

## CIVIL | Derechos personalísimos. Derecho a la imagen. Uso no consentido

Fecha: 12/08/2009

Tribunal: Cám. Nac. Civ.

Sala: F

Partes: A. de B., H. c/Editorial Atlántida SA s/daños y perjuicios

Jurisdiccion: Nacional

Si la información no verdadera es transmitida con falsedad, el autor es responsable penal y civilmente, por provenir de un acto consciente y deliberado con el fin de engañar; y si es transmitida por error, el autor no sería responsable civilmente del perjuicio causado si el error fuese excusable, esto es, si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. En cambio, sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la información.

### ▲ Derechos personalísimos. Derecho a la imagen. Uso no consentido. Daño moral

La violación del derecho a oponerse a la publicidad de la imagen sin el consentimiento de la persona retratada importa, por sí sola, un daño moral independientemente de los perjuicios materiales, constituido aquél por el disgusto de ver la personalidad avasallada. En ese orden de ideas, la vinculación de una persona ordinaria y anónima en los medios gráficos, genera un gran revuelo en su círculo de allegados y conocidos, máxime cuando es vinculada con algún personaje de renombre o relativo con el ambiente artístico, y más aún cuando se trata de cuestiones atinentes a su intimidad, su persona y su estado de salud.

### ▲ Derechos personalísimos. Derecho a la imagen. Doctrina de la real malicia

No sólo es responsable el medio que publica noticias inexactas cuando media malicia o dolo, sino también cuando lo hace con culpa, con total despreocupación de si la información es falsa o verdadera. De manera que a los particulares les bastará, para atribuir responsabilidad a los medios de comunicación, con probar la inexactitud del hecho que se ha difundido y que los afecta. En cambio, para las personalidades públicas, se exige que se pruebe que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia.

### ▲ Daños y perjuicios. Daño moral

El daño moral tiene carácter resarcitorio, por lo que el análisis debe centrarse en la persona de la víctima. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la fijación del monto de la condena es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del juzgador, de acuerdo a los precedentes similares del Tribunal.

### ▲ Daños y perjuicios. Costas

Al ser las costas parte de la reparación integral, cabe imponerlas al demandado, aun cuando la demanda no prospere en su totalidad.

### ▲ Procesal. Conducta procesal. Temeridad o malicia

La aplicación de sanciones o multas es una cuestión exclusivamente facultativa del órgano jurisdiccional, pues estará dada por la apreciación que en la oportunidad procesal correspondiente los jueces hagan de la actuación de las partes. Sin embargo, debe considerarse que la conducta debe ser manifiesta, evidente, resultando en consecuencia necesario que sea reiterada y/o contradictoria, reservada para los casos de real gravedad. De manera que, ante la duda razonable, debe optarse por la amplitud de la defensa.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 12 días del mes de agosto de 2009, reunidos en acuerdo los señores jueces de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F" para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: señores jueces de Cámara doctores GALMARIN. POSSE SAGUIER.

Sobre la cuestión propuesta el doctor GALMARINI dijo:

I. La actora promovió esta demanda por los daños y perjuicios por ella sufridos a raíz de la publicación en la página 100 de la revista "Gente" del 22 de junio de 2004 de una fotografía suya, sin su consentimiento, en la que se la confundía con la madre de María Julia Alsogaray, Edith Gay, asignándole un nombre falso y el estado de fallecida, por lo que adujo que de tal forma se violaba su derecho a la imagen, a la intimidad y al honor.

La sentencia de fojas 348/356 hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por H. A. de B., con costas a la vencida. Así condenó a Editorial Atlántida SA a pagar a la actora la suma de \$ 15.000, con más los intereses que a partir del 22 de junio de 2004 serán liquidados de acuerdo con la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.

Apelaron ambas partes. La actora expresó agravios a fojas 368/372 y la demandada lo hizo a fojas 374/384. Las respectivas contestaciones obran a fojas 390/397 y a fojas 386/388.

II. EL señor juez señala que "...para encuadrar jurídicamente una controversia consistente en la supuesta publicación de una fotografía sin consentimiento, donde además se confundía a la retratada con una persona ya fallecida, pareciera que los márgenes del derecho a la imagen quedan exiguos, correspondiendo abarcar el entuerto también desde la óptica de los derechos a la intimidad y al honor" (fs. 349 in fine). Luego desarrolla aspectos doctrinarios vinculados con cada uno de estos derechos personalísimos y la interrelación o autonomía que puede presentarse entre ellos (fs. 349 vta/350 vta), destacando que el caso en estudio además de verse implicados los derechos a la intimidad, imagen y honor de la demandante, es un supuesto de responsabilidad de los medios de prensa por informaciones inexactas (fs. 350 vta. in fine/351). Sobre la base de tal marco jurídico y luego de analizadas las probanzas arrimadas a la causa, sostuvo que en la especie la demandada ha transmitido erróneamente una información sin emplear los medios que la cautela, su calidad de medio especializado y la diligencia le exigían para evitar, o por lo menos excusar, su equívoco y por tal circunstancia

deberá responder (fs. 351 in fine). Así tras un detenido examen de la prueba producida en el expediente llegó a la conclusión de que "el obrar culpable de la demandada se encuentra acreditado, y por tanto, que ésta utilizó la imagen de la pretensora sin su consentimiento, afirmando que se trataba de otra persona, la cual ya se hallaba fallecida, afectando indudablemente su intimidad -al vulnerar su vida privada-, imagen -al utilizar su retrato sin su consentimiento- y honor -al poner en duda su nombre, reputación y estado de salud-. Todo lo cual la hará pasible de responder por los daños probados que se encuentren en relación causal relevante con el incumplimiento..." (fs. 353 vta.).

III. Como la editorial demandada cuestiona lo resuelto sobre la responsabilidad atribuida en el pronunciamiento apelado y aspira a la revocación de la sentencia de condena, trataré en primer lugar los agravios sobre este aspecto de la decisión, destacando que me ceñiré en principio a las quejas esgrimidas en el memorial de esta apelante, pues el exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial de los derechos personalísimos comprometidos y la adecuada apreciación de los elementos de juicio aportados al proceso que efectúa el magistrado tornan innecesaria la reiteración de fundamentos lúcidamente desarrollados por el señor juez. Lo cual a su vez obligaba a la demandada a esmerarse en la crítica para rebatir aquellos aspectos centrales que a juicio de la apelante estaban equivocados.

La queja formulada como primer agravio carece totalmente de trascendencia, pues en manera alguna puede considerarse que el magistrado ha dejado de considerar circunstancias relevantes para la dilucidación de la causa, pues el hecho de que la actora haya reconocido haber estado en el lugar de los hechos y que el objeto de su presencia en dicho lugar no era otro que visitar a la Sra. María Julia Alsogaray, no justificaba la publicación de su retrato sin su consentimiento y menos aún confundiendo su identidad con la de la madre de aquélla. La alegación de la actora de no poder comprender el origen de la fotografía y el motivo de la publicación, en manera alguna puede considerarse contradicha por la circunstancia de que hubiera reconocido que visitó a María Julia Alsogaray en la unidad penitenciaria donde esta última se hallaba detenida. Bien pudo no comprender el origen de esa fotografía y el motivo por el que se la publicó, si no se requirió su consentimiento, ni se averiguó como correspondía sobre la identidad de la fotografiada, confundiéndola con la señora Edith Gay.

Contrariamente a lo aseverado dogmáticamente por la apelante no hubo omisión por parte del magistrado en considerar circunstancia relevante alguna, ni tampoco la demandada explica por qué sostiene que la actora no podía desconocer que fue su propio accionar el que determinó que su retrato terminara graficando la nota.

La manifestación de que tanto en el supuesto de que la retratada fuera Edith Gay, como en el de que fuera H. A. de B., nada de lo que se dijera en la nota podría afectarla, sólo constituye una opinión de la recurrente inadmisibles, pues más allá de que la sola publicación de su imagen sin su consentimiento es susceptible de generarle daño moral, se la involucra tergiversando su identidad en una noticia errónea, y esa manifestación no deja de ser en sí misma una mera discrepancia insuficiente para rebatir los fundamentos del sentenciante sobre el punto. Por lo cual el agravio en examen debe ser desestimado.

IV. La demandada también arguye con la falta absoluta de acreditación del daño psicológico y moral. Pero es de advertir que con respecto al daño psicológico el señor juez explícitamente desestimó esta partida por entender que los padecimientos psíquicos denunciados al inicio han quedado carentes de todo sostén (fs. 356, considerando VII), por lo que lo decidido no le causa gravamen alguno a esta apelante y por tanto deben ser desestimadas también las quejas sobre este aspecto del pronunciamiento.

Contrariamente a lo alegado por la editorial demandada en cuanto a la exigencia de prueba del daño moral en supuestos como el del caso, como bien recordó el magistrado a fojas 353 vta. in fine/354, la doctrina ha admitido que la publicación inconulta de una imagen provoca un indudable perjuicio moral, que debe reputarse configurado por el solo hecho de la acción antijurídica (Rivera, Julio C., "Indemnización del daño moral y el daño material por afectación al derecho a la imagen", ED. 162-285). Concordantemente esta Sala ha adherido al criterio jurisprudencial según el cual "la violación del derecho a oponerse a la publicidad de la imagen sin el consentimiento de la persona retratada importa, por sí sola, un daño moral independientemente de los perjuicios materiales, constituido aquél por el disgusto de ver la personalidad avasallada (Sala D, "Mazzocco, Karina A. c/Simoni, Silvia s/daños y perjuicios", L. 128.522, del 7/8/1998; en igual sentido Sala C, "Seen, Gabriela Rosana c/Chami, Ramón s/daños y perjuicios", del 2/5/1989; íd. Sala M, "Maiorana, Analía c/Denarco, María Cristina s/daños y perjuicios", causa libre 261.740 del 2/6/1999)" (CNCiv. Sala F, mayo 26/2009, "S. W., S. J. c/Editorial Perfil SA s/daños y perjuicios" L. 523.319, ver voto del Dr. Posse Saguier).

Si además se tiene en cuenta que el magistrado ha fundado debidamente que en el caso la publicación de la fotografía sin el consentimiento de la actora no sólo importó una transgresión al derecho a la imagen, sino también a la intimidad -al vulnerar su vida privada- y al honor -al poner en duda su nombre, reputación y estado de salud-. Es de señalar que también importaría un ataque al honor el haber afirmado en la contestación a la demanda que en la oportunidad de ser obtenidas las fotografías la retratada reconoció ser la madre de María Julia Alsogaray (ver fs. 121 vta.), hecho que lejos de haber sido probado, como bien pone de resalto el Sr. juez de los testimonios por él examinados "se desprende con meridiana claridad que la actora nunca se presentó a los periodistas diciendo que era "la madre de María Julia"" (fs. 353). El ataque a estos derechos personalísimos en sí mismo configura un daño moral cuya entidad deberá apreciarse en razón de las características particulares de la situación en que se genera y de la persona damnificada.

Contrariamente a lo expresado por la apelante el señor juez no sólo invocó el precedente jurisprudencia según el cual es menester que se especifique en qué consiste el daño moral, cuáles son las circunstancias del caso y cómo incidió sobre la persona del damnificado (CNCiv. Sala G, 18/5/1982, E.D. 101-301; íd. Sala D, 27/11/81, J.A. 1983-I-271), sino que fundó en las particularidades que presenta en caso en examen. Sobre la base de las máximas de la experiencia cotidiana el magistrado destacó la repercusión que tuvo en la interioridad de la actora en verse involucrada en esa publicación, destacando que la vinculación de una persona ordinaria y anónima en los medios gráficos genera un gran revuelo en su círculo de allegados y conocidos, máxime cuando es vinculada con algún personaje de renombre o relativo con el ambiente artístico, y más aún cuando se trata de cuestiones atinentes a su intimidad, su persona y su estado de salud. El sentenciante consideró especialmente el hecho de que se confundió a la demandante con una persona fallecida perteneciente a una familia de gran renombre, y entendió que los comentarios, las suspicacias, las risas, las hilaridades y las bromas de dudoso gusto se riegan rápida y eficazmente. No dudó que como consecuencia de su involuntaria aparición pública A. de B. se vio repentinamente ubicada en el centro de los comentarios y murmuraciones, de habladurías y críticas (fs. 355 vta.). También tuvo en cuenta que esa confusión afectó a una persona de avanzada edad (fs. 355).

Estas son las circunstancias de hecho en las que sustentó el magistrado la configuración del daño moral, cuyo resarcimiento admitió.

Resulta manifiestamente inadmisibles la alegación de que la longevidad de la actora, su vulnerabilidad y fragilidad en razón de su edad -90 años-, es la causante de los padecimientos emocionales o espirituales (fs. 377 vta/378). Tampoco es atendible la afirmación de que los hechos de autos son por sí mismos no traumáticos y carentes de toda potencialidad dañina (fs. 377 vta.). La avanzada edad es una circunstancia que no debe ser soslayada para apreciar la verosimilitud de la configuración y la entidad del daño, pero en manera alguna puede ser calificado como causa eficiente de su producción, la cual indudablemente ha sido la publicación de la fotografía en una nota periodística que confundió la identidad de la retratada y generó las consecuencias debidamente descriptas en la sentencia. Esto es a su vez revelador de que esa publicación tuvo potencialidad dañina.

Estimo, en definitiva, que las quejas de la recurrente, mediante las que pretende el rechazo del resarcimiento del daño moral, no logran rebatir los fundamentos del señor juez.

V. La editorial demandada también objeta la interpretación efectuada por el sentenciante del artículo 1071 bis del Código Civil,

señalando que dicha norma surge que la conducta reprochada es el entrometimiento arbitrario en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, etc., y no el entrometimiento con motivo de informar acerca de acontecimientos de interés público. La publicación motivo del litigio estaba referida a acontecimientos relativos a la vida de la señora María Julia Alsogaray a los que considera de interés público, por lo que estima que en ningún caso podría justipreciarse a la nota y/o a su contenido de carácter arbitrario. Además, sostiene que para el caso de que la persona retratada no fuera la madre de la nombrada, el equívoco en que se incurriera no comprometería la responsabilidad de la demandada por tratarse de un error excusable (fs. 379 vta/380).

Aun cuando las cuestiones vinculadas con acontecimientos relativos a la vida y detención de la mencionada ex funcionaria pública pueda calificarse como de interés público, habiéndose acreditado fehacientemente que la fotografía publicada pertenece a la aquí actora y no a la madre de aquélla, se involucró a una persona común en una noticia falsa, violando el derecho de esta última a la imagen, por haberse editado sin su consentimiento, y a la intimidad, por vulnerar aspectos de su vida privada, que además alcanzó a afectar su honor, por lo que en manera alguna puede liberarse el medio gráfico periodístico de la responsabilidad por el daño causado a la reclamante.

La alegación de que se trata de un error excusable también es inadmisibles, pues las razones explicitadas por el magistrado en su pronunciamiento en manera alguna se encuentran desvirtuadas por la recurrente en su memorial. Los mismos testimonios de los dependientes de la demandada que intervinieron en el acontecimiento y en la nota de la revista Gente, permiten concluir como lo ha hecho el señor juez en que la actora no se presentó a los periodistas como la madre de María Julia, sino que se dejaron llevar por el rumor que los empleados de la editorial no se encargaron de confirmar con la protagonista de los sucesos. Esa versión habría provenido de alguna de las personas integrante de los grupos que estaban realizando una manifestación o de periodistas apostados en el lugar, pero lo cierto es que nada se ha acreditado que intentaran confirmar esa versión. Si a ello se suma -como advierte el magistrado a fs. 353 vta.- que en los propios archivos de la demandada existían fotos de la madre de la ex funcionaria, que en la misma nota se difundió un retrato familiar en el que aparece la imagen de Edith Gay, junto a su esposo e hija, y que en otros medios gráficos contemporáneos se publicaron fotos de aquélla, cuyo rostro e imagen corporal nada tienen que ver con el retrato fotografiado de la actora publicado en la revista Gente, es indudable que en el caso no se trató de un error excusable. Aunque los periodistas allí reunidos pudieran desconocer que la persona fotografiada no era la madre de María Julia Alsogaray, por un lado debieron cerciorarse de quién era la persona a la que fotografiaron y por otro la editorial debió advertir el error antes de difundir el retrato de la actora con simplemente observar los archivos preexistentes, la fotografía familiar a la que hace mención el sentenciante que en la misma nota se publica y a las que en la misma época se divulgaron en otros medios gráficos.

Las explicaciones esgrimidas en el memorial con el propósito de demostrar que el error fue excusable no dejan de ser manifestaciones subjetivas insuficientes para rebatir los sólidos fundamentos del magistrado, reveladores de que los dependientes de la demandada no han adoptado las mínimas medidas exigibles para verificar la veracidad de la publicación, por lo que las quejas sobre estos aspectos del pronunciamiento deben ser desestimadas.

VI. La demandada se queja también de que el Sr. juez no haya considerado la inexistencia en el caso de real malicia. Aun juzgando la cuestión desde la perspectiva de esta doctrina, no ha de olvidarse que tratándose de personalidades públicas en el estándar subjetivo reprobable determinado por la Corte Suprema para generar responsabilidad en el informador comprende la conciencia de falsedad (dolo) o la total despreocupación acerca de la circunstancia de si la información es falsa o verdadera (Enrique Tomás Bianchi Hernán Víctor Gullco, El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros, pág. 173, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1997). Como resaltan estos autores, a la Corte le falta precisar qué contenido dará a la segunda posibilidad, aunque consideran que como se dijo en autos Vago (CSJN, noviembre 19/1991, E.D. T. 145, pág. 516/522), la adopción del estándar debe ser no dogmática y sostienen: ...nos parece preferible incluir a las culpas importantes o graves dentro de los supuestos que generan responsabilidad. Lo decisivo será apreciar la substancial actitud del informador frente a la búsqueda de la verdad. Si la ha perseguido lealmente, su proceder no queda descalificado por la contemporánea existencia de culpas menores, que, en ciertas actividades, son casi inevitables (Bianchi Gullco, op. cit., pág. 174).

De lo expuesto se extrae que no sólo es responsable el medio que publica noticias inexactas cuando media malicia o dolo, sino también cuando lo hace con culpa, con total despreocupación de si la información es falsa o verdadera.

Asimismo, se ha propiciado la reformulación de la doctrina de New York Times c/Sullivan señalando que las personalidades públicas o personas vinculadas a hechos de interés general para atribuir responsabilidad a los medios masivos de comunicación, deben probar que la información inexacta es falsa y que fue deliberadamente difundida con conocimiento de su falsedad -o como recordé anteriormente, la total despreocupación acerca de la circunstancia de si la información es falsa o verdadera-, mientras que los particulares les basta con probar la inexactitud del hecho que se ha difundido y que los afecta, aunque los medios podrían probar que el error en que se ha incurrido es excusable (Eduardo A. Zannoni Beatriz B scaro, "Responsabilidad de los medios de prensa", págs. 71/72, Astrea, Bs. As. 1993). Debe advertirse que lo substancial de la doctrina de la real malicia y lo aceptado por la Corte Suprema en los autos Ramos c/LR3 Radio Belgrano, es el distinto trato que se establece para las personalidades públicas y para los particulares en supuestos de difusión de noticias inexactas por los medios de comunicación masiva. Para las personalidades públicas exige que se pruebe que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (J.A. T.1998 I, pág. 209).

Es de advertir que esa distinción entre funcionario público y un particular el Alto Tribunal la había fundado en que dentro de lo que podría llamarse "la protección débil del funcionario público" frente a la protección fuerte del ciudadano común (CSJN, marzo 12/1987, "Costa, Rubén Héctor c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 310-I, pág. 528 consid. 14).

Aquí la afectada es una persona común por lo que le bastó con probar la inexactitud de la publicación y que ese error la afectó y a la editorial demandada le incumbía probar que ese error era excusable, lo que fue debidamente desestimado por el señor juez, como señalé en el considerando anterior.

Concordantemente se ha sostenido también que si la información no verdadera es transmitida con falsedad, el autor es responsable penal y civilmente, por provenir de un acto consciente y deliberado con el fin de engañar; y si es transmitida por error, el autor no sería responsable civilmente del perjuicio causado si el error fuese excusable, esto es, si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. En cambio sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la información (Jorge Bustamante Alsina, "Responsabilidad civil de los órganos de prensa por informaciones inexactas, L.L. T. 1989 B 287).

El señor juez en concordancia con los antecedentes señalados, luego de analizar las probanzas arrojadas a la causa, juzgó que en la especie la demandada ha transmitido erróneamente una información sin emplear las medidas que la cautela, su calidad de medio especializado y la diligencia exigían para evitar, o por lo menos excusar, su equívoco y por tal circunstancia deberá responder en los presentes (fs. 351 in fine). De allí que, no obstante no haber citado explícitamente la doctrina de la real malicia, ha resuelto la cuestión en concordancia con los principios en los que aquélla se sustenta. Por lo cual también debe rechazarse el cuarto agravio de la demandada (fs. 382 vta/383vta).

VII. Ambas partes cuestionan el monto indemnizatorio del daño moral fijado en la suma de \$ 15.000.

La demandada lo considera excesivo, pero sus consideraciones no dejan de constituir una mera discrepancia con la estimación efectuada por el magistrado, sin aportar elemento de convicción alguno que sea demostrativa de que dicho importe sea elevado para indemnizar el daño moral padecido por la actora. Contrariamente a lo señalado por esta apelante el señor juez ha desarrollado fundamentos relacionados con las características personales de la damnificada y con la presumible repercusión que ha provocado en sus sentimientos y espíritu la transgresión a sus derechos personalísimos a la imagen, a la intimidad y al honor, la publicación de su retrato y la confusión generada en la nota periodística.

Esta Sala en forma reiterada ha sostenido el carácter resarcitorio del daño moral, por lo que el análisis debe centrarse en la persona de la víctima, a fin de evaluar las consecuencias que sobre su ánimo produjo el ilícito, y como ha expresado el doctor Posse Saguier, debe tenerse en cuenta que la fijación del monto de la condena es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del juzgador, de acuerdo a los precedentes similares del Tribunal (CNCiv. Sala F, octubre 11/2005, L. 420.635).

A su vez, la actora pretende la elevación del monto indemnizatorio para lo cual sostiene que las distintas especies de daños a la persona deben ser considerados y reparados con autonomía pero integralmente, y también aduce que la indemnización debe ser juzgada conforme a la idea de aprovechamiento económico de quien publicó su imagen sin su consentimiento.

Pero aun cuando se haya considerado que en el caso se han afectado distintos derechos personalísimos como son el de la imagen, la intimidad y el honor, no son susceptibles de ser reparados mediante indemnizaciones autónomas, sino que todos ellos se encuentran incluidos dentro del concepto de daño extrapatrimonial, aunque para la determinación del monto deba apreciarse la repercusión que presumiblemente ha tenido en las afecciones íntimas de la damnificada la entidad del ataque a cada uno de esos derechos personalísimos.

Tampoco resulta convincente la alegación de que deban apreciarse el aprovechamiento económico que reportó a la demandada la nota en la que se reprodujo la fotografía de la actora para estimar en el caso el monto del daño moral, pues este ítem tiene naturaleza esencialmente resarcitoria y su finalidad es la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico de los bienes espirituales afectados, de goce, afección y percepción emocional y física.

Ni las quejas de la demandada, ni las de la actora, llevan a convencer de que deba modificarse el monto indemnizatorio estimado por el señor juez, que a mi juicio resulta adecuado a las circunstancias particulares del caso y a la valoración de la Sala en situaciones similares, por lo que se desestiman los agravios de ambas partes sobre este punto.

VIII. La actora solicita que ante la omisión de la sentencia en pronunciarse sobre la aplicación de sanciones por temeridad y malicia, el tribunal decida la cuestión.

Cabe recordar que la aplicación de sanciones, o multas es una cuestión exclusivamente facultativa del órgano jurisdiccional, pues estará dada por la apreciación que en la oportunidad procesal correspondiente los jueces hagan de la actuación de las partes (CNCiv. Sala "G", R. 24.259 del 9 9 86; R. 30.380 del 29 5 87; Sala F, 24/9/2008, R. 512.846).

En el último precedente citado esta Sala ha sostenido que aun cuando no existe coincidencia en convertir a los principios éticos en reglas del proceso y más justo resulte proveer de un proceso eficaz, el límite al legítimo ejercicio de la defensa en juicio no puede ser otro que su ejercitación.

Si cuando desde el propio código no se define la conducta que finalmente se reprocha y desde la doctrina y la jurisprudencia no existe uniformidad en lo conceptual, el riesgo de sancionar conductas ausentes de razonables bases de derecho, violenta al propio principio dispositivo, esencial en el proceso civil actual.

En todos los casos, la conducta debe ser manifiesta, evidente, resultando en consecuencia necesario que sea reiterada y/o contradictoria. Por ello, y en mérito a que la actuación de las partes se presume de buena fe, la sin razón exigida a la pretensión temeraria, no cabe se la presuma; siendo dable exigir la concurrencia de un perjuicio a la contraria o a la sana administración de justicia. Se dice que tales sanciones están destinadas exclusivamente a los casos de real gravedad. Para una justa apreciación de la cuestión, debe en cada caso indagarse, si la falta de sustento de un planteo importa la intención de obtener un beneficio ilegítimo. Ello por cuanto sin éste ingrediente, no existe desviación hacia un fin deliberado (aporte subjetivo reprochable).

Ante la duda razonable respecto a la configuración de la temeridad o malicia debe optarse por la amplitud de la defensa, recordando que el juez debe proceder con cautela, porque al vencido ya se le aplican las costas (CNCiv. Sala "E", junio 28-1991, LL del 18/8/1992; CNCiv., Sala "G", julio 3-1990 ED, 139 621; CNCiv. Sala "F", marzo 10-1980, ED, 89-342; CNCiv. Sala "C", febrero 8-1990 LL diario del 22/5/1990; CNCom. sala "D", setiembre 4-1984. ED 111 252/4; CNCiv. Sala "F" junio 11-1985 ED 116-643, y el antes citado R. 512.846 del 24/9/2008 entre otros).

En el caso las alegaciones formuladas en la contestación de demanda, entre ellas que la imagen publicada fuera la de la madre de María Julia Alsogaray y no la de la actora, o la esgrimida en el sentido de que fue la misma actora quien se presentara como Edith Gay de Alsogaray, aun cuando hayan sido hechos que fueron desvirtuados con la prueba producida en manera alguna justifican la aplicación de las sanciones contempladas por el artículo 45 del Código Procesal, que se refieren más bien a inconductas procesales, y no a los hechos en los que las partes fundan su defensa, por cuyo rechazo se le aplican las costas.

Por lo expuesto, se rechaza este agravio de la reclamante.

IX. La demandada se agravia de la imposición de las costas en razón del monto reclamado y del importe por el que prospera la demanda, considerando que debe ser distribuida prudencialmente en virtud del artículo 71 del Código Procesal.

Como ha sostenido el doctor Posse Saguier, "sin desconocer la controversia que existe sobre el tema, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto, señalando que, en principio, al ser las costas parte de la reparación integral cabe imponerlas al demandado, aun cuando la demanda no prospere en su totalidad (conf.: causas libres 84.298 del 2/7/1991; 298.363 del 8/3/2001; 411.821 del 6/10/2005, entre otras)." También aclaró que al disminuirse el monto de la condena que debe satisfacer el obligado, se reduce correlativamente el parámetro sobre el que habrán de fijarse los honorarios, con lo que la demandada no sufre mayor perjuicio (CNCiv. Sala F, mayo 26/2009, L. 523.319).

La naturaleza resarcitoria de las costas en este tipo de procesos y la circunstancia de que en la medida en que prospera la demanda es vencedora la reclamante, justifica que las devengadas en primera instancia sean soportadas por la demandada.

Las de la alzada correrán la misma suerte, atento al alcance de los recursos, considerando que la demandada pretendió la revocación de la sentencia y el rechazo de la demanda, y sus agravios fueron desestimados, por lo que resultó predominantemente vencido (arg. art. 68, CProc.).

X. La petición formulada por la actora al contestar los agravios de la contraparte de que se aplique la tasa activa de conformidad con

lo resuelto en el plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios" (fs. 387vta/388), es improcedente pues el tribunal está limitado a decidir aquellas cuestiones que fueron materia de agravios (arg. art. 271 del CProc.), expresados en la oportunidad de fundar su recurso dentro del plazo establecido por el artículo 259 del Código Procesal.

Por las consideraciones precedentes y por los sólidos fundamentos del señor juez de primera instancia, voto porque se confirme la sentencia de fs. 348/356 en lo que ha sido materia de expresión de agravios, con las costas de la alzada a la demandada.

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante el doctor POSSE SAGUIER votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. El Dr. ZANNONI no firma por hallarse en uso de licencia. Con lo que terminó el acto.

*JOSE LUIS GALMARINI*

*FERNANDO POSSE SAGUIER*

Es copia fiel de su original que obra en las páginas N a N del Libro de Acuerdos de esta Sala "F" de la excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, agosto de 2009

AUTOS Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fojas 348/356 en lo que ha sido materia de expresión de agravios, con las costas de la alzada a la demandada. Difiérese la regulación de honorarios profesionales para una vez regulados y firmes los correspondientes a la instancia anterior. El doctor ZANNONI no firma por hallarse en uso de licencia. Notifíquese y devuélvase.

*JOSE LUIS GALMARINI*

*FERNANDO POSSE SAGUIER*



**ERREIUS - Jurisprudencia / Doctrina / Legislación**  
Visitenos en  
[www.erreius.com](http://www.erreius.com)

