008). Por lo demás, y a mayor abundamiento el motín de 1999 no es un hecho "que se hubiera desarrollado en público" (Cifuentes, Santos "Derechos Personalísimos" pág.533).

En caso análogo el aquí en examen se resolvió que "la conducta del órgano periodístico al publicar la fotografía del actor -que es fiscal- junto a una nota -relativa a una causa penal y en la que se dijo que se había anticipado la sentencia que se dictaría respecto de imputados en el proceso-, importa un uso abusivo de su imagen porque no puede entenderse comprendida en la libre publicación de retratos, ya

que no se relaciona con fines científicos, didácticos y culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubiesen desarrollado en público (art.31 ley 11.723), amén de que el carácter de figura pública no es causa legitimante para la difusión de imágenes agraviantes al honor" (Trib.Sup.de Just. De la Pcia. de Neuquén, 07/08/2006, "D.R.B., M. c/Editorial Río Negro S.A.", L.L. Patagonia 2006-566).

En un interesante trabajo de compendio de jurisprudencia (Diegues, Jorge Alberto "Derecho a la imagen", La Ley 22/06/2009, 10) se mencionan varios antecedentes judiciales que se pronunciaron en el sentido que propicio. En un supuesto se juzgó que "la fotografía de dos menores que se encontraban en la vía pública, en el ámbito de una nota periodística referida a los problemas sociales relacionados con los adolescentes, afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art.31 de la ley 11.723 y genera, por sí sola, un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad" (Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.y S 2004, 1012; en parecido sentido Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.y S. 2004. 102). Para que proceda la eximente de responsabilidad prevista en el art.31 in fine de la ley 11.723 relativa a la difusión no consentida de la imagen de una persona, -se

resolvió en otro antecedente- se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión o bien se trate de hechos de interés público" (Cám.Nac.Civ. Sala D, 28/03/2008 "R.,P.A. c/Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (ARTEAR S.A.) y ots.", (La Ley 04/08/2008, 11; Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.Ys. 2004. 102.

Mas aún el consentimiento expresado para un hecho concreto no autoriza su utilización para otros fines, tal como se decidió sosteniéndose que incluso el hecho de que la actora hubiere accedido con anterioridad a ser fotografiada para una revista no implica que tales imágenes pueden ser difundidas en otro medio y en otro contexto sin contar con la previa autorización de la actora, por cuanto ello implicaría la desviación del consentimiento originalmente otorgado" (Cám.Nac.Civ. Sala G, 21/12/2007 "Pereira Da Silva, Joselice c/Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otro", La Ley Online; cit. por Diegues en ob.cit. y en sentido contrario al fallo de grado).

4. Se advierte que antes consideré que el actor es funcionario público, como lo expone la demandada al expresar agravios (arts.1, 2 y concs. decreto ley 9578/80). Señala con precisión Cifuentes que "cuando el consentimiento fue dado para un tipo de exposición, todo cambio viola el derecho" (Cifuentes, Santos ob.cit. pág.527). Ello igualmente

no modifica el resultado de atribuir responsabilidad a la demandada quien invoca como eximente la doctrina de la real malicia. En efecto, la Corte Federal decidió que "el principio de real malicia, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas, lo cual implica que la materia de discusión o prueba es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo -o debió tener- de esa falsedad o posible falsedad" (C.S., 24/06/2008, "Patitó, José Angel c/Diario La Nación, R.C.y S. 2008, 553, L.L.2008-F-304). Resulta nítida la inaplicabilidad de esa doctrina al caso en el que lo que se juzga es la antijuricidad del hecho denunciado de la publicación indebida de una foto que afecta la imagen propia, y simultáneamente (o por añadidura) el honor y la dignidad al vincularla con hechos de corrupción. La doctrina de la real malicia rige para los supuestos "de conocimiento de la falsedad de hechos imputados" "manifestaciones erróneas o falsas" "difusión maliciosa de información falsa" "expresiones que puedan ser calificadas como opinión" (C.S. causa cit.) carácter que no reviste- reitero- la circunstancia de propagar sin autorización la imagen de otro (art. 31 ley 11.723).

Igualmente cabe añadir que para la hipótesis de admitir, incluso, la aplicación de esa doctrina, es igualmente

responsable el medio periodístico cuando el actor probó que "el demandado conocía la invocada falsedad de los hechos allí afirmados o que hubiera obrado con notoria despreocupación sobre su verdad o falsedad" (C.S., 24/06/2008, "Patitó, José Angel c/Diario La Nación, L.L.2008-F-304) o cuando "el juicio de reproche es de suficiente entidad" (C.S. doctrina de C.S. 9/11/2010 "Dahlgren, Jorge c/Editorial Chaco", Fallos 333, p. 2079). En palabras de la Casación local: "la doctrina de la 'real malicia' no exime al medio periodístico de producir los elementos de juicio necesarios para acreditar la improcedencia de la demanda. Así, sin llegar al extremo de la prueba de la veracidad de lo divulgado, de su fin lícito o de la falta de conciencia acerca de la falsedad de la noticia, le incumbe la demostración de que actuó responsablemente y con diligencia en la obtención de la misma" (S.C.B.A. Ac. 73058, 13/3/2002 "Vallejo, Guillermo c/Editorial "La Capital S.A." s/Ds. y Pjs."; C.100157, 18/2/2009 "Espínola, Ricardo Gabriel c/Editorial La Capital S.A. s/Ds. y Pjs." . En este último precedente agregó en su voto el Dr. Pettigiani que "el autor no resulta responsable civilmente del perjuicio causado cuando el error es excusable, es decir, si emplea los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. Si lo es, en cambio cuando falte al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la

información" (S.C.B.A. Ac.73058, 13/3/2002 y 100157, 18/2/2009 cit.).

Y en autos quedó evidenciada la ausencia de diligencia y cuidado de la demandada que insertó sin consentimiento la foto de archivo de un miembro del servicio penitenciario en un informe periodístico en el que se atribuyen delitos y se investigan actos de corrupción en ese ámbito, siendo aquél totalmente ajeno al hecho porque la foto correspondía a otro episodio, ocurrido en otra época y en otro lugar (arts. 512, 902, 906, 1066, 1067 y concs. Cód. Civ.; art.31 ley 11.723).

5. El agravio de la actora impugnando el monto de \$15.000 otorgados en concepto de daño moral (comprensivo del psicológico) no puede prosperar (arts.1066, 1067, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; arts.375, 384 y concs. C.P.C.). Ello así porque esa suma abarca, en el caso, no sólo las afectaciones extrapatrimoniales en su esfera íntima, sino también la negativa repercusión en el psiquismo de Dumerauf y en su vida de relación, aspectos que expuso y debatió la pericia psicológica practicada (fs.295/300, y sus impugnaciones de fs.303/305; 309/313; 315/317; arts.384 y 474 C.P.C.). Empero, de esa misma pericia no surge que Dumerauf sufra incapacidad permanente por daño psíquico -que amerite su cómputo en el daño patrimonial- ni se reclamó adecuadamente ni abordó en la sentencia ni impugnó en el agravio el resarcimiento

patrimonial por gastos de atención psicológica (punto sobre el que luego volveré; arts.1066, 1067, 1068, 1078, 1083, 1083 y concs. Cód.Civ.; arts.384, 454 y concs. C.P.C.).

5.1. El daño moral o extrapatrimonial (art.1078 Cód.Civ.) constituye, según la doctrina legal de la Suprema Corte, "toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral" (S.C.B.A. Ac.L55728, 19/9/95, "Toledo", A.y S. 1995-III-635; Ac.53110, 20/9/94, "Colman" D.J.J.147-299, J.A.1995-III-183, A.y S.1994-III-737; esta Sala causas N°45193, 25/2/03 "Santillán", entre otras). Se ha dicho también que es "la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria" (Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil" p.205), que "se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales -vida, integridad física o moral, honor,

libertad" (Orgaz, Alfredo "El daño resarcible" ps.223,242; esta Sala causa cit. 47749 "Esteban"; causa N°52818, 11/08/2011 "Etcheverry Juan a. por Daniela Etcheverry c/Cala Orlando s/Daños y Perjuicios").

Y en esta concreta materia, con específica referencia al supuesto de autos, puede decirse que "si hay un derecho a oponerse a la publicación injustificada de la imagen, con independencia de perjuicios materiales; su violación importa por sí sola un daño moral, que está constituido por el disgusto de verse la personalidad avasallada" (C.N.Civ., sala D, 30-11-93, L.L. 1994-D-147, con nota aprobatoria de Villalba). Y en esta línea de pensamiento puntualizan Rivera y Mayo, que "como el agravio moral es la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño", agregando que se reafirma el criterio que ve respecto del daño moral un daño "in re ipsa" en estos casos (ver comentario a fallo en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 13, Prueba- I, págs. 326 y 327; ver también en la misma revista, ejemplar 2001-3, pág. 459, el comentario de Rivera y Peralta Mariscal; esta Sala causa N°44906 "Cabrera" cit.). En efecto, y en el mismo sentido, se pronunció Picasso, en el fallo ya citado, al afirmar que "en el caso de la lesión de derechos

personalísimos -como lo son el honor y la imagen-, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que es dable presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho" (C.N.Civ. Sala J, 19/2/1999, "S.,D.E. c/Dantas, Teresa G.", LL 2000-A-325; idem., Sala I, 2/11/1997 "H.M.I c/Industrias Electrodomésticas Saba S.A.", LL 1998-C-506; idem., Sala L, 31/3/2009, "S.,M.G. y otro c/D.,H.H." LL 20/10/2009, p.4; J.N.Civ. N°41, cit. 28/04/2010 "R., H. c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.", Rev.Derecho de Familia y de las Personas, pág.266). Y agrega Zavala de González, en su última obra, que la indemnización por daño moral procede por "la exclusiva lesión a la imagen, sin necesidad de que hayan sido agredidos otros intereses personalísimos; cuando el hecho afecta además a éstos, lógicamente el monto resarcitorio debe elevarse porque el daño moral resulta superior" (Zavala de González, Matilde "Tratado de Daños a las Personas. Daños a la dignidad" T.2 pág.10). Y agrega "la instrumentación inconsulta de la imagen puede afectar no sólo el derecho del sujeto a disponer la representación de su figura, sino además su honra o reputación, cuando se le atribuyen características o conductas disvaliosas, aunque no impliquen comisión de delitos" (Zavala de González, Matilde "Tratado de Daños a las Personas. Daños a la dignidad" T.2 pág.10).

En el caso en examen la suma de \$ 15.000 es adecuada para el resarcimiento de la vulneración del derecho de Dumerauf a su propia imagen y por la repercusión negativa en su honra, reputación y honor derivada de la vinculación probable del lector del diario -al menos en una primera y rápida lectura- con su intervención en hechos delictivos (arts.1078 y 1083 Cód.Civ.).

Los testigos radicados en Hinojo declararon que el actor sufrió los efectos de la publicación periodística, aún cuando manifestaron que Dumerauf vive en Mar del Plata y que sus padres no les refirieron personalmente que hubieran sufrido. Sin embargo hacen alusión a su difusión en Hinojo, "un pueblo chico" (testigos Oscar Acosta -fs.236/237-; Eduardo Recofsky -fs.238/239-; Carlos Campagne -fs.240/241-; arts.384 y 456 C.P.C.), lo que no excluye tener presente que otros testigos manifestaron no tener conocimiento de ese hecho (testigo Zulievic -fs.242-) o de su difusión (Héctor Mondello, fs.243 y Gomba, fs.244/245; arts.384 y 456 C.P.C.). También deben ponderarse las manifestaciones de sus compañeros de trabajo en Mar del Plata que sí comprobaron que la noticia "lo afectó" (testigo Marín, fs.369 y vta.) y lo "bajoneó" (Erdosia fs.371 y vta.). En tal sentido revisten importancia las conclusiones del informe pericial de psicodiagnóstico, las que no pueden ser desvirtuadas pese al esfuerzo de la demandada, reveladoras del padecimiento del actor con angustia,

perturbación, tristeza y con efectos de agravantes de conductas depresivas, que incluso afectaron sus relaciones sociales, laborales y familiares, aunque sin configurar incapacidad psicológica (fs.299/300; impugnación fs.303/305 y responde fs.309/312; ver auto fs.318; arts.384 y 474 C.P.C.).

Por ello, y con esa base fáctica, la cuantificación de \$15.000 es reparadora del daño moral y oficia adecuadamente como "precio del consuelo" en cuanto le permitirá al actor afectar ese monto a actividades personales de esparcimiento y gratificaciones o a adquirir bienes o realizar algún viaje que mitigue el padecimiento (arts.1078 y 1083 Cód.Civ.; art.165 C.P.C.).

Ello se corresponde con la más reciente noción de daño moral como equivalente al "precio del consuelo, esto es al resarcimiento que procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón, penurias" (Iribarne Héctor P. "De los daños a la persona" págs.147, 577, 599; Cám.Nac.Civ. Sala F 12/3/2004 "García", voto Dra.Highton de Nolasco. El Dial AA1F9C; Cám.Nac.Civ., Sala F, 3/8/2004, "T., V.O." R.R.C. y S 2004-1238, entre otros; esta Sala causa N°54544, 10/03/11 "A.M.A. c/F.N.R."; causa N°54530, 23/8/2011, "Torres Elsa Haydee c/Bustingorry Alejandro s/Daños Y Perjuicios"). La Corte Nacional en la causa "Baeza" receptó esa posición doctrinal y jurisprudencial y consideró que para la

cuantificación del daño moral puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. "Se trata- sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado...El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" (C.S., 12/4/2011 "Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios"; esta Sala causas Causa N° 51.466 "A., H. y otro c/ Q., C. y otro s/ Daños y perjuicios", Causa N° 51.467 "G. de S., M.c/ A., H. M. y A.,A. M. s/ Daños y perjuicios" y Causa N°54.530 "Torres Elsa Haydee y otro c/ Bustingorry Alejandro Omar y otros s/ Daños y Perjuicios").

5.2. Aclaro que las consideraciones del agravio de la actora sobre la ponderación de los aspectos psicológicos (fs.416/418) están comprendidos en el examen precedente, atendiendo a que no se acreditó la incapacidad psicológico como rubro resarcible en el ámbito de la integridad psicofísica (esta Sala causa cit.N°54.530; arts.1066, 1083, 1086 y concs. Cód.Civ.; arts.384, 474 y concs. C.P.C.).

6. Finalmente el agravio de la demandada de que se condene al actor por pluspetición inexcusable por su conducta temeraria de reclamar el resarcimiento de \$ 150.000 cuando prosperó sólo el 10%, no es admisible. Pese a ello es

cierto que el monto reclamado resulta excesivo, a la luz de las alegaciones y de los fundamentos vertidos en la demanda.

Los tres presupuestos que el art.72 C.P.C. exige que para la procedencia del instituto son: 1) inexcusabilidad de la pluspetición, esto es mala fe o negligencia grave que descarte el posible error; 2) que el demandado haya reconocido el monto hasta el límite de la sentencia; 3) que el monto reclamado no deba ser materia de prueba ni dependa del arbitrio judicial (Barbieri en Highton Elena-Areán Beatriz "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.2 pág.96; en el mismo sentido Arazi Roland-Rojas Jorge "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.I p.293; Hitters Juan Manuel-Cairo Silvina "Honorarios de Abogados y Procuradores"; art.72 C.P.C.; art.52). Por ello, y enfocada la pretensión de la parte recurrente en el instituto señalado, en autos no concurrieron -categóricamente- el segundo y el tercer presupuesto, por lo que no basta para configurar la pluspetición inexcusable la sola diferencia entre la cuantía reclamada y la otorgada (conf. fallos citados en Highton-Areán "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.2 pág.97 N° 4, 5, 6). Por ende, y no resultando tampoco acreditada la posibilidad de error a la que en lo que se refiere al primer presupuesto -el exceso del reclamo-, la desestimación del agravio no conlleva omitir mencionar la disfuncionalidad que exhibe un reclamo que, aunque de difícil cuantificación y

sujeto a prueba o a la ponderación judicial, se presenta "prima facie" como objetivamente desproporcionado con las sumas otorgadas en casos análogos. Por ejemplo en un precedente una Cámara de Tucumán indemnizó con \$ 10.000 el daño moral de "quien vio una fotografía suya publicada en un periódico reiteradas veces, pues ello afecta el derecho a la imagen y representa por sí sola un daño moral, por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad" (Cám.Civ. y Com. de Tucumán Sala III, 29/07/2004 "Ildigart Wetsitein c/La Gaceta S.A." con nota a fallo de Rodrigo Padilla, "Derecho de información versus derecho a la imagen. Una solución saludable frente a los intereses en conflicto", LLNOA 2005 (junio), 745; DJ 2005-2, 848). Tan es así, que en un renombrado caso, en el que se afectó gravemente el honor de una distinguida magistrada y jurista con la información falsa propalada por un canal de televisión, se otorgó una indemnización por daño moral de \$ 100.000 (C.N.civ. Sala D, 22/10/2009 "K.,de C., A.R. c/Lanata Jorge y otros" con nota de José Luis Correa "Condena periodística por lesión a la honra de una magistrado. Doctrina de la real malicia. Daño moral", Rev.R. C. y S. pág.82), aunque esta suma fue criticada por la doctrina por insuficiente. Los contrastantes ejemplos expuestos, denotan el exceso de la petición, lo que -empero- no configura, en la forma que se debatió y decidió, la conducta temeraria que

habilite la condena por pluspetición inexcusable (arts.34 inc.6, 45 y 72 C.P.C.; art.52 ley 8904).

Finalmente, y en atención al resultado del pleito y al progreso de la demanda, debe confirmarse la condena en costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa -que resistió su procedencia, el daño y su cuantía- y las de la Alzada a ambas partes perdidosas, por no haber prosperado ninguno de los dos recursos interpuestos (arts. 68 y 272 C.P.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** por los mismos fundamentos adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr.Juez Dr. **GALDÓS**, dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde confirmar la sentencia recurrida; confirmando las costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa e imponer las de la Alzada a ambas partes vencidas, por no haber progresado ninguno de los dos recursos interpuestos (arts. 68 y 272 C.P.C.). Difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** por los mismos fundamentos adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 4 de Octubre de 2011. -

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida; **IMPÓNENSE** las costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa y las de la Alzada a ambas partes vencidas, por no haber progresado ninguno de los dos recursos interpuestos. **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad. **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y devuélvase. Fdo.: Dr. Víctor Mario Peralta Reyes - Presidente - Cámara Civil y Comercial - Sala II - Dr. Jorge Mario Galdós - Juez - Cámara Civil y Comercial - Sala II.

Ante mí: Dr.Claudio Marcelo Camino - Secretario - Cámara Civil
y Comercial - Sala II.-----

Juzg.Civ.y Com. N°1 - Olavarría.

Reg.....90.....Sent

En la ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Octubre del año Dos Mil Once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes, para dictar sentencia en los autos caratulados "DUMERAUF, HUGO C/DIARIO EL POPULAR S/DAÑOS Y PERJUICIOS." (CAUSA N°55.146), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr.GALDÓS -Dr.PERALTA REYES.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

- 1ª.- ¿Es justa la sentencia de fs.394/401 vta.?
2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor **GALDÓS**, dijo:

I. El Sr. Hugo Alberto Dumerauf promovió demanda resarcitoria de daño moral contra la empresa El Popular

S.A.I.C, propietaria del diario El Popular de la ciudad de Olavarría a raíz de la afectación de su honor, intimidad y, en suma, de sus derechos personalísimos, por la difusión -en la edición del 23 de Julio del 2000- de una fotografía suya, como empleado del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, tomada y publicada sin su consentimiento, ilustrando una nota en la que se denuncian graves irregularidades investigadas por la justicia contra jefes penitenciarios. Explica, en resumen, que era muy evidente y perceptible que la fotografía era de él, cuyo rostro era perfectamente reconocible, y que estaba impresa a la derecha de un informe periodístico sobre una investigación judicial en curso respecto de autoridades del Penal de Sierra Chica, mientras que él presta servicios en la Unidad Penal XV de Batán. Acota que no tiene nada que ver con los hechos que se denuncian en ese informe ni con el penal ubicado en el Partido de Olavarría, en el que prestó servicios hasta el año 1981, y que es oriundo de Hinojo, localidad en la que tiene amigos y familiares. Reclama en concepto de resarcimiento de daño moral comprensivo del daño psicológico la suma de \$ 155.000 o la que surja de la prueba. La demandada resistió esa pretensión aduciendo, en síntesis, que la fotografía correspondía a sus archivos y había sido distribuída por la agencia DyN, obtenida en la cárcel de Batán con consentimiento de la autoridades, y que esa foto acompañaba la nota, de indudable interés público,

a fines meramente ilustrativos y con carácter abstracto, sin que tenga relación con los hechos denunciados que se refieren a jefes penitenciarios, carácter que no reviste el actor. Incluso se utilizó una placa fotográfica de otro lugar ajeno a Sierra Chica para no involucrar a personal de esa zona y que el contexto de la foto en la que aparece Dumerauf (cerrando la puerta de una celda) no tenía relación con los hechos de corrupción informados ni se hacía referencia o vinculaba con ellos al actor. Sostiene también que es aplicable la doctrina de la real malicia y que no media responsabilidad suya.

La sentencia de Primera Instancia, apelada por ambas partes, acogió la demanda y condenó a la accionada a pagar \$ 15.000, suma en la que cuantificó el daño reclamado. Para así decidir ponderó, en lo sustancial, que en la edición del diario se publicó la foto del actor, en la tapa, acompañando una nota inserta en ese lugar del diario, y continuada en las páginas 16 y 17, titulada "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia". Se advertía claramente, en color, el rostro del actor. De ese modo se afectó el derecho a la imagen de Dumerauf, cuyos contornos jurídicos especifica, encontrando a la demandada incurso en la violación de lo prescripto por el art. 31 de la ley 11.723 que prohíbe sin consentimiento expreso del interesado la publicación, difusión o exhibición de un retrato fotográfico. Explica luego que no es de

aplicación al caso la doctrina de la real malicia la que para responsabilizar a los medios de comunicación requiere que la propalación de noticias inexactas o agraviantes, cuando se trata de funcionarios públicos, sea a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación, lo que debe acreditar el actor, mientras que a los particulares le basta al actor con la prueba de la culpa del medio periodístico para configurar su responsabilidad civil por informaciones inexactas o falsas. Sostiene que Dumerauf no es funcionario público, sino empleado del servicio provincial, que cumple una función pública en materia de seguridad con un orden jerárquico predeterminado. Ello así, conforme la doctrina administrativa que menciona, por lo que concluye que en el caso no rige la citada tesis de la real malicia. Prosigue analizando que la publicación de la foto infringió el mencionado art.31 de la ley 11.723 toda vez que el actor no prestó consentimiento para su uso y que esa carga de la prueba incumbe a la demandada por tratarse de una defensa. Explica que la respuesta de la agencia informativa DyN da cuenta que la foto se emitió entre todos sus abonados el 30 de Julio de 1999, en ocasión de un motín en la cárcel de Batán y que su difusión obedeció a que se trataba de un funcionario público relacionado con un grave acontecimiento de relevante interés público, que se permitió al fotógrafo acceder al penal, y que la hipótesis está contemplada en el párrafo final del art.31 de la ley 11.723. De allí, y

aludiéndose a las excepciones legales al requerimiento del consentimiento expreso, descarta que se trate de un supuesto de interés general. Si bien no cabe dudas del interés comunitario en la difusión por El Popular de la noticia, la inserción de la foto era innecesaria porque afecta el derecho personalísimo a la imagen de Dumerauf, toda vez que bien pudo cumplir su objetivo informativo denunciando irregularidades y anomalías sin la publicación de esa foto del actor. Tampoco concurre el otro supuesto de excepción que prevé el citado art.31 de la ley 11.723 cuando se refiere a acontecimientos desarrollados en público, porque ello apunta a los grupos de seres humanos conectados por el lazo común de un hecho social. Con esa base fáctica y jurídica, admitió la responsabilidad civil de la accionada y condenó a pagarle al actor la suma de \$ 15.000 teniendo en cuenta que el daño moral es una consecuencia directa e inmediata que se deriva "in re ipsa" de la violación a los derechos personalísimos de Dumerauf. Fijó la tasa de interés aplicable desde la publicación de la foto (el 23/7/2000) y hasta su pago efectivo, e impuso las costas a la accionada vencida, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Contra ese pronunciamiento apelaron ambas partes; la actora a fs.402 y la demandada a fs.404, expresando agravios, respectivamente, a fs.416/418 y 419/425vta., los que sólo fueron respondidos por la demandada a fs. 427/429.

El actor impugna el monto de \$ 15.000 otorgado en concepto de indemnización por daño moral porque es exiguo, y omite considerar la afectación a su honor e intimidad y que la foto se divulgó en primera plana y en las páginas 16 y 17, sin su consentimiento, llegando a enorme cantidad de personas. Tampoco reparó que la suma reclamada de \$ 155.000 comprendían el daño psicológico, el que se acreditó con la pericia de fs.300 en la que la perito psicóloga interviniente explicó los trastornos sociales, laborales y familiares padecidos, agravándose sus rasgos depresivos, afectando su vida de relación, principalmente porque en Hinojo viven sus padres que no tienen edad para soportar esa situación.

Por su lado los agravios de la demandada se centran en la atribución de responsabilidad, en el daño aceptado y en su cuantía, y en la imposición de las costas. Sostiene que la sentencia no examinó los componentes de la responsabilidad civil extracontractual aplicando matemáticamente el art.31 de la ley 11.723 sin considerar las excepciones previstas en esa norma. Además afirma que la actora incurrió en pluspetición y que la cuantía indemnizatoria es elevada. Recuerda que en la tapa del diario del 23 de Julio de 2000 aparece la fotografía del actor ilustrando una nota titulada "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia", siendo que hace 23 años pertenecía al Servicio Penitenciario,

ahora como Sub-oficial, por lo que conociendo la estructura jerárquica sabe que no es ni jefe ni oficial por lo que nunca pudo configurarse injuria en su contra. Y respecto de la repercusión de la noticia con relación a terceros explica que los testigos Gomba, Mondello y Suljevic manifestaron que hace como 27 años que Dumerauf no visita Hinojo y que sus padres no le manifestaron preocupación por el hecho. Además se configuran las excepciones previstas en el art.31 de la ley 11.723 que le quitan antijuricidad al hecho ya que la información brindada es un acontecimiento de interés público sobre graves denuncias contra jefes del Servicio Penitenciario y la foto fue tomada en un lugar del dominio público provincial, en un penal y a raíz de un motín, reproducida masivamente por las agencias de noticias como DyN y otras. Considera aplicable al caso la doctrina de la real malicia porque Dumerauf es un funcionario público, el tema es de interés público y la demandada no tomó conocimiento de que el actor pudiera verse perjudicado. Cita antecedentes jurisprudenciales sobre esa doctrina y explica que conforme el decreto ley 9578/80 que regula el Régimen del Personal del Servicio Penitenciario, el actor es funcionario público porque no se distingue entre empleado y funcionario público, como surge también del art.77 del Código Penal. El concepto involucra a quienes ejercen funciones públicas, permanente o transitoriamente. Luego controvierte el monto de condena por

alto y cita el antecedente de una noticia publicada en el diario y a raíz de la cual se condenó a un abogado local por calumniar a un juez a pagar \$10.000 y sostiene que el actor incurrió en pluspetición porque admitió una condena que sólo hizo lugar al 10% del monto reclamado, y no mediaron razones atendibles ni suficientes que justifiquen semejante desproporción. Finalmente se disconforma con la imposición de las costas y pide se recepten sus agravios.

Llamados autos para sentencia y firme ese proveído el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (fs.431).

II. Los agravios de la demandada en torno a la inexistencia de su responsabilidad civil extracontractual y a que el monto de condena es excesivo no es atendible. Tampoco lo es la disconformidad de la actora que ataca el monto de condena esgrimiendo omisión de cómputo del daño psicológico.

1. No está, en modo alguno, en tela de juicio, ni la enfática tutela constitucional e infraconstitucional de la denominada libertad de prensa ni su tensión permanente con los derechos personalísimos, lo que -al decir de la Suprema Corte bonaerense- supone que "el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts.14 y 33 de la Constitución

Nacional)" (S.C.B.A. Ac.54798, 21/12/2005, "Burlando, Fernando c/Diario El Sol", voto Dr.Roncoroni, doctrina luego reiterada también por unanimidad en Ac.100157, 18/2/2009, "Espínola, Ricardo c/Editorial La Capital S.A.>"). Es que, como lo expresara el Juez Roncoroni en la causa citada en primer lugar, "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (S.C.B.A. Ac.54798, 21/12/2005, "Burlando" cit.).

Lo que aquí se discute es la licitud -o no- de la difusión en un medio masivo de comunicación, el diario El Popular de la ciudad de Olavarría, de una foto del actor, Hugo Alberto Dumerauf obtenida por una agencia de noticias (DyN) en ocasión de un motín ocurrido "en la cárcel de Batán el 30 de Julio de 1999, con motivo de los graves disturbios y motín que se produjo en ella, los cuales tuvieron amplia repercusión pública" (sic, informe fs.165 de la Agencia Diarios y Noticias e informes de fs. 168 y fs.170 del fotógrafo Jorge Mangione que las obtuvo, como corresponsal de esa agencia en Mar del Plata, al momento de esos hechos; arts.384 y 394 C.P.C.). Por ello es determinante el previo encuadre fáctico sobre el que, en lo sustancial, no media discrepancia.

En efecto, en la edición del Domingo 23 de Julio de 2000 en la portada del mencionado diario se publicó una

foto en la que el actor, en su condición de sub-oficial del Servicio Penitenciario Provincial, aparece cerrando una celda, obviamente de una cárcel, sin identificarse el lugar. La foto es de color y ocupa un lugar muy destacado de esa primera hoja del periódico. Acompaña un título remarcado con letra negrita que dice: "Graves denuncias contra jefes penitenciarios encuentran demasiada lentitud en la Justicia" (fs. 33/35). Además, en un subtítulo, que lo precede, en letra más chica pero subrayada se manifestó: "También está investigado el titular de la Unidad 2 de Sierra Chica". Al margen derecho de la foto, en letra de menor tamaño pero más grande que la del resto del texto de la nota, en una especie de síntesis de la información, en 23 renglones se afirma, en parcial transcripción, que: "Siguen las denuncias sobre 'corrupción' en los servicios penitenciarios Bonaerense y Federal. Pero en la mayoría de los casos se advierte cierta indecisión política y lentitud judicial para avanzar en las causas. Un informe de este diario refleja los casos más escandalosos ocurridos en cárceles bonaerenses y nacionales. Se mencionan la investigación que se lleva adelante sobre el jefe de la Unidad Penal Nº2 de Sierra Chica y hechos singulares ocurridos dentro de la cárcel..."

El informe periodístico que acompaña a esa foto - que es lo que aquí más importa- es de indudable connotación social y de notorio interés público y alude a la investigación

de ese medio de comunicación masivo, que se continúa en las páginas 16 y 17 del diario, que informa que se están investigando graves denuncias contra autoridades (jefes) de los servicios penitenciarios bonaerense y federal, que autorizarían, en lenguaje vulgar, a presos a salir a robar frente a lo que habría indecisión judicial en avanzar en esas investigaciones, revelando otros aspectos, tales como represalias que se habrían tomado contra internos que denunciaron esos hechos. En las páginas 16 y 17 de esa edición se destacan con un sobrefondo más oscuro dos potenciales irregularidades ("Certificados" y "Desarmaderos") y se acompañan de otras dos fotos: en una se visualiza una cárcel y por el texto breve al pie se desprende que corresponde a la Unidad Penal 2 de Sierra Chica (respecto de la cual, se informa, que al menos se habrían promovido tres causas y que un preso se causó a si mismo 26 heridas cortantes). En otra foto se ven algunos reclusos que asoman por entre las rejas pudiendo distinguir sólo el rostro de uno de ellos, al que no se identifica (fs.33/35, arts.354 C.P.C.). Toda esa información, insisto, de indudable interés público, se completa según lo expresó la demandada con agregación de las copias pertinentes de los distintos ejemplares, con otras notas de similar tenor difundidas con antelación y con posterioridad a la publicación de la foto de Dumerauf (confr. fs. 71/81).

También está acreditado, e incluso destacado en la expresión de agravios de la demandada, que el actor ingresó al servicio penitenciario en 1977, o sea 23 años antes del hecho, y que prestó servicios en la Unidad 2 de Sierra Chica desde el 12/5/1978 hasta el 11/01/81 y desde entonces en la Unidad 15 de Mar del Plata, que es Sub-oficial Mayor, con concepto sobresaliente, un promedio de 9.95 y no tiene sumarios (fs.161; arts.394 y 384 C.P.C.). Por lo demás con la partida de nacimiento de fs. 196/197 se prueba que Dumerauf nació en la localidad de Hinojo la que está próxima a la de Sierra Chica y ambas pertenecen al Partido de Olavarría, resultando estos hechos notorios que eximen de prueba (art. 384 CPC).

La foto en mención fue obtenida por un corresponsal de la Agencia de Noticias DyN -Jorge Mangione- en ocasión de ocurrir un motín el 30 de Julio de 1999 en la cárcel de Batán y distribuída a sus asociados, entre ellos El Popular, obteniéndose también en esa oportunidad otra pieza fotográfica, destacándose del informe de aquella empresa, corroborado por lo manifestado por el fotógrafo (fs 168 y 170), para lo que aquí interesa, que :

- "La obtención de las fotografías revela que no medió desautorización alguna del personal jerárquico de la cárcel de Batán y que se le permitió al fotógrafo acceder a los lugares desde los cuales registró las imágenes".

- "La persona cuya imagen refleja la fotografía jamás le requirió a DYN que no difundiera la misma ni formuló alguna advertencia. DYN no recibió reclamo alguno, judicial o extrajudicial, por la difusión de esa fotografía".

- "La decisión de DYN de difundir la foto, en su momento, de una funcionario público obedeció a que ella estaba relacionada con un grave acontecimiento de relevante interés público, que se desarrolló en público y que encuadraba en la hipótesis prevista en el párrafo final del art.31 de la ley N° 11.723." (sic, fs.166; sobre éste último punto volveré luego)

2. Los hechos descriptos suponen encuadrar jurídicamente la litis en la conducta lesiva contra el actor por la afectación extrapatrimonial del derecho a su imagen, de consumo con la repercusión refleja sobre otros derechos personalísimos (honor, identidad, dignidad) porque, como lo afirman Márquez y Calderón, "se concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que faculta a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundiéndola o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente" (Calderón, Maximiliano Rafael - Márquez, José Fernando "El derecho a la imagen y su valor económico" R.C.y S. 2003-261). Si bien su tutela constitucional fluye de los derechos implícitos del art.33, en

su correlación con los arts.14 y 17 de la Constitución Nacional, la norma legal que lo regula es el art.31 de la ley 11.723 que resguarda la utilización comercial de los retratos fotográficos, aplicable analógica y extensivamente a las otras esferas, reservando la previsión del art.1071 bis del Código Civil como protectoria de la difusión de la intimidad (Calderón, Maximiliano Rafael - Márquez, José Fernando, ob.cit. R.C.y S. 2003-261). En parecido sentido, desde la doctrina y la magistratura, puntualiza Picasso que "el derecho a la imagen tiene un ámbito propio y específico, que se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio (fotografía, filmación, dibujo, grabado, etc.), ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitir su reproducción o comercialización (Picasso, Sebastián, "Nuevas fronteras del derecho a la imagen", J.A.2005-II-1251, sentencia del Juzgado Nacional Civil Nº41, 28/4/2010 "R., H. c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A. y otro" con nota a fallo de Federico Illalba Díaz "Cuando la caracterización de una persona y los objetos que le pertenecen integran el derecho a la imagen" en "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", pág.266). Con palabras de Rivera "toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona, o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizada por la ley"

(Rivera, Julio César "Instituciones de Derecho Civil", T.II. pág.130). Lo expuesto pone de relieve que resultan ajenos al caso, el examen de la responsabilidad de los medios de comunicación causados por la difusión de noticias inexactas o falsas que afectan a ciudadanos o a funcionarios públicos o de las noticias o informaciones verdaderas que afectan la intimidad o el honor (tema resuelto por ésta Sala con primer voto del Dr. Peralta Reyes en la causa n°49701, 26/10/2006 "Ottaviano Claudia c/Diario El Popular de Olavarría SAIC s/Ds. y Pjs."), toda vez que el sustrato litigioso, en su subsunción normativa, conduce al análisis de la conducta lesiva por afectación al derecho autónomo a la propia imagen. En anterior precedente este Tribunal, también con primer voto del Dr. Peralta Reyes argumentó que "Rivera, citando a Cifuentes, señala que "la doctrina y jurisprudencia actuales consideran que la mera captación, reproducción o publicidad de la imagen -fuera de los casos en que deban considerarse lícitas- constituyen un atentado al derecho a la imagen, sin que sea necesario demostrar que como consecuencia de dicho atentado se ha afectado la privacidad del sujeto, o su honor, o reputación". Y agrega que "con arreglo a este criterio bien se advierte que el derecho a la imagen tiene un ámbito tutelar propio y autónomo, independiente de la protección de la intimidad o del honor, y que, por tanto, el remedio legal debe ser aplicado donde aparezca una indebida exposición o difusión

publicitaria de la imagen, o una simple reproducción del retrato, aun cuando no resulta lesión a la privacidad o a la reputación de la persona" (Instituciones de Derecho Civil, Parte General, tomo II, págs. 104 y 105; el Proyecto de Código Civil de 1998 regula en forma autónoma el derecho a la imagen, en su artículo 107)" (esta Sala Causa Nº44906, "C.,E.O. y otros c/E.,P.S. s/ Daños y Perjuicios").

Y aquí, como en ese antecedente, "con máxima claridad expone Cifuentes que puede violarse la intimidad publicando retratos, pero que la publicación de retratos no siempre implica la violación de la intimidad (Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual, nota a fallo en L.L. 1998-B, pág. 705). Esto es, precisamente, lo que aconteció en el caso de autos (como en el antecedente citado), pues la difusión de la fotografía del actor, al haberse carecido de su pertinente autorización, constituyó una violación de su derecho a la imagen". La publicación de la foto de Dumerauf, sin su consentimiento y sin que concurren circunstancias que habiliten su difusión, configuró "per se" un acto antijurídico lesivo de la imagen, y que al ser insertado en un informe o nota periodística de investigación en la que se denunciaban la posible comisión de delitos en el ámbito de desempeño de su función, como miembro del servicio penitenciario, importó por añadidura también la conculcación de los derechos personalísimos al honor, reputación y

dignidad mortificando sus sentimientos (art.31 ley 11.723 y arts. 1071 bis Cód. Civ.). Se configura entonces un supuesto de "doble infracción": el derecho a la imagen y al honor (Rivera, ob.ci. T.II pág.129).

En tal sentido es claro que Dumerauf no autorizó la publicación de su retrato, resultando insuficiente el argumento de que con la declaración de la Agencia DyN y del fotógrafo Jorge Alberto Mangione resulta que fue autorizado a obtener las tomas fotográficas por los superiores jerárquicos del actor, que la foto fue difundida a otros medios sin objeciones y que no medió reclamo (informes fs.165/166 y 168 y 170). Y aunque la cuestión, correctamente decidida en el fallo de origen, no fue objeto de réplica en el escrito de agravios de fs.419/424), no es sobreabundante destacar que el superior jerárquico no está habilitado para disponer de un derecho personalísimo propio, el que sólo es disponible por su titular, sino que además la foto se obtuvo para ilustrar y difundir un hecho ajeno a la investigación penal denunciada por El Popular en la edición del 23 de Julio de 2000 en la que involucraba a la Unidad con sede en Sierra Chica. La foto correspondía a la intervención de Dumerauf, inherente a su función de sub-oficial penitenciario, en ocasión de ocurrir un motín, en 30 de Julio de 1999 en (otro lugar) la cárcel de Batán (fs.165 cit.; art.394).

No cabe hesitación que no medió consentimiento, no concurre ninguna excepción legal al requerimiento de ese previo consentimiento del involucrado para disponer de su imagen ni que la foto se la ubicó en un contexto desnaturalizante de su origen (recuerdo que se trataba de una placa de archivo) que no sólo era innecesaria para ilustrar la nota (en la página 16 del diario de ese día se agregó una foto del penal de Sierra Chica) sino que -lo que es más grave aún- se la presentó de manera tal que podía, para cualquier lector, permitir la asociación de los hechos (la denuncia de corrupción) con la persona del actor, cuya imagen acompañaba el texto. Ello torna inconsistente los argumentos defensivos de la representación legal de El Popular de que Dumerauf es Sub-oficial y la nota hace referencia a jefes y oficiales, de que no medió mayor divulgación de la noticia en Hinojo, donde nació el actor y viven sus padres, y que su lugar de residencia es Mar del Plata, porque la ilicitud surge por si misma de la publicación de una imagen fotográfica sin autorización, agravándose en este caso por la indirecta conexidad que puede atribuirse a los graves hechos denunciados periodísticamente con la autoría de quién es exhibido públicamente para acompañar ilustrativamente esos hechos (arts.1066, 1067, 1071bis, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; art.31 ley 11.723).

3. "El consentimiento que debe prestar el interesado para la utilización de la imagen, en el decir de Zavala de González, constituye una condición general para que sea legítima dicha utilización. O dicho de otro modo, es esencial comprender que, como regla, sólo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de la imagen". "El art. 31 de la Ley 11.723, en su primer párrafo, señala que "el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma ... Tal como lo expone Zavala de González, "también la expresión 'poner en el comercio' debe ser entendida en el sentido amplio: exhibición, difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido" (Resarcimiento de daños, tomo 2-d, pág. 175). En ese mismo sentido, cita Cifuentes un pronunciamiento judicial donde se resolvió que la expresión "poner en el comercio" debe entenderse en sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (C.N.Civ., sala D, 30-11-93, L.L. 1994-D-148, citado por Cifuentes, Derechos personalísimos, 2da. edición, pág. 523; esta Sala causa cit. Nº44906).

Y aún cuando las alegaciones de la demandada sobre la omisión de la sentenciante de considerar exceptuado el consentimiento por tratarse de hechos de interés público y de provenir las fotos de un lugar público (fs.421 y vta.) se desentienden y no rebaten con idoneidad técnica los

fundamentos en contrario desarrollados en el fallo (fs.397 vta./399) reitero, otra vez, que "aún concurriendo un interés comunitario prevaleciente para difundir un suceso en que interviene una persona, el hecho es antijurídico si la reproducción de la imagen era innecesaria para el fin general de que se trate" (causa cit. N°44906). En este tipo de situaciones, la prensa tiene que cumplir con su deber de informar (de ello no cabe duda alguna), pero en esta faena no debe perder de vista que se encuentra con un límite infranqueable, cual es el respeto por los derechos personalísimos ... debiendo procurar obviar aquellas reproducciones que no sean estrictamente necesarias para una correcta difusión de la noticia. Si se analiza retrospectivamente el presente caso, se concluye en que el diario demandado pudo haber cumplido perfectamente con su labor informativa, sin necesidad de publicar la fotografía..." (esta Sala causa cit. N°44906; art.31 ley 11.723 primer supuesto). Con relación al segundo supuesto "según la cual es libre la publicación del retrato cuando se trata de acontecimientos desarrollados en público, es decir, a la vista indiscriminada de los demás o de muchas personas, observa Zavala de González que, en ésta hipótesis, "el carácter personalísimo de la imagen se diluye, precisamente porque entonces la representación no alude al sujeto, sino a grupos de seres humanos, conectados por el lazo común de un hecho

social" ... En tal caso, "el acento de la representación debe ser anónimo, despersonalizado, colocado en el acontecimiento y no en quienes asisten a él, que son captados como mero conjunto y de manera individualmente desvaída. En otros términos, la presencia de la persona debe aparecer como casual e indiferente o secundaria para el hecho que se busca registrar" (causa cit. N°44906). Se puntualiza que "para que proceda la eximente de responsabilidad prevista en el art.31 in fine de la ley 11.723 relativa a la difusión no consentida de la imagen de una persona, se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión o bien que ante hechos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, exista una relación directa entre la imagen de la persona y el acontecimiento de interés público" (Cám.Nac.Civ. Sala D, 28/03/2008). Por lo demás, y a mayor abundamiento el motín de 1999 no es un hecho "que se hubiera desarrollado en público" (Cifuentes, Santos "Derechos Personalísimos" pág.533).

En caso análogo el aquí en examen se resolvió que "la conducta del órgano periodístico al publicar la fotografía del actor -que es fiscal- junto a una nota -relativa a una causa penal y en la que se dijo que se había anticipado la sentencia que se dictaría respecto de imputados en el proceso-, importa un uso abusivo de su imagen porque no puede entenderse comprendida en la libre publicación de retratos, ya

que no se relaciona con fines científicos, didácticos y culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubiesen desarrollado en público (art.31 ley 11.723), amén de que el carácter de figura pública no es causa legitimante para la difusión de imágenes agraviantes al honor" (Trib.Sup.de Just. De la Pcia. de Neuquén, 07/08/2006, "D.R.B., M. c/Editorial Río Negro S.A.", L.L. Patagonia 2006-566).

En un interesante trabajo de compendio de jurisprudencia (Diegues, Jorge Alberto "Derecho a la imagen", La Ley 22/06/2009, 10) se mencionan varios antecedentes judiciales que se pronunciaron en el sentido que propicio. En un supuesto se juzgó que "la fotografía de dos menores que se encontraban en la vía pública, en el ámbito de una nota periodística referida a los problemas sociales relacionados con los adolescentes, afecta el derecho que se intenta proteger por medio del art.31 de la ley 11.723 y genera, por sí sola, un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad" (Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.y S 2004, 1012; en parecido sentido Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.y S. 2004. 102). Para que proceda la eximente de responsabilidad prevista en el art.31 in fine de la ley 11.723 relativa a la difusión no consentida de la imagen de una persona, -se

resolvió en otro antecedente- se exige que el propósito científico, didáctico o cultural sea la finalidad principal de la difusión o bien se trate de hechos de interés público" (Cám.Nac.Civ. Sala D, 28/03/2008 "R.,P.A. c/Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (ARTEAR S.A.) y ots.", (La Ley 04/08/2008, 11; Cám.Nac.Civ. Sala E, 25/03/2004 "S.,D.A. y ots. c/Editorial Atlántida S.A.", R.C.Ys. 2004. 102.

Mas aún el consentimiento expresado para un hecho concreto no autoriza su utilización para otros fines, tal como se decidió sosteniéndose que incluso el hecho de que la actora hubiere accedido con anterioridad a ser fotografiada para una revista no implica que tales imágenes pueden ser difundidas en otro medio y en otro contexto sin contar con la previa autorización de la actora, por cuanto ello implicaría la desviación del consentimiento originalmente otorgado" (Cám.Nac.Civ. Sala G, 21/12/2007 "Pereira Da Silva, Joselice c/Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otro", La Ley Online; cit. por Diegues en ob.cit. y en sentido contrario al fallo de grado).

4. Se advierte que antes consideré que el actor es funcionario público, como lo expone la demandada al expresar agravios (arts.1, 2 y conchs. decreto ley 9578/80). Señala con precisión Cifuentes que "cuando el consentimiento fue dado para un tipo de exposición, todo cambio viola el derecho" (Cifuentes, Santos ob.cit. pág.527). Ello igualmente

no modifica el resultado de atribuir responsabilidad a la demandada quien invoca como eximente la doctrina de la real malicia. En efecto, la Corte Federal decidió que "el principio de real malicia, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas, lo cual implica que la materia de discusión o prueba es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo -o debió tener- de esa falsedad o posible falsedad" (C.S., 24/06/2008, "Patitó, José Angel c/Diario La Nación, R.C.y S. 2008, 553, L.L.2008-F-304). Resulta nítida la inaplicabilidad de esa doctrina al caso en el que lo que se juzga es la antijuricidad del hecho denunciado de la publicación indebida de una foto que afecta la imagen propia, y simultáneamente (o por añadidura) el honor y la dignidad al vincularla con hechos de corrupción. La doctrina de la real malicia rige para los supuestos "de conocimiento de la falsedad de hechos imputados" "manifestaciones erróneas o falsas" "difusión maliciosa de información falsa" "expresiones que puedan ser calificadas como opinión" (C.S. causa cit.) carácter que no reviste- reitero- la circunstancia de propagar sin autorización la imagen de otro (art. 31 ley 11.723).

Igualmente cabe añadir que para la hipótesis de admitir, incluso, la aplicación de esa doctrina, es igualmente

responsable el medio periodístico cuando el actor probó que "el demandado conocía la invocada falsedad de los hechos allí afirmados o que hubiera obrado con notoria despreocupación sobre su verdad o falsedad" (C.S., 24/06/2008, "Patitó, José Angel c/Diario La Nación, L.L.2008-F-304) o cuando "el juicio de reproche es de suficiente entidad" (C.S. doctrina de C.S. 9/11/2010 "Dahlgren, Jorge c/Editorial Chaco", Fallos 333, p. 2079). En palabras de la Casación local: "la doctrina de la 'real malicia' no exime al medio periodístico de producir los elementos de juicio necesarios para acreditar la improcedencia de la demanda. Así, sin llegar al extremo de la prueba de la veracidad de lo divulgado, de su fin lícito o de la falta de conciencia acerca de la falsedad de la noticia, le incumbe la demostración de que actuó responsablemente y con diligencia en la obtención de la misma" (S.C.B.A. Ac. 73058, 13/3/2002 "Vallejo, Guillermo c/Editorial "La Capital S.A." s/Ds. y Pjs."; C.100157, 18/2/2009 "Espínola, Ricardo Gabriel c/Editorial La Capital S.A. s/Ds. y Pjs." . En este último precedente agregó en su voto el Dr. Pettigiani que "el autor no resulta responsable civilmente del perjuicio causado cuando el error es excusable, es decir, si emplea los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. Si lo es, en cambio cuando falte al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la

información" (S.C.B.A. Ac.73058, 13/3/2002 y 100157, 18/2/2009 cit.).

Y en autos quedó evidenciada la ausencia de diligencia y cuidado de la demandada que insertó sin consentimiento la foto de archivo de un miembro del servicio penitenciario en un informe periodístico en el que se atribuyen delitos y se investigan actos de corrupción en ese ámbito, siendo aquél totalmente ajeno al hecho porque la foto correspondía a otro episodio, ocurrido en otra época y en otro lugar (arts. 512, 902, 906, 1066, 1067 y concs. Cód. Civ.; art.31 ley 11.723).

5. El agravio de la actora impugnando el monto de \$15.000 otorgados en concepto de daño moral (comprensivo del psicológico) no puede prosperar (arts.1066, 1067, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ.; arts.375, 384 y concs. C.P.C.). Ello así porque esa suma abarca, en el caso, no sólo las afectaciones extrapatrimoniales en su esfera íntima, sino también la negativa repercusión en el psiquismo de Dumerauf y en su vida de relación, aspectos que expuso y debatió la pericia psicológica practicada (fs.295/300, y sus impugnaciones de fs.303/305; 309/313; 315/317; arts.384 y 474 C.P.C.). Empero, de esa misma pericia no surge que Dumerauf sufra incapacidad permanente por daño psíquico -que amerite su cómputo en el daño patrimonial- ni se reclamó adecuadamente ni abordó en la sentencia ni impugnó en el agravio el resarcimiento

patrimonial por gastos de atención psicológica (punto sobre el que luego volveré; arts.1066, 1067, 1068, 1078, 1083, 1083 y concs. Cód.Civ.; arts.384, 454 y concs. C.P.C.).

5.1. El daño moral o extrapatrimonial (art.1078 Cód.Civ.) constituye, según la doctrina legal de la Suprema Corte, "toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral" (S.C.B.A. Ac.L55728, 19/9/95, "Toledo", A.y S. 1995-III-635; Ac.53110, 20/9/94, "Colman" D.J.J.147-299, J.A.1995-III-183, A.y S.1994-III-737; esta Sala causas N°45193, 25/2/03 "Santillán", entre otras). Se ha dicho también que es "la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria" (Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil" p.205), que "se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales -vida, integridad física o moral, honor,

libertad" (Orgaz, Alfredo "El daño resarcible" ps.223,242; esta Sala causa cit. 47749 "Esteban"; causa N°52818, 11/08/2011 "Etcheverry Juan a. por Daniela Etcheverry c/Cala Orlando s/Daños y Perjuicios").

Y en esta concreta materia, con específica referencia al supuesto de autos, puede decirse que "si hay un derecho a oponerse a la publicación injustificada de la imagen, con independencia de perjuicios materiales; su violación importa por sí sola un daño moral, que está constituido por el disgusto de verse la personalidad avasallada" (C.N.Civ., sala D, 30-11-93, L.L. 1994-D-147, con nota aprobatoria de Villalba). Y en esta línea de pensamiento puntualizan Rivera y Mayo, que "como el agravio moral es la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha transgresión importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño", agregando que se reafirma el criterio que ve respecto del daño moral un daño "in re ipsa" en estos casos (ver comentario a fallo en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 13, Prueba- I, págs. 326 y 327; ver también en la misma revista, ejemplar 2001-3, pág. 459, el comentario de Rivera y Peralta Mariscal; esta Sala causa N°44906 "Cabrera" cit.). En efecto, y en el mismo sentido, se pronunció Picasso, en el fallo ya citado, al afirmar que "en el caso de la lesión de derechos

personalísimos -como lo son el honor y la imagen-, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que es dable presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho" (C.N.Civ. Sala J, 19/2/1999, "S.,D.E. c/Dantas, Teresa G.", LL 2000-A-325; idem., Sala I, 2/11/1997 "H.M.I c/Industrias Electrodomésticas Saba S.A.", LL 1998-C-506; idem., Sala L, 31/3/2009, "S.,M.G. y otro c/D.,H.H." LL 20/10/2009, p.4; J.N.Civ. N°41, cit. 28/04/2010 "R., H. c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.", Rev.Derecho de Familia y de las Personas, pág.266). Y agrega Zavala de González, en su última obra, que la indemnización por daño moral procede por "la exclusiva lesión a la imagen, sin necesidad de que hayan sido agredidos otros intereses personalísimos; cuando el hecho afecta además a éstos, lógicamente el monto resarcitorio debe elevarse porque el daño moral resulta superior" (Zavala de González, Matilde "Tratado de Daños a las Personas. Daños a la dignidad" T.2 pág.10). Y agrega "la instrumentación inconsulta de la imagen puede afectar no sólo el derecho del sujeto a disponer la representación de su figura, sino además su honra o reputación, cuando se le atribuyen características o conductas disvaliosas, aunque no impliquen comisión de delitos" (Zavala de González, Matilde "Tratado de Daños a las Personas. Daños a la dignidad" T.2 pág.10).

En el caso en examen la suma de \$ 15.000 es adecuada para el resarcimiento de la vulneración del derecho de Dumerauf a su propia imagen y por la repercusión negativa en su honra, reputación y honor derivada de la vinculación probable del lector del diario -al menos en una primera y rápida lectura- con su intervención en hechos delictivos (arts.1078 y 1083 Cód.Civ.).

Los testigos radicados en Hinojo declararon que el actor sufrió los efectos de la publicación periodística, aún cuando manifestaron que Dumerauf vive en Mar del Plata y que sus padres no les refirieron personalmente que hubieran sufrido. Sin embargo hacen alusión a su difusión en Hinojo, "un pueblo chico" (testigos Oscar Acosta -fs.236/237-; Eduardo Recofsky -fs.238/239-; Carlos Campagne -fs.240/241-; arts.384 y 456 C.P.C.), lo que no excluye tener presente que otros testigos manifestaron no tener conocimiento de ese hecho (testigo Zulievic -fs.242-) o de su difusión (Héctor Mondello, fs.243 y Gomba, fs.244/245; arts.384 y 456 C.P.C.). También deben ponderarse las manifestaciones de sus compañeros de trabajo en Mar del Plata que sí comprobaron que la noticia "lo afectó" (testigo Marín, fs.369 y vta.) y lo "bajoneó" (Erdosia fs.371 y vta.). En tal sentido revisten importancia las conclusiones del informe pericial de psicodiagnóstico, las que no pueden ser desvirtuadas pese al esfuerzo de la demandada, reveladoras del padecimiento del actor con angustia,

perturbación, tristeza y con efectos de agravantes de conductas depresivas, que incluso afectaron sus relaciones sociales, laborales y familiares, aunque sin configurar incapacidad psicológica (fs.299/300; impugnación fs.303/305 y responde fs.309/312; ver auto fs.318; arts.384 y 474 C.P.C.).

Por ello, y con esa base fáctica, la cuantificación de \$15.000 es reparadora del daño moral y oficia adecuadamente como "precio del consuelo" en cuanto le permitirá al actor afectar ese monto a actividades personales de esparcimiento y gratificaciones o a adquirir bienes o realizar algún viaje que mitigue el padecimiento (arts.1078 y 1083 Cód.Civ.; art.165 C.P.C.).

Ello se corresponde con la más reciente noción de daño moral como equivalente al "precio del consuelo, esto es al resarcimiento que procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón, penurias" (Iribarne Héctor P. "De los daños a la persona" págs.147, 577, 599; Cám.Nac.Civ. Sala F 12/3/2004 "García", voto Dra.Highton de Nolasco. El Dial AA1F9C; Cám.Nac.Civ., Sala F, 3/8/2004, "T., V.O." R.R.C. y S 2004-1238, entre otros; esta Sala causa N°54544, 10/03/11 "A.M.A. c/F.N.R."; causa N°54530, 23/8/2011, "Torres Elsa Haydee c/Bustingorry Alejandro s/Daños Y Perjuicios"). La Corte Nacional en la causa "Baeza" receptó esa posición doctrinal y jurisprudencial y consideró que para la

cuantificación del daño moral puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. "Se trata- sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado...El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" (C.S., 12/4/2011 "Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios"; esta Sala causas Causa N° 51.466 "A., H. y otro c/ Q., C. y otro s/ Daños y perjuicios", Causa N° 51.467 "G. de S., M.c/ A., H. M. y A.,A. M. s/ Daños y perjuicios" y Causa N°54.530 "Torres Elsa Haydee y otro c/ Bustingorry Alejandro Omar y otros s/ Daños y Perjuicios").

5.2. Aclaro que las consideraciones del agravio de la actora sobre la ponderación de los aspectos psicológicos (fs.416/418) están comprendidos en el examen precedente, atendiendo a que no se acreditó la incapacidad psicológico como rubro resarcible en el ámbito de la integridad psicofísica (esta Sala causa cit.N°54.530; arts.1066, 1083, 1086 y concs. Cód.Civ.; arts.384, 474 y concs. C.P.C.).

6. Finalmente el agravio de la demandada de que se condene al actor por pluspetición inexcusable por su conducta temeraria de reclamar el resarcimiento de \$ 150.000 cuando prosperó sólo el 10%, no es admisible. Pese a ello es

cierto que el monto reclamado resulta excesivo, a la luz de las alegaciones y de los fundamentos vertidos en la demanda.

Los tres presupuestos que el art.72 C.P.C. exige que para la procedencia del instituto son: 1) inexcusabilidad de la pluspetición, esto es mala fe o negligencia grave que descarte el posible error; 2) que el demandado haya reconocido el monto hasta el límite de la sentencia; 3) que el monto reclamado no deba ser materia de prueba ni dependa del arbitrio judicial (Barbieri en Highton Elena-Areán Beatriz "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.2 pág.96; en el mismo sentido Arazi Roland-Rojas Jorge "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.I p.293; Hitters Juan Manuel-Cairo Silvina "Honorarios de Abogados y Procuradores"; art.72 C.P.C.; art.52). Por ello, y enfocada la pretensión de la parte recurrente en el instituto señalado, en autos no concurrieron -categóricamente- el segundo y el tercer presupuesto, por lo que no basta para configurar la pluspetición inexcusable la sola diferencia entre la cuantía reclamada y la otorgada (conf. fallos citados en Highton-Areán "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T.2 pág.97 N° 4, 5, 6). Por ende, y no resultando tampoco acreditada la posibilidad de error a la que en lo que se refiere al primer presupuesto -el exceso del reclamo-, la desestimación del agravio no conlleva omitir mencionar la disfuncionalidad que exhibe un reclamo que, aunque de difícil cuantificación y

sujeto a prueba o a la ponderación judicial, se presenta "prima facie" como objetivamente desproporcionado con las sumas otorgadas en casos análogos. Por ejemplo en un precedente una Cámara de Tucumán indemnizó con \$ 10.000 el daño moral de "quien vio una fotografía suya publicada en un periódico reiteradas veces, pues ello afecta el derecho a la imagen y representa por sí sola un daño moral, por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad" (Cám.Civ. y Com. de Tucumán Sala III, 29/07/2004 "Ildigart Wetsitein c/La Gaceta S.A." con nota a fallo de Rodrigo Padilla, "Derecho de información versus derecho a la imagen. Una solución saludable frente a los intereses en conflicto", LLNOA 2005 (junio), 745; DJ 2005-2, 848). Tan es así, que en un renombrado caso, en el que se afectó gravemente el honor de una distinguida magistrada y jurista con la información falsa propalada por un canal de televisión, se otorgó una indemnización por daño moral de \$ 100.000 (C.N.civ. Sala D, 22/10/2009 "K.,de C., A.R. c/Lanata Jorge y otros" con nota de José Luis Correa "Condena periodística por lesión a la honra de una magistrado. Doctrina de la real malicia. Daño moral", Rev.R. C. y S. pág.82), aunque esta suma fue criticada por la doctrina por insuficiente. Los contrastantes ejemplos expuestos, denotan el exceso de la petición, lo que -empero- no configura, en la forma que se debatió y decidió, la conducta temeraria que

habilite la condena por pluspetición inexcusable (arts.34 inc.6, 45 y 72 C.P.C.; art.52 ley 8904).

Finalmente, y en atención al resultado del pleito y al progreso de la demanda, debe confirmarse la condena en costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa -que resistió su procedencia, el daño y su cuantía- y las de la Alzada a ambas partes perdidosas, por no haber prosperado ninguno de los dos recursos interpuestos (arts. 68 y 272 C.P.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** por los mismos fundamentos adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr.Juez Dr. **GALDÓS**, dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts.266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde confirmar la sentencia recurrida; confirmando las costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa e imponer las de la Alzada a ambas partes vencidas, por no haber progresado ninguno de los dos recursos interpuestos (arts. 68 y 272 C.P.C.). Difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez, Dr. **PERALTA REYES** por los mismos fundamentos adhiere al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 4 de Octubre de 2011. -

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida; **IMPÓNENSE** las costas de Primera Instancia a la demandada perdidosa y las de la Alzada a ambas partes vencidas, por no haber progresado ninguno de los dos recursos interpuestos. **DIFIÉRESE** la regulación de honorarios para su oportunidad. **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y devuélvase. Fdo.: Dr.Víctor Mario Peralta Reyes - Presidente - Cámara Civil y Comercial - Sala II - Dr.Jorge Mario Galdós - Juez - Cámara Civil y Comercial - Sala II.

Ante mí: Dr.Claudio Marcelo Camino - Secretario - Cámara Civil
y Comercial - Sala II.-----