

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Daño moral. Apreciación. Paternidad. Omisión de nombre

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal

FECHA: 22-11-2005

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: Expediente No. 112.591/2001. V., Horacio Pedro vs. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otro.

SUMARIO:

“... si entendemos que configura un ataque al honor del autor el hecho de que se haya omitido su autoría –como ocurrió en ambas publicaciones- podemos considerar que estamos en el ámbito de afectación de los derechos personalísimos -ya que sin duda el honor lo es-, los cuales tienen sobre todo un valor moral que los hace insusceptibles de ser separados de la persona, porque constituyen con ella un todo, lo cual habilita la protección por los distintos medios que ofrece el derecho: indemnización de los daños y perjuicios, reposición in natura o en especie, y la supresión del ataque”.

“Son varios los factores a considerar a fin de justipreciar adecuadamente el resarcimiento por este rubro. En primer término, no se trataba de una fotografía que registrara un acontecimiento cotidiano, rutinario, sino de un hecho histórico cual fue el último quebrantamiento del orden institucional sufrido por nuestro país, en el que una presidente designada democráticamente era trasladada en un helicóptero de la Casa Rosada, imagen paradigmática e irrepetible”.

“A ello se suma la amplia difusión de ambas publicaciones, hecho notorio al haber sido efectuadas en un diario de tal importante circulación como Clarín, menoscabándose el legítimo derecho del Sr. Villalobos al reconocimiento de su paternidad artística sobre la obra, lo cual evidencia la angustia, la impotencia y la desazón que debió haber experimentado el actor, precisamente por tratarse de una obra de tanta importancia y trascendencia en su carrera profesional”.

“El hecho de omitir o falsear a sabiendas la verdad, importó un ataque a su honor, un desmerecimiento a su reputación profesional, y, por ende, un agravio espiritual al autor, lo cual resulta aún más grave por cuanto el responsable es una prestigiosa y antigua empresa editorial, que no podía ignorar la ilicitud de su obrar, de ahí que éste queda aprehendido en los términos de la ley 11.723”.

TEXTO COMPLETO:

La Dra. Marta del Rosario Mattera dijo:

I.- La sentencia de primera instancia obrante a fs. 177/184 declaró la falta de legitimación pasiva de la Sra. Ernestina Herrera de Noble, con costas a la actora, e hizo lugar a la demanda entablada con relación a Arte Gráfico Editorial Argentino S.A., condenándola a pagar \$ 3.000 en concepto de daño patrimonial y \$ 3.000 en concepto de daño moral, con más sus intereses y costas, en virtud de haberse publicado una fotografía de autoría del actor en el diario Clarín, en dos oportunidades, sin indicación de su nombre.

Contra dicho decisorio recurren ambas partes. La actora expresa agravios a fs. 220/225, considerándose agraviada por el rechazo de la acción incoada contra la directora del diario, por considerar reducido el daño moral, y por no haberse dispuesto la publicación rectificatoria por ella requerida.

Por su parte, Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. presenta su expresión de agravios a fs. 227/229, la que es contestada a fs. 233/236. Sostiene erróneamente haber sido condenada por \$ 6.000 en cada uno de los rubros, y plantea la falta de legitimación activa del actor para reclamar el daño material y, consecuentemente, que la empresa demandada carecería de legitimación pasiva en relación con dicho rubro; considera elevado el monto fijado por daño moral, impugna la imposición de costas a su parte por entender que existieron vencimientos parciales y mutuos y, finalmente, reserva caso federal.-

II.- En primer término trataré la cuestión relativa a la declaración de oficio de la falta de legitimación pasiva de la codemandada Herrera de Noble.-

Palacio sostiene que "la legitimación para obrar puede ser definida como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender

(legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa" (Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", I, p. 406, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977). Con similares términos, reitera que procede cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (Palacio, Lino, "La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar", en Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968-1, p. 78).-

Sintéticamente, expresa Arazi que la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho procesal de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor. Hay legitimación pasiva cuando existe identidad entre la persona habilitada para contradecir y quien ha sido demandado. La falta de identidad entre la persona a quien la ley le concede la acción y quien asume el carácter de actor, o entre la persona contra quien se concede la acción y quien ha sido demandado, da origen a la excepción que el Código Procesal denomina "falta de legitimación".

Señala el autor citado que, en general, la aptitud para demandar y para contradecir coincide con la titularidad del derecho subjetivo sustancial y con el carácter de sujeto pasivo de esa relación sustancial. La función de la legitimación es exclusivamente procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos los cuales, en relación a la providencia pedida, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente, de la tutela jurisdiccional.

Cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (legitimación "normal"). En las llamadas acciones reales, la facultad o derecho de peticionar a la jurisdicción a fin de obtener una

sentencia de mérito se confunde con el derecho sustancial.-

Sin embargo, también cuando la controversia se refiere a un derecho subjetivo privado, puede ocurrir que, excepcionalmente, se verifique aquella atribución del derecho y de la legitimación a personas diversas (legitimación anómala). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la relación jurídica sustancial tenga lugar no entre dos solos sujetos, sino entre una pluralidad de sujetos activos o pasivos: puede ocurrir que la ley establezca que cada uno de los sujetos esté legitimado por sí solo para obrar o para contradecir en juicio en cuanto a toda la relación; tal el caso de los acreedores solidarios que pueden demandar la totalidad del objeto de la obligación aun cuando sólo les corresponda una parte de él (arts. 699, 705 y concs., Cód. Civil).

Otros supuestos en los que se advierte la distinción entre los sujetos de la relación sustancial y los legitimados ad causam son: el ejercicio de la acción subrogatoria (arts. 1196, Cód. Civil y 111 y sigts. Cód. Procesal), ya que el acreedor reclama el cumplimiento de un derecho ajeno en interés propio, y, en forma aun más evidente, cuando el Ministerio Público tiene legitimación para obrar (arts. 491, 493 y concs., Cód. Civil). Hay supuestos en que la legitimación nace de la ley, independientemente de la relación sustancial; tal el caso del art. 144 del Cód. Civil. (Arazi, Roland, "La excepción de falta de legitimación para obrar (Efectos de la sentencia que la declara procedente)", L. L. 1985-A-953).-

La Sala D de la Cámara Comercial ha considerado que: a) el tema constituye una típica cuestión de derecho, a la que es aplicable el principio "iura novit curia", y b) la legitimación es inequívocamente un presupuesto procesal, cuya falta conduce a la improponibilidad subjetiva de la demanda -o de la defensa-, que puede y debe ser declarada oficiosa y aún liminarmente. Esta doctrina la aplicó, por ejemplo, en un caso de legitimación del síndico para promover la acción revocatoria ordinaria, ley 24.522, art. 120, inc. 3), y en otro, de la del librador de un pagaré para oponerse a la cancelación del instrumento solicitada por un

endosatario, en virtud de la clara letra del art. 90 del decreto ley 5965/63 (L. L. 2001-E-705).- También la Sala C de este fuero ha sostenido que aunque no se haya opuesto la excepción de falta de legitimación para obrar, ella es computable en cualquier etapa del proceso (ver: L8724, del 28/3/85, "in re" Campos de Caruso c. Rosemberg" L. 37.425, del 25/10/88, "in re" Mojon 30 SACI Y F c. Rossi, LL 1989-B,400). Por ello, si la actora no ha acreditado su legitimación sustancial activa, requisito intrínseco o presupuesto de la viabilidad de la acción cuya concurrencia debe ser verificada de oficio, al haber accionado contra un poseedor y no como lo ordena el art. 24 de la ley 14.159 -norma de orden publico- que dispone que la demanda de prescripción vicenal debe interponerse contra quien "resulte titular de dominio de acuerdo con las constancias del Registro de Propiedad".

Un excelente resumen de las distintas posiciones asumidas con relación a esta cuestión fue volcado en un voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci (S. C. Mendoza, sala I, 18/12/91, "Caretta Pons de Zeballos, Cecilia c. Consorcio de Calle Rivadavia 38/42/46", ED, 146-283, La Ley, 1992-C, 201), con motivo de dilucidar la cuestión relativa a la legitimación ad causam del administrador del consorcio de copropietarios, por cuanto en la sentencia recurrida se había considerado que dicho consorcio no está legitimado en la relación procesal que se traba cuando lo reclamado es la modificación de cláusulas estatutarias del reglamento que afectan los derechos individuales de cada uno de los consorcistas.-

Como se ve, los casos en que esta tesis resulta indudablemente aplicable son aquellos en los que, por disposición legal, sólo ciertas personas pueden demandar o ser demandadas, y en este supuesto podría admitirse la tesis de la a quo, aún cuando no se hubiera planteado la cuestión como excepción o defensa de fondo. Difícilmente pueda plantearse en estos términos cuando se trate de acciones resarcitorias, en las que pueden existir diversas personas que resulten legitimados pasivos, según el aporte causal o concausal que hayan efectuado en la

producción del ilícito, o en la perdurabilidad de los efectos dañosos.-

Considero que aportan especial claridad al tema dos párrafos de Arazi en la nota citada, en los que el autor sostiene “Aunque la falta de legitimación se interponga al contestar la demanda, para ser resuelta en la sentencia definitiva, debe correrse traslado al actor para posibilitarle que ejerza su derecho de defensa en juicio, respecto de una articulación que no se limita a proponer una causal de rechazo de la demanda, sino que, además, tiende a impugnar la facultad de una de las partes para constituirse en sujeto del proceso”.

“El demandado puede oponer la excepción de falta de legitimación que, en caso de ser manifiesta, se resolverá con carácter previo. No opuesta la excepción, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema, porque se trata de una típica cuestión de derecho. Ello, por supuesto, cuando se invocó una calidad que no legitimaba a las partes; en caso contrario la prueba de la calidad invocada se rige por los principios generales referentes a la admisión de los hechos y a la carga de la prueba.” (Arazi, Roland, “La excepción ... cit, L. L. 1985-A-953).

Por otra parte, he de señalar que uno de los fallos citados en la sentencia recurrida en abono de esta posición, no se corresponde con la tesis que pretende sustentar.

Efectivamente, en el caso resuelto por la Sala A de esta Cámara, como se desprende de su lectura completa, se trataba de una defensa de falta de legitimación para obrar que se consideró factible de resolver en el carácter de artículo de previo y especial pronunciamiento (ver C. N. Civ., sala A, 19/12/1991, “Doyharzabal, Patricia E c. Río Granco S.A.”, publicada in extenso en L. L. 1992-C-71), por lo que no se trató de una decisión oficiosa del juez al dictar la sentencia.

En el caso de autos la codemandada Ernestina Herrera de Noble no cuestionó en momento alguno su legitimación sustancial, ni sugirió siquiera que el reclamo le resultara de algún modo ajeno, ni siquiera en la etapa prejudicial,

cuando fue la destinataria de la carta documento cursada por el actor. ¿Por qué razón la sentenciante considera –sin que nadie lo hubiere sostenido en la causa- que el director o editor sólo es responsable en los casos de daños derivados de noticias o informaciones inexactas o en los relativos al derecho a réplica?. Nada hubiera impedido que, tomado conocimiento de lo que la propia accionada denomina “error excusable”, la responsable de la publicación hubiera dado los pasos necesarios para, por ejemplo, disponer de inmediato una publicación aclaratoria o rectificatoria.

Más allá del grado de delegación de funciones que pueda existir en un medio de prensa de difusión masiva como sin dudas lo es el diario Clarín, el director de la publicación –además de encontrarse incluido en el Estatuto del Periodista- tiene facultades y deberes de contralor sobre lo que se publica –sea material escrito o fotográfico- y es quien se encuentra en condiciones de decidir qué actitud adoptar ante una situación como la planteada en autos.

El juez debe resolver de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio; sólo debe considerar las alegaciones y defensas de las partes; le está vedado pronunciarse sobre pretensiones no deducidas, cosas no pedidas o hechos no afirmados. La sentencia no puede otorgar más de lo que el actor pidió, ni dejar de resolver pretensiones que deben ser objeto del fallo, ni alterar las pretensiones formuladas por las partes. (Arazi, Roland, “Potestad y deberes de los jueces (en el proceso civil), L. L. 1981-A-869). Ninguna duda cabe, a mi criterio, que no se ha respetado en el caso ese límite a las facultades judiciales, violentándose el principio de congruencia.

Los jueces no deben incorporar temas no introducidos por las partes en el pleito porque ello quebranta el principio de congruencia (Fallos: 310:2709) como ocurre cuando lo decidido, con mengua de la defensa en juicio, significa un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, incorporando temas no introducidos por las partes, sin que ello pueda coonestarse con la invocación del principio “iura novit curia”

(C.S.J.N., 15/12/1987, “Caja Nacional de Ahorro y Seguro c. N.C.R. Argentina S.A.I.C.”, La Ley Online).

Las normas contenidas en los arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º consagran en el Código ritual el principio de congruencia, el que, como resultado del sistema dispositivo, obliga a los jueces a respetar los límites en que ha quedado trabada la litis, exigiendo de su parte la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y la oposición del demandado en sus presentaciones iniciales, teniendo en cuenta que incumbe a las partes fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica (conf. Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, nota al art. 34, pags. 59 y ss., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente la raigambre constitucional de dicho principio: “El carácter constitucional del principio de congruencia se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos” (C.S.J.N., 18/9/1980, “Bacqué, Marcel c. Multicambio S.A.”, L. L. 1991-B-10; Idem., 13/10/1994, L. L. 1995-B-316; Id., 17/03/1998 “Martínez, Marcelo y otros”, L. L. 1998-C-80; Fallos: 304: 355). Ello así, por cuanto “Lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias” (causa: F.284.XXIII, 25/02/1992, “Ferreyra, Andrea B. c. Ulloa, Carlos D.”, L. L. 1992-C-185; Idem., 13/10/1994, L. L. 1995-B-316).

En casos similares al de autos, sostuvo que “La sentencia impugnada carece de los requisitos que la sustenten como acto jurisdiccional, evidenciando manifiesta violación a derechos o garantías constitucionales, si el tribunal

introdujo en el proceso una argumentación no sostenida ni planteada por los demandados durante las instancias ordinarias, con lo cual privó al actor de la posibilidad de ejercer en debida forma su derecho de defensa, y alteró el principio de igualdad procesal, de lo cual se deriva una clara y directa afectación a su derecho de propiedad. En este supuesto, los fundamentos introducidos por el juzgador violentaron el principio del debido proceso, al impedir a la actora ejercer la defensa correspondiente a tales planteos.” (C.S.J.N., 27/05/2004, “Construcciones El Formidable S.A. c. Asociación Civil Consorcio Alameda”, L. L. 18/08/2004).

“Es arbitraria la sentencia que importó apartarse del principio de congruencia, que tiende a resguardar garantías constitucionales (CSJN 15/10/1998, LL 1999-B, 133), cuando el tribunal ha hecho valer una circunstancia no invocada por la demandada “(Idem, 13/11/1990, E.D 141-362), alterando las bases fácticas de lo discutido, con mengua del derecho de defensa en juicio del recurrente (idem, 03/04/2003, “Autolatina Argentina SA c/ Dirección Gral. De Aduanas”, LL 2003-E,244).

De lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que en el decisorio recurrido se efectuó una aplicación impropia de las facultades del juez en orden a la valoración de la legitimación sustancial de la codemandada, y se afectó, por ende, la garantía del debido proceso, por cuanto el actor no tuvo posibilidad alguna, previa al dictado de la sentencia, de refutar los argumentos que sorpresivamente introduce la a quo.

Si efectivamente consideraba que sin hesitación en este caso concreto la Sra, de Noble carecía de legitimación pasiva, por no encuadrar el presente en los supuestos en que, a su juicio, hubiera tenido legitimación sustancial, debió haber efectuado dicho análisis antes de correr traslado de la demanda, ya que sin duda contaba con las facultades como para rechazarla in limine – respecto de esta codemandada- sobre esa base. En ese etapa de juicio, la cuestión podría haber sido controvertida por el accionante, garantizándose así su derecho de defensa. Por ello, la decisión adoptada ahora, fundada en la

afirmación dogmática contenida en la sentencia, importa un comportamiento contradictorio del juzgador, que puede sorprender dañosamente al litigante confiado en el obrar anterior de aquel (Eisner, Isidoro "La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (Venire contra factum proprium non valet") LL 1997-C, 280).

Por las razones expuestas, propiciaré se revoque el punto I del decisorio recurrido, haciendo lugar a la demanda contra la codemandada Ernestina Herrera de Noble, sin costas de Alzada en este punto, por no haber mediado oposición.

III.- Corresponde ahora tratar la así llamada falta de legitimación activa del actor y pasiva de la sociedad demandada para reclamar daño emergente. Los argumentos precedentemente expuestos evidencian que no comparto la teoría de la sentenciante en orden a que sea posible a esta altura del proceso revisar la cuestión relativa a la legitimación activa o pasiva que no ha sido cuestionada oportunamente por ninguna de las partes.-

Pareciera que este razonamiento de la a quo ha llevado ahora a un planteo sorprendente por parte de la empresa accionada, quien pretende cuestionar por esta vía, y en este estadio procesal, la exigibilidad de un crédito que expresamente reconoció al contestar la demanda, e incluso cuantificó en \$ 500, calificando de excesivo el monto pretendido por el actor.

Así, sostuvo textualmente que "mi representada aceptó el monto establecido en \$ 500 por todo concepto el que no pudo hacerse efectivo" (fs. 55 vta), según sus afirmaciones, porque el actor no facturó personalmente sino a través de Claudia Contreris, quien no presentó la constancia de la inscripción ante la AFIP (fs. 55).

En otros términos, lo que se postula ahora es plantear que habrían transcurrido más de veinticinco años desde la primera publicación de la fotografía en cuestión, por lo que habría cesado el plazo de protección de los derechos patrimoniales del autor, limitado por el art. 34

de la ley 11.723, reformado por ley 25.006, a sólo veinte años a partir de la fecha de la primera publicación.

Sobre esta cuestión, más allá de que nunca se intentó siquiera acreditar en autos cuál fue la fecha exacta de la primera publicación –el actor señaló al demandar que en la Argentina la mantuvo en reserva hasta que autorizó su utilización hacia el final del régimen de facto (fs. 32 vta.) cabe hacer las siguientes consideraciones, que se suman a las ya vertidas en el considerando anterior.

El principio dispositivo conforma una manifestación del principio de la garantía de la defensa en juicio, y obliga al tribunal a una decisión expresa, positiva y precisa conforme a las pretensiones contenidas en la demanda (C.S.J.N., 04/07/2003 "Cattaino, José A."), sin que los jueces estén facultados para alterar las bases fácticas del proceso y la "causa petendi". El principio de preclusión, por su parte, ha sido conceptualizado como una emanación procesal de la doctrina de los actos propios (Idem., 05/03/1987, L. L. 1987-C-1).

El principio de preclusión supone --e impone-- un orden, un encadenamiento regular en diversas etapas, dentro de las cuales habrán de cumplirse ciertos actos procesales, careciendo de eficacia los que se ejecuten fuera de ellas. Cada momento, cada período en el proceso, se va agotando por diversas razones; la primera y fundamental, vinculada con los plazos, es el mero transcurso del tiempo, existiendo otras tales como el ejercicio de la carga procesal respectiva, o porque se desistió de alguna prerrogativa, o no se activó eventualmente la facultad que el sujeto del proceso tenía (Rosenblat, Héctor Claudio "Los plazos procesales y la preclusión", L. L. 1995-B-1346).

Lo que se procura es, precisamente, que el proceso judicial sea un mecanismo dinámico, a la par que seguro, de modo que los actos sucesivos que componen su curso avancen y se incorporen en el orden previsto y sin retroceso, de modo que sus efectos queden fijados irrevocablemente y puedan valer de sustento a futuras actuaciones (confr. Eisner, "Preclusión", Enciclopedia Jurídica Omega,

XXII-779; C. N. Civ., Sala A, L. L. 2001-D-127).

Este efecto no sólo alcanza a la facultad de renovar cuestiones planteadas y decididas, sino también a la de proponer cuestiones no planteadas, pero que podían haberse planteado (vgr.: arts. 271 y 277, del Código Procesal). Ello es así, puesto que si con respecto a una determinada cuestión se cerró la sustanciación, en virtud del ejercicio o pérdida de la correspondiente facultad procesal de las partes para sustentar sus pretensiones, la misma quedó precluida, al haberse consumado dicha facultad procesal.

Y esto es lo que ocurre en la especie, en que esta cuestión no fue sometida al conocimiento de la magistrada de grado, correspondiendo en orden a lo dispuesto por el art. 277 del Código Procesal, abstenerse de tratarla en esta instancia. Como se señalara precedentemente, dicha norma es una aplicación práctica y expresa del principio de preclusión.

Señala Kielmanovich, en la nota al art. 277, que el principio de congruencia sufre una doble limitación en lo que atañe a los poderes del tribunal de segunda instancia; por un lado, porque la alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia, y por el otro, porque no podrá decidir acerca de otras cuestiones que las que constituyeron materia de agravios expresados por el apelante. La apelación no importa un nuevo juicio, sino un control de la legalidad de la sentencia de primera instancia. Esta cuestión debe vincularse necesariamente con el contenido de la pretensión y oposición deducidas en la primera instancia, más que con la resolución apelada per se (Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, nota al art. 277, pags. 438 y ss., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003).

Plantear por vía indirecta, aludiendo a la cuestión de la legitimación sustancial, una defensa que debió ser explícitamente introducida en la contestación de demanda para negar la procedencia del reclamo, no sólo resulta extemporáneo por haber sido introducido recién en la expresión de agravios, sino que, en el caso concreto, importa además

una violación a la doctrina de los propios actos, por cuanto había mediado un reconocimiento de la deuda, si bien por un monto inferior.

En consecuencia, votaré proponiendo el rechazo del agravio.

IV.- Concluidas las cuestiones relativas a la legitimación de las partes, trataré a continuación el agravio referido a la desestimación de la demanda en cuanto al pedido de reproducción de la foto en dos columnas y con el consiguiente reconocimiento de la autoría del actor, por considerar que tal pedido carecía de fundamento normativo.

Sostiene el accionante en este punto que los principios resultantes de los arts. 1º, 2º y concordantes de la ley 11.723, con fundamento en el art. 17 de la Constitución Nacional y en el art. 27 inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, implican para el autor el derecho a que su autoría se haga pública cuando ha sido desconocida. En el mismo sentido, entiende, se orienta el derecho de rectificación otorgado por el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

Tal petición ha sido acogida en otros antecedentes jurisprudenciales relativos precisamente al mismo tema (C.N.Civ., sala I, 15/06/1999, L. L. 1999-F,214, E. D. 185-550; recientemente, C. N. Civ., sala D, 21/04/2005, "Heinrich, Ana María Erna E. C. Ediciones Altaya S.A.").

El derecho de un autor sobre su obra, se encuentra protegido por el derecho constitucional consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional, en cuanto reconoce "que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento".

Con sustento en este vértice constitucional, la ley 11.723 se inserta armónicamente dentro de la pirámide jurídica argentina, y específicamente reglamenta aspectos insinuados pero no legislados expresamente en el Código Civil, cuyo art. 2312 incluye entre los bienes que forman parte del patrimonio, junto con las cosas, a los "objetos inmateriales

susceptibles de valor” (conf. Emery, Miguel Angel, “Propiedad intelectual – Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, pag. 9, Ed. Astrea, 3º reimpresión, Bs. As., 2005).

Los derechos del autor de una obra constituyen una forma del derecho de propiedad; derecho que recae -a diferencia del derecho real de dominio tradicionalmente regulado en nuestros Códigos- sobre un bien inmaterial o incorporeal. El objeto de estos derechos es una creación intelectual y no una cosa. La propiedad intelectual es un complejo que aparece como el resultado de una expresión creativa, a la que se adiciona como elemento esencial una protección pública del Estado que le otorga el carácter de propiedad. Esa protección pública se centra principalmente en las dos ramas de atribuciones que confiere la propiedad intelectual; el reconocimiento de la autoría y el aprovechamiento económico. Las facultades de carácter personal confieren la tutela de la personalidad del autor en relación con la obra. Le permiten no sólo crear sino hacer respetar su obra, defender su integridad en la forma y en el fondo, constituyendo el denominado derecho moral del autor (conf. Caivano, Roque J., Mitelman, Carlos O. y Zuccherino, Daniel R., “La protección legal del derecho moral del autor en la creación intelectual”, J. A. 1995-II-373).

En un ilustrado voto del Dr. Zannoni, entonces integrante de la Sala A de esta Cámara, sostuvo: “La moderna doctrina, al caracterizar al derecho intelectual, señala que ese conjunto de facultades que lo integran no es susceptible de descomponerse en derechos independientes de naturaleza diversa, ya que este “*ius in re intellectuali*” es un único derecho que contiene facultades de actuar, con fundamento a la vez patrimonial y extrapatrimonial (conf., Satanowsky, Isidro, “Derecho intelectual”, 1954, t. I, p. 52, núm. 18-D, Buenos Aires; Mouchet, Carlos J. y Radaelli, Sigfrido, “Los derechos del escritor y del artista”, t. I, p. 74, Madrid, 1953; Brover Moreno, Pedro C., “Derecho intelectual comparado”, p. 6, Buenos Aires, 1921). Pero, sin ninguna duda, este derecho único muestra un aspecto material o patrimonial que acuerda

al autor a la facultad de obtener y exigir el disfrute de las utilidades económicas de su obra, y otro aspecto, éste extrapatrimonial o “moral” que se traduce en el derecho a ser reconocido como el autor de la obra, y que se respeta la integridad y fidelidad de ésta (conf. Mayo, Jorge A., en Belluscio-Zannoni, “Código Civil comentado”, t. II, comentario al art. 496, p. 512, núm. 15; Mouchet y Radaelli, “Derechos intelectuales”, t. I, p. 85, Buenos Aires 1948) (C. N. Civ., sala A, 01/10/1985, “Lazaridis, Hugo A. c. Editorial Perfil S.A.”, L. L. 1986-B, 258).

La ley 11.723 consagra dos de las manifestaciones del derecho de autor que hacen a la personalidad del mismo, también conocidas como “derecho moral de autor” y que se traducen en las facultades de paternidad y de integridad de la obra. Dispone el art. 52: “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho de exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”.

Según Emery, si bien en la ley argentina no existe un capítulo específico sobre los llamados derechos morales, ellos pueden inferirse de los arts. 2, 39, 47, 51 y 52, ya que la naturaleza especial de la propiedad intelectual determina que se acceda a ella por el acto de la creación, el cual, cuando es individual, requiere la protección de los derechos derivados de la personalidad del creador (Emery, “Propiedad intelectual ... cit, pag. 8).

Sostiene Villalba que el derecho moral participa de muchos de los caracteres de los derechos de la personalidad. Es inalienable y como consecuencia es imprescriptible, insubrogable, inembargable, inejecutable e inexpropiable; es inherente a la persona porque requiere de un acto de creación personal e “*inherir*” es existir en algo o en alguien y ese existir puede ser actual o potencial; es absoluto porque es “*erga omnes*” y no “*erga uno*” como sucede en los contratos; es esencial ya que no se le puede negar a una persona ser reconocida como autor de sus obras y por ello son vitalicios aunque transmisibles *mortis causa* como

establece la ley 11.723 y el Convenio de Berna (debe entenderse por esencial lo que pertenece a su esencia y aunque es muy difícil saber de qué se habla cuando se dice "esencia" es bastante significativo el pensamiento de Leibnitz que considera que la esencia es un posible que se realiza si se dan ciertas circunstancias).

Dicho autor señala las diversas facultades integran el derecho moral: a) el derecho a la divulgación que consiste en decidir si hará accesible la obra al público o lo mantendrá reservado a su intimidad. Implica el derecho a la no divulgación y al inédito; el derecho al anonimato, es decir a que se divulgue la obra sin individualizar el nombre del autor y su correspondiente derecho al reconocimiento de la paternidad, es decir el derecho a que en la explotación de la obra se la vincule al nombre del autor y el derecho al respeto o integridad, pues el autor tiene el derecho a que su obra no sea fragmentada, desnaturalizada y ni siquiera mejorada (Villalba, Carlos A., "Actualidad en la jurisprudencia sobre derechos de autor y otros derechos de la personalidad", L. L. 1997-D-977).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho de los autores al disfrute patrimonial exclusivo de su creación intelectual es distinto del derecho a que se les reconozca la paternidad espiritual de la obra que, por su intrínseca naturaleza moral, es inseparable de la personalidad de los creadores, de modo que, si bien éstos pueden ceder sus derechos económicos, no pierden la legitimación para reivindicar la paternidad de la misma y oponerse a cualquier modificación en su perjuicio (C.S.J.N., "Gatto, Horacio, c. Fermata Argentina S.R.L., J. A. 1976-I-530, Fallos, 293:362).

Posteriormente corroboró esta postura al expresar con relación a la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales, que comprende aspectos materiales o patrimoniales que confieren al autor la facultad de obtener los beneficios económicos de su obra y de otros, de carácter extrapatrimonial, que configuran los llamados derechos morales de autor originados en la necesidad de proteger la personalidad creativa. Ese propósito protector otorga la

prerrogativa de defender la paternidad de la obra, el derecho de publicarla o mantenerla inédita y a su integridad, evitando que se la altere o deforme, y que esas peculiaridades no afectan la condición unitaria del derecho intelectual, de manera que los derechos patrimoniales y morales del autor deben entenderse como categorías interdependientes (C.S.J.N., "Casiraghi, Félix y otros c. Prov. de la Rioja", E. D., 138-322).

El derecho moral, pues, incluye el derecho a la paternidad, o sea, a la asociación del nombre del autor con la reproducción o ejecución de la obra, y resulta también protegido por la previsión del art. 72 de la ley 11.723, que sanciona al que edite, venda o reproduzca la obra y suprima o cambie el nombre del autor o su título, o altere dolosamente su texto.

Por ello se sostiene que las especiales características del derecho moral de autor denotan que la relación creador-creación existente entre el autor y su obra jamás desaparece, o lo que es lo mismo la obra jamás sale del todo del ámbito de la personalidad del autor (Núñez, Javier, "Alcances y justificación del derecho moral del autor", JA, 2001-I-957).

En tal orden de ideas, se debe tener presente que el derecho del que goza el autor de una obra a que se respete su nombre o seudónimo, es decir, a que se le reconozca la paternidad intelectual sobre ella tiene un aspecto positivo, consistente en exigir que la obra aparezca públicamente bajo su nombre, y un aspecto negativo, conforme el cual puede prohibir a otro que usurpe su paternidad. (Caivano, Mitelman y Zuccherino, ob. cit.).

La omisión del nombre del autor importa un agravio a su derecho de ser siempre vinculado a la obra, que en el lenguaje común se identifica como derecho al cartel. Tanto para los autores, cuanto para los artistas o intérpretes en general la publicación de su nombre con sus características peculiares; lugar, tamaño de las letras, etcétera, presenta gran interés, toda vez que de ello dependerá en gran medida, no sólo la posibilidad de lograr nuevas contrataciones y la explotación económica de su repertorio autoral, sino

también su desarrollo profesional (Lipszyc, Delia y Villalba, Carlos, "Derecho de los autores de obras fotográficas. Daño y reparación", ED, 121-645).

La mayor consagración de este derecho provino de su inclusión en el art. 6 bis del Convenio de Berna sobre la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (9 de septiembre de 1886), desde el Acta de Roma de 1928, y que es mantenido en el Acta de Bruselas de 1948, con algunas precisiones adicionales, en los siguientes términos: "Independientemente de los derechos patrimoniales de autor y aún después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva, durante toda su vida, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiere afectar su honor o su reputación".

En el ámbito internacional, el "Glosario de Derecho de Autor y derechos conexos" de la O.M.P.I. (Ginebra 1980), en la voz 158 (p. 161) especifica que "entre estos derechos (morales) se incluye el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra; el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (hacer que el nombre del autor y el título de la obra se citen en relación con la utilización de la obra); el derecho a impedir la mención del nombre del autor si el autor de la obra desea permanecer anónimo; el derecho a elegir un seudónimo en relación con la utilización de la obra; el derecho a oponerse a toda modificación no autorizada de la obra, a la mutilación de ésta y a cualquier atentado a ella; el derecho a la retirada de la obra de la circulación pública, previo abono de compensación por los daños ocasionados a toda persona que haya recibido anteriormente una autorización válida." (cit. por Villalba y Lipszyc, "Derechos ..." cit., E. D. 121-648).

Con relación a su caracterización, Núñez señala el carácter personalísimo del este derecho moral (ob. cit.). Rivera, al comentar las conclusiones de las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes (Prov. de Buenos Aires), que incluyeron a "los derechos personalísimos" como tema de la Primera Comisión, que "si bien el acto de disposición relativo o parcial constituye una

limitación voluntaria al ejercicio de los derechos de la personalidad, a semejanza de otros (el derecho moral del autor), ellos permanecen siempre dentro de la esfera de disposición del sujeto, quien por lo tanto puede retrotraer las circunstancias al estado inicial irguiendo la valla que la ley le acuerda para tutelar las manifestaciones de su personalidad física y espiritual", por lo que la revocabilidad del consentimiento es una condición esencial (Rivera, Julio César, "Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos", L. L. 1983-D-846).

En el mismo trabajo, cita Rivera la opinión de Pierre Kayser, quien sostiene que los derechos subjetivos son un poder con un contenido determinado, puesto al servicio de intereses de carácter social, y ejercido por una voluntad autónoma, e incluye como derechos subjetivos de la personalidad a los derechos al nombre, al propio cuerpo y sobre los despojos mortales, a la vida privada, y el derecho moral del autor y del inventor ("Les droits de la personnalité. Aspects theoriques et pratiques", Revue Trimestrielle de Droit Civil, t. 1971, pags. 4. 445 y 454).

Cifuentes, por su parte, no considera que se trate de un derecho personalísimo, si bien admite sus múltiples contactos con esta categoría jurídica, por cuanto la obra es protegible jurídicamente cuando está en el "afuera", por lo que ya no podría hablarse de inherencia en sentido estricto, pues al poner distancia espacial con el creador, deja de ser un bien interior suyo, con la interioridad encarnada que caracteriza especialmente a los objetos de los derechos personalísimos. Además considera que se trata de derechos eventuales y no necesarios, adquiridos y no innatos. Sin embargo, cuando se considera lesionado el honor, la reputación, la fama del autor, eso es lo que se ofende, una manifestación de la persona y no sus derechos exteriores. Según este autor, que se difame, disminuya o incomode al por medio de la obra, siempre lo afectado será el autor, y la obra y el nombre que ella representa sólo el puente para llegar a él (Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", págs 209/216 Ed. Astrea, Bs As, 1995).

Esta aparente discrepancia doctrinaria no resulta en realidad de relevancia, a poco que se advierta que la lesión al honor a que se refiere el Convenio de Berna “es autónoma de la lesión al respeto de la obra o del autor, aunque muchas legislaciones la confunden. El derecho al honor, en este contexto, siempre importa una lesión al “honor del autor” (que comprende también la reputación artística) en cuanto se ve desvinculado de la concepción de su autoría o se lo vincula con algo que no le pertenece” (conf. Villalba, Carlos A., “Actualidad en la jurisprudencia sobre derechos de autor y otros derechos de la personalidad”, L. L. 1997-D-977).

Y si entendemos que configura un ataque al honor del autor el hecho de que se haya omitido su autoría –como ocurrió en ambas publicaciones- podemos considerar que estamos en el ámbito de afectación de los derechos personalísimos -ya que sin duda el honor lo es-, los cuales tienen sobre todo un valor moral que los hace insusceptibles de ser separados de la persona, porque constituyen con ella un todo, lo cual habilita la protección por los distintos medios que ofrece el derecho: indemnización de los daños y perjuicios, reposición in natura o en especie, y la supresión del ataque. Y en este sentido, no resulta desacertada la postura de la actora al encuadrar la cuestión dentro del derecho de réplica, entendido como “la facultad de exigir del medio de comunicación donde aparecieron las ofensas o los datos inexactos de la persona, que provea un espacio para subsanar el honor lesionado o dar la versión real de la noticia”.

Aún antes de la reforma constitucional de 1994, Cifuentes y Fernández sostenían que la acción defensiva del damnificado se bifurca en varias proposiciones: a) reparar, que tiene significado de corregir, enmendar lo que fue perjudicado, arreglarlo o recomponerlo; b) resarcir, que viene a ser indemnizar, particularmente en dinero, como modo de reemplazar el daño por un beneficio pecuniario, o sustituir el bien perdido o desmejorado, por otro equivalente o satisfactorio; c) “reponer”, que importa reintegrarlo volver a poner en el estado en que se estaba antes del daño, pero que también

puede tener el sentido de “replicar” u “oponer”, como modo de satisfacer una justa reposición de la paz moral violada. (Cifuentes, Santos y Fernández, Marta, “Rectificación, respuesta, réplica. (Estudio de su verdadera caracterización. Importancia para la época actual. Propuesta reglamentaria)”, L. L. 1990-E-583).

Los autores citados señalaban que es indiscutible que lo más cerca de lo perfecto es la reposición in natura o en especie. Dentro de esta faz proteccional y de reacción, pueden establecerse varias posibilidades en el orden moral: a) la “publicación de la sentencia condenatoria”, que satisface la paz interior de la persona atribulada; b) la “retractación”, la cual es público reconocimiento de la falta cometida injustamente; c) el “llamado derecho de réplica o de respuesta”. Tales remedios no son otra cosa que la reposición del daño moral. Son medios de reintegro que satisfacen el bien extrapatrimonial desmedrado.

Nuestro art. 1083 del Cód. Civil reformado por ley 17.711, da clara preferencia a la que llama “reposición de las cosas a su estado anterior”. Sólo admite el sucedáneo de la indemnización pecuniaria, que es resarcimiento, si dicha reposición fuera imposible o si lo pide el damnificado. En realidad, utiliza una metáfora: “las cosas a su estado anterior”, pues debe interpretarse que la disposición ha querido referirse a todo lo dañado --material o inmaterial; res corporal o incorporal--, por delitos y cuasidelitos. Comprende a la persona, que es su principal norte como surge del art. 1075 del mismo Código (Cifuentes y Fernández, ob. cit.).

Reitera Cifuentes estos conceptos, señalando que la publicidad de la sentencia, la retractación y la rectificación y respuesta, son instrumentos para reacomodar la figura personal materia del ataque, medios restauradores del daño, pues aún cuando la recuperación no fuera completa, puede conjugarse el remedio en especie con otros posibles, que den entera expiación y recompensa (Cifuentes, “Derechos...” cit, pags. 623/625).

La acción judicial destinada a obtener un resarcimiento por el daño, no es propiamente un derecho subjetivo sino el medio de conseguir la indemnización o dinero como sucedáneo restañador de la herida o detrimento. De la misma manera, el remedio concedido a la persona para dar a conocer su verdad, tampoco es el derecho a esa verdad, sino el medio defensivo o acción protegida normativamente para obtener la restauración del derecho violado, sea éste la identidad personal, el dato o el honor. El derecho aquí es el resultado de la rectificación, pero no el medio utilizado para rectificar. La organización de la respuesta como remedio para el derecho personalísimo en juego, no es más que eso, con la categoría de medio de defensa y también de sanción a la parte que debe darla, puesto que si es culpable queda a su cargo y costo. Las sanciones o medios de defensa son instrumentales, no derechos por sí mismos. (Cifuentes y Fernández, ob. cit., Cifuentes, "Derechos ... cit, pags. 631/632).

Como ya se anticipara, este criterio ha tenido recepción jurisprudencial. Así, en un reciente precedente se ha dispuesto ordenar la publicación, a cargo de la editorial demandada, de una solicitada en la cual reconozca que las fotografías que motivaron el juicio eran de autoría de la accionante, en un medio gráfico de amplia circulación nacional a determinar por el juez de grado en la etapa de ejecución de sentencia. (C. N. Civ., Sala D, 21/04/2005, "Heinrich, Ana María Erna E. C. Ediciones Altaya S.A.").

Lo hasta aquí expuesto evidencia que tanto desde la aplicación de normas con jerarquía constitucional como las invocadas por la accionante, cuanto desde el ámbito exclusivo del derecho civil, la petición encaminada a obtener la reproducción de la foto en dos columnas en el mismo medio –diario Clarín- y con el consiguiente reconocimiento de la autoría del actor, tiene sobrado fundamento normativo, por lo que habré de propiciar acoger los agravios de la accionante en este aspecto, sin costas por no haber mediado oposición .

V.- No se discute ya en esta instancia la procedencia del resarcimiento moral, sino sólo su cuantía, apelada por ambas partes.

El limitado alcance de los agravios vertidos, y las extensas consideraciones volcadas precedentemente, me eximen de añadir más argumentos en torno a la procedencia del rubro.

Son varios los factores a considerar a fin de justipreciar adecuadamente el resarcimiento por este rubro. En primer término, no se trataba de una fotografía que registrara un acontecimiento cotidiano, rutinario, sino de un hecho histórico cual fue el último quebrantamiento del orden institucional sufrido por nuestro país, en el que una presidente designada democráticamente era trasladada en un helicóptero de la Casa Rosada, imagen paradigmática e irrepetible.

A ello se suma la amplia difusión de ambas publicaciones, hecho notorio al haber sido efectuadas en un diario de tal importante circulación como Clarín, menoscabándose el legítimo derecho del Sr. Villalobos al reconocimiento de su paternidad artística sobre la obra, lo cual evidencia la angustia, la impotencia y la desazón que debió haber experimentado el actor, precisamente por tratarse de una obra de tanta importancia y trascendencia en su carrera profesional.

El hecho de omitir o falsear a sabiendas la verdad, importó un ataque a su honor, un desmerecimiento a su reputación profesional, y, por ende, un agravio espiritual al autor, lo cual resulta aún más grave por cuanto el responsable es una prestigiosa y antigua empresa editorial, que no podía ignorar la ilicitud de su obrar, de ahí que éste queda aprehendido en los términos de la ley 11.723.

Por ello, teniendo en cuenta la conducta del agente del daño, su mayor deber de prever las consecuencias del hecho -arg. art. 902, Cód. Civil-, el factor de atribución de responsabilidad, la necesidad de atravesar las vicisitudes de este pleito y su etapa previa de mediación para arribar al reconocimiento de sus derechos, me llevan a propiciar la elevación del monto resarcitorio a la suma de

\$ 22.000 (veintidos mil pesos) (arts. 1068, 1074, 1078 y conc. Código Civil y art. 165 del Código Procesal).-

VI.- Con relación a la imposición de las costas de ambas instancias, en atención al principio objetivo de la derrota plasmado en el art. 68 del Código Procesal, propongo sean íntegramente impuestas a las demandadas vencidas.-

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, estimo que corresponde:

- 1) modificar la sentencia de fs. 177/184, haciendo lugar a la demanda entablada contra los codemandados Sra. Ernestina Herrera de Noble y Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.
- 2) elevar a pesos 15.000 (quince mil pesos) el resarcimiento por daño moral.
- 3) condenar a la reproducción de la foto en dos columnas en el mismo medio –diario Clarín- con el expreso reconocimiento de la autoría del actor, dentro del plazo de diez días de notificadas de la presente.
- 4) imponer las costas de ambas instancias a las codemandadas vencidas.
- 5) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fuera motivo de apelación.

La Dra. Brilla de Serrat dijo:

I.- En primer lugar, corresponde dejar sentado que no se trata de que el juez no pueda -como sostiene el apelante- resolver sobre la legitimación para obrar cuando su falta no haya sido opuesta como excepción, pues su facultad deviene del juego de los arts. 36 y 347 inc. 3 CPr. (C. Nac. Civ., sala F, 20/02/1995 - San Martín, Abel R. v. Visciglio, Hugo M.; JA 1995-III-179).

Sin embargo, no habré de coincidir con la decisión a la que se arribara en primera instancia respecto de la falta de legitimación pasiva de la Sra. Noble. Entiendo que, en el caso, son responsables tanto el editor como el director del medio periodístico que publica una obra sin indicar su autoría, cuando una mínima y razonable precaución hubiera podido evitar tal omisión.

En efecto, no es dudoso que el director del medio de que se trate puede prever, sin

mayores dificultades, el daño que podría causar al afectado esa violación al derecho moral de paternidad y de algún modo así también lo entendió la codemandada al contestar la demanda, cuando no centró sus defensas en la falta de legitimación, por lo que en este aspecto habré de coincidir con la propuesta que efectúa para este agravio la distinguida colega que me precede en el voto.

II. El derecho de autor, como conjunto de facultades morales y patrimoniales a favor del creador sobre su obra, es reconocido en la ley 11.723 en forma asistemática, debiendo entenderse por facultades morales a las prerrogativas inalienables y perpetuas de que goza el creador y que lo facultan para defender la integridad de su creación y verse identificado en ella, así como la posibilidad de dar a conocer su obra cuando y en la forma en que el autor desee. Estos reconocimientos son corrientemente denominados derechos morales y lo son a la paternidad, a la integridad o respeto y a la divulgación de la creación y podemos encontrarlos en los arts. 2-implícitamente-, 22, 39, 51 in fine, 52 y 83 de la ley de Derecho de Autor.

Los derechos de explotación económica por otra parte son los que le otorgan al titular el derecho exclusivo de obtener para él un provecho pecuniario mediante la puesta en comercio de la obra, y están consagrados ampliamente en el art. 2 del mismo cuerpo normativo en tanto dispone que el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y de exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma. (Conf. Federico A. Villalba Díaz, "Limitaciones a los Derechos de Autor en la ley 11.723" J.A, Fascículo 7 2005-I del 16/2/2005, pág. 9).

Definidas las atribuciones que la ley le confiere al titular de derechos de autor, corresponde ponderar cuáles son los que se habrían visto vulnerados en la presente causa, donde no se discute la paternidad de la obra fotográfica cuya tutela se reclama. En efecto, la demandada reconoció que cada vez que la

publicaba pedía autorización al actor, aún cuando la insertó en las publicaciones de los días 22 y 24 de marzo de 2001 sin el nombre del Sr. Villalobos. Por lo tanto, quedó definitivamente acreditada la autoría de la misma en cabeza de éste.

Sin embargo, y a efectos de considerar el reclamo resarcitorio por la violación de los derechos exclusivos de explotación económica es necesario analizar la cuestión que fuera introducida por el demandado en su agravio en tanto cuestiona que de la obra fotográfica que da origen a estos actuados se encuentre dentro del término del dominio privado, toda vez que el instituto del Dominio Público del derecho de autor es, por su naturaleza, de orden público, lo que provoca que aún si fuera extemporáneo el planteo, deba la suscripta abocarse a su análisis.

En el mismo orden de ideas, manifiesta la accionada que.. el derecho del señor Villalobos para peticionar por el presunto derecho de autor finiquitó al cumplirse los 20 años desde la primera publicación de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de la ley 25.006 En este sentido, le asiste razón a la demandada al recordar que la obra fotográfica merecería tratamiento especial en la ley de Propiedad Intelectual.

En efecto, mientras el plazo genérico de protección establece un término de 70 años posterior al primero de enero del año siguiente del fallecimiento del autor, la protección de la foto se reduce a solamente 20 años posteriores a la primera publicación. Curiosamente, el art. 34 de la ley 11.723 fue modificado dos veces desde 1933, y el plazo de tutela del objeto de protección de que se trata, nunca fue aumentado. Por ello, resulta errada la referencia que la accionada cita en su agravio ya que la ley 25.006 cambió solamente el plazo de protección de la obra cinematográfica, dejando indemne el término que nos interesa.

Esta diferencia de protección con el resto de las obras merece un párrafo aparte y tiene su origen en la creencia de que el arte resultante de una fotografía era el producido del mecanismo de fijación de imagen que la cámara realiza y no tanto de la creatividad del fotógrafo que la obtiene. Sin embargo, si

revisamos la primera ley de derechos de autor de la Argentina No. 7092 del año 1910, se advierte que no existía diferencia de tutela con el resto de las obras. En efecto, el art. 2 de dicha norma indicaba que para los efectos de esta ley, las obras científicas literarias y artísticas comprendían fotografías y el art. 50 señalaba que la propiedad científica, literaria o artística corresponde a los autores durante su vida y se trasmite a los herederos o derecho-habientes por el término de diez años posteriores a la muerte del autor no distinguiendo otros plazos entre las obras protegidas. Veintitrés años más tarde, con la sanción de la ley 11.723 el plazo de protección virtualmente se redujo, ya que si bien se aumentó de 10 a 20 años el término de amparo, se modificó el régimen de protección post mortis auctoris por el de post publicationem.

En el primer comentario a la ley 11.723, Argentino Romero hace mención a que el origen de la primera parte del art. 34 de la ley 11.723 es el art. 31 del decreto-ley 1950 del 7 de noviembre de 1925 sobre derecho de autor italiano, que resulta ser una copia textual. El mismo autor paradójicamente dice en su obra "La Propiedad Intelectual" (ley 11.723), Ed. Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires 1935, pág. 400, que con la normativa actual nuestros autores no tendrán necesidad de renovar la vieja polémica de los escritores y tribunales franceses para determinar si la fotografía es una obra de arte y como tal merecía la protección de la ley de propiedad intelectual o era simplemente una reproducción material sobre la cual no era posible que se ejercieran derechos de autor.

Actualmente no se discute si la fotografía es arte y la asimilación que realiza con plazo de protección de las demás obras el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, ratificado por ley 25.140 (B.O 24/9/1999) disipa toda otra duda. De todas maneras, la duración del derecho sobre las obras fotográficas nacionales sigue siendo de veinte años a partir de la fecha de la primera publicación. Y en tal inteligencia queda por establecer cual fue, entonces, el momento que la mentada obra tomó estado público.

Nadie duda que la fecha de la toma fotográfica de autos fuera durante la madrugada del 24 de marzo de 1976, y en tal sentido huelgan pruebas y reconocimientos mutuos en esta causa, sin perjuicio que tal imagen quedó grabada en la retina y en la memoria de un gran sector de la población. Pero donde existen dudas es acerca de cual fue realmente la fecha de la primera publicación de la misma, hecho determinante para computar el plazo de protección. A fin de determinar ese momento, no podemos sino analizar las probanzas que cada parte incorporó en autos. Por un lado, el actor sostiene que la publicación fue en el exterior y que en nuestro país, recién al final del régimen de facto, denunciando como primera aparición la del día 22 de marzo de 1998 en el diario Clarín y que el derecho de autor sobre la fotografía fue inscripto en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual mediante procedimiento previsto en el art. 30 de la ley 11.723; y que su negativo se encuentra en custodia en el depósito especial de Bethman Archives, en los Estados Unidos Sin perjuicio de señalar que ninguno de estos extremos se probó, tampoco resultan necesarios para zanjar la cuestión que aquí se ventila.

En efecto, el registro de obra fotográfica es facultativo ya que no constituye derechos y solamente sería necesario a los fines probatorios de la autoría, extremo éste que no se discute en esta causa. Y por otro lado, las demandadas Arte Grafico Editorial Argentina y la Sra Ernestina Herrera de Noble tampoco negaron en su responde la veracidad de las fechas de publicación que la actora brinda.

A mayor abundamiento, y por el principio de la prueba dinámica, también le incumbía a la demandada arrimar elementos de convicción en punto a la presunta publicación de la foto cuestionada a partir de 1976, máxime siendo la titular del diario de mayor publicación en el país era sin dudas quien estaba en mejores condiciones de abonar con certeza la primera publicación en Argentina. Dicho de otra manera, quien debía acreditar que la ya conocida fotografía se encontraba en dominio público, era la demandada, extremo que no acreditó en modo alguno.

Por lo tanto, debemos tomar como cierta, en el marco de la presente contienda, como fecha indubitada de la primera publicación, la realizada el día 22 de marzo de 1998, por lo que la obra fotográfica en cuestión a tenor de lo expuesto aparece como permanente en el dominio privado y faculta al accionante a obtener en consecuencia una reparación por el uso no autorizado de la misma, coincidiendo con la conclusión de la Sra. Vocal preopinante también en este aspecto.

III.- Reclamo por violación al derecho patrimonial de explotación económica.

Ahora bien, a efectos de fijar el quantum indemnizatorio, del que se agravaron ambas partes, conviene efectuar previamente algunas consideraciones:

En primer lugar, la a quo introduce en los rubros de daño patrimonial y el moral el mismo supuesto, o sea haber realizado la publicación sin referencia a la mención del autor; y que dicha circunstancia comporta un ilícito susceptible de reparación. Coincido con la jueza de grado en su conclusión pero advierto que tal extremo corresponde únicamente al rubro por reparación por lesión al derecho moral de paternidad, que será tratado en el punto siguiente.

En cuanto al resarcimiento por el uso no autorizado de las obras fotográficas, quedó probado que en otras oportunidades se le abonó al actor una suma de dinero por el uso de las mismas, previo requerimiento de autorización para insertarlas en el diario. y que si bien no se acreditó que la accionada hubiera efectivamente dado en pago \$ 500 por dicho concepto, -según la demandada, por el uso de la fotografía de autos, dicha suma aparece como un indicador del precio de mercado por el uso de la misma en un medio gráfico de gran tiraje y al momento del hecho.

En efecto, en el escrito de demanda se reconoció que por lo menos existía la promesa de pago por el mismo importe, cifra que no fue cuestionada como irrazonable, tanto es así que la actora expresó que el apoderado del periódico de la demandada le manifestó que en

la administración del diario existía pendiente de pago una factura de \$ 500 en concepto de retribución por tal fotografía. Continuando con el relato afirma que su letrado se comunicó entonces con el referido apoderado de Clarín para coordinar el pago de la compensación por el uso haciendo obvia referencia al mismo importe.

Por lo tanto, si al momento de los hechos ilícitos que dan origen a estos actuados existía conformidad en el precio por el uso de la célebre fotografía, no hay razón de apartarse de dicha suma para establecer otra distinta. Por lo tanto, en el rubro correspondiente al daño patrimonial, considero que corresponde la reducción del mismo a la suma de QUINIENTOS PESOS (\$ 500.-).

IV.- Reclamo por violación al derecho moral de paternidad.

Por otra parte, y de acuerdo a los términos expresados en el agravio de la demandada, no se discute en esta instancia la procedencia del resarcimiento del daño provocado por la violación al derecho moral de paternidad. En efecto, la propia accionada reconoce que el señor Villalobos tiene acción por el presunto daño moral o dicho de otro modo tiene legitimación para demandar por ese concepto.

La tutela otorgada en este aspecto es evidente pero a mi criterio resulta excesiva.

Existe un reconocimiento expreso de la procedencia del daño aunque la obligada se agravia por el monto. Si nos atenemos a los términos del reclamo, no se trataría de una petición por daño moral, sino más bien de un pedido de indemnización por lesión al derecho moral de paternidad, que se encuentra reconocido en los art. 52 in fine de la ley 11.723 en tanto dispone que aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho de exigir la fidelidad de su texto, en las impresiones, copias o reproducciones que se efectúen, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor.

Nos enseña Santos Cifuentes, cuando analiza el mismo tema ,que este daño aparece

sostenido sin mayor esfuerzo, en la idea del llamado derecho moral del autor o paternidad. La faz inmaterial del derecho de autor ha sido lesionada; el área extrapatrimonial fue invadida; la paternidad violada. Los efectos aparecen con mayor propiedad in re ipsa y se delegará en el juzgador la determinación de la suma que representa ese daño para dar satisfacción al afectado Conf. Daños. Como evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado) en V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor) Ed. Zavalía Buenos Aires 1990, pág. 306).

La petición se funda, y en este punto tampoco se discute, en la ausencia de mención del nombre del autor que identifique la obra fotográfica en cuestión y que en lugar de dicho signo, se colocó la leyenda Archivo Clarin. Esta situación, tal como aparece representada en el plexo probatorio, no aparece como una acción dolosa, tal como lo describe la accionante, sino más bien como una manera de indicar que la vista fotográfica publicada fue obtenida de los archivos del periódico. De todas maneras, dicha omisión de consignar el nombre del autor no puede ser considerada excusable según los dichos de los demandados, siendo innegable el daño que le provoca en sus intereses artísticos y personales al Sr. Villalobos ese extremo.

Así las cosas, habiendo quedado debidamente acreditada en la anterior instancia la paternidad de las fotografías, tópico éste que no integra el thema decidendum de este tribunal y que del material probatorio arrojado por la actora, no surge que en la publicación de la obra fotográfica que motiva las presentes se hubiera hecho constar la referida autoría tal como lo reconoce la propia accionada cabe concluir que la demandada ha violentado el derecho moral de paternidad que a la accionante le correspondía sobre su obra.

En efecto. Como enseña Isidro Satanowsky el hecho de crear una obra, hace nacer entre ésta y el autor un vínculo personal muy fuerte, que no puede ser quebrado por ninguna convención. Algunos lo consideran como esencia misma del derecho de autor. Otros,

como uno de los elementos de ese derecho. El autor ha puesto en su obra una parte de su personalidad y tendrá, por lo tanto, el derecho a defenderla aunque pase enseguida a manos extrañas... En otros términos, el derecho moral tiene por objeto defender la personalidad del autor de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora. Se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible, y trata de evitar que se perjudique en lo esencial los intereses personales o artísticos del autor (ver Satanovsky, "Derecho intelectual", vol. I, 1954, Ed. TEA, p. 166). Entre los contemporáneos, Carlos Alberto Villalba y Delia Lipszyc, sostienen que el derecho a la paternidad -o de paternidad artística- es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra y comprende el derecho de reivindicar la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre.. (Conf.El Derecho de Autor en la Argentina, Ed. La Ley, 2005, pág. 87).

La Jurisprudencia reconoció en varias oportunidades el derecho a un resarcimiento económico por la violación al derecho moral del autor. En Fioravanti, Roberto B. c/ Techint Cia Técn Internacional S.A? de la CNCom, Sala A, febrero 5-1996, en LL 1996-D,160, se sostuvo que la omisión indebida de la mención del nombre del sistema y la del titular del derecho importa un agravio al creador a su derecho a ser siempre vinculado a la obra. Ello importa también una lesión a un derecho de contenido patrimonial que, en el lenguaje común, se identifica como derecho al cartel; ya que la publicidad tiene un claro e inequívoco significado y contenido económico.

En varios supuestos en que el derecho patrimonial del autor se había cedido o había entrado en dominio público, se ha reconocido derecho a reclamar por la violación a los derechos morales, por ser estos inalienables e imprescriptibles (Waveluk, María c/ Iglesia Ortodoxa Rusa, de la CNCiv, Sala G, octubre 14 de 1993, y Heinrich, Ana M. v. Ediciones Altaya S.A. CNCiv., sala D, 21 de abril de 2005)

En tan inteligencia, y en atención a la importancia y vigencia de su obra fotográfica, según los dichos de las demandadas, resulta a

mi juicio ajustada la suma de tres mil pesos (\$ 3.000), otorgada por la magistrada de grado, cuya confirmatoria propicio-

V.- Requerimiento de reproducción de la foto y reconocimiento de autoría en dos columnas del diario demandado.

Como ya fuera analizado, la actora se agravia por el rechazo de la a quo a publicar la fotografía con indicación de su paternidad. Cita al art. 27 inc 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica. Este último artículo dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley . Pues bien, a mi criterio no resultan aplicables a este caso las reglas de rectificación dispuestas por la ley 23.054 que ratifica dicho convenio.

Por un lado, y al margen de ya haberse propuesto en el considerando anterior un resarcimiento por violación al derecho moral de paternidad, este reconocimiento tiene su origen en el hecho objetivo de la ausencia del nombre del autor que acompañe la obra y no de un actuar doloso e injurioso, sino que respondió sin hesitación a una negligencia inexcusable, atento lo cual parece poco razonable aplicar el instituto en el particular. No encuentro tampoco en la ley 11.723 disposición alguna que lo sustente.

Badeni conceptualiza al derecho de rectificación como una "facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión de publicar, en forma gratuita, aquellas

manifestaciones aunque la causa de la réplica reside en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió" (Badeni, Gregorio (1991), Libertad de prensa, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina pp. 218 y ss.).

Como se puede observar, los objetivos y fundamentos del instituto que la actora pretende aplicar resultarían forzados para reparar el daño causado, máxime si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido y que el hecho ventilado en estos obrados no afectó la reputación personal del accionante, no habiéndose por otra parte desconocido la autoría o atribuido a persona diferente de su verdadero autor, por lo que encontrándose a mi juicio debidamente receptados sus derechos a través de las indemnizaciones que se le reconocen, debo disentir en este aspecto con la distinguida colega preopinante, propiciando la confirmatoria del considerando V de la sentencia apelada.

En lo que hace al curso de las costas, adhiero al voto precedente, por resultar sustancialmente vencida la demandada. Tal mi voto.

La Dra. Zulema Wilde dijo:

En los presentes se trata de una acción resarcitoria; de allí la diversidad de personas que pueden ser legitimados pasivos, según la relación causal que se alegue y pruebe, lo que no modifica la necesidad de configuración de los presupuestos básicos para que sea proponible la acción.

La calidad invocada por el actor es la de dañado, frente a quien o quienes se les imputa una acción u omisión por la que se ha causado un perjuicio.

Por ello, en cuanto a la cuestión traída respecto a la falta de legitimación pasiva de la codemandada, debo hacer notar que el desplazamiento habido en materia de responsabilidad civil ha convertido al daño injusto resarcible en el centro del sistema reparatorio. (Tucci, Giuseppe "La risarcibilita del dano de atto lecito nel Diritto Civile" en Riv. Dir. Civ., 1967-I, pág. 263).

El daño origina la obligación de resarcir, de allí la equivalencia entre ambos (daño e indemnización). No es una sanción para quien se le imputa su causación, sino una obligación a reparar el daño injustamente causado en el patrimonio de la víctima, provocando su traslación hacia aquel que debe soportarlo (ver Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIX Vol. I. Montevideo. Uruguay. 1991).

Indicado y determinando el daño como lesión al interés tutelado por la ley - en este caso, la de propiedad intelectual - estamos en presencia de un interés patrimonial y extrapatrimonial legítimo lesionado (Agoglia, M. Boragina, J. C., Meza, J.A. "Responsabilidad por el hecho ajeno". Pág. 487 Ed. Depalma, Bs. As. 1995. Calvo Costa, Carlos A. "Daño resarcible" Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005).

Este desarrollo conceptual posibilita incluir sin dificultad a las omisiones dentro del acto ilícito, las que sin duda han sido introducidas en el art. 1074 del Código Civil, mas esta concepción objetiva habilita una comprensión más amplia del tema, al darle armonía con los principios generales, integrándolos con el de "alterum non laedere" (CSJN, 05/08/86, "Santa Coloma, Luis I. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos", LL, 1987-A-442; JA, 1986-IV-624 y CSJN, 05/08/86, "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina", ED 120-522, con nota de Germán Bidart Campos).

Toda conducta contraria al valor que protege (no dañar), sin que exista justificación (Calvo Costa, Carlos A. "Daño resarcible", ob. cit.. Pág. 491. Conclusión N° 15) configura la antijuridicidad.

En nuestro caso, la imputación de responsabilidad a la codemandada, dentro de la actividad desarrollada ha producido un daño a intereses protegidos de terceros (el actor), de allí que surja la obligación de reparar el perjuicio producido (supuesto jurídico - ver Casiello, Juan José. "Atipicidad del ilícito civil". Bueres, A. J.. "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial". Tomo 3 A. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1999 y VI Jornadas Bonaerenses de

Derecho Civil, Comercial y Procesal. Junín. Provincia de Buenos Aires. 1994. Comisión N° 1).

La justificación intentada - el error excusable invocado - muestra el reconocimiento de los hechos imputados, sin discriminarse si es por el hecho propio o por el hecho del tercero. En razón de la escasez de la prueba traída a los presentes (ver fs. 11 e informe de fs. 125, 127, 128, 129, 130), se dificulta el deber y/o facultad del tribunal de encuadrar la cuestión en virtud del principio "iura novit curia".

Sin embargo, la oposición formulada por la actora a que fuera sustituida la persona física de la codemandada en la oportunidad de absolver posiciones (ver fs. 89/90) posibilita encontrar una solución formal.

Lo afirmado, a pesar de haber sido sólo incidentalmente tema de debate, y sin haber tratado en profundidad los supuestos de responsabilidad propia o por el hecho del otro, al no diferenciarse las situaciones, al no plantearse la cuestión con precisión en el escrito de inicio, ni en la contestación de demanda en virtud de la importancia que tiene la acción de reinverso.

El presupuesto procesal que hace a la legitimación subjetiva activa se encuentra reunido frente al reconocimiento expreso del hecho propio al no cuestionarse lo decidido a fs. 123 (ver fs. 137/143), de allí la proponibilidad de la pretensión y en los términos determinados.

En consonancia con lo expuesto, adhiero a la propuesta de revocación del fallo dictado en este aspecto.

II. En cuanto a la extinción del plazo de protección legal de la obra articulado es dable hacer notar que no fue motivo de debate como consecuencia de no haber sido articulado como defensa en tiempo oportuno (ver fs. 167/170 y fs. 177/186).

El límite que la ley le impone al Tribunal en cuanto a que no puede fallar sobre aquellos capítulos no propuestos a decisión del juez de la anterior instancia, se impone en este caso.

Esta defensa no fue planteada por la demandada en la ocasión pertinente, lo que evitó que fuera tema de discusión las cuestiones de hecho que hacen a la precisa determinación del cuándo y el dónde se produjo la primera publicación.

Al no alegarse la defensa, no se discutió sobre ella y consecuentemente tampoco se produjo prueba sobre lo señalado, por lo que al no ser un hecho cuestionado, se tuvo por cierto que el plazo de protección se encontraba vigente y en consecuencia la obra no había entrado en el dominio público. (Kielmanovich, Jorge L. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado. T. II. Págs. 656 a 660. 2ª edición ampliada. Lexis Nexis Abeledo Perrot. Bs. As. 2005).

De allí que deba coincidir en que no deba entrarse a resolver sobre cuestiones que no fueron capítulos propuestos en la instancia anterior, no sólo por respetar prolijamente los principios generales procesales que se juegan, sino fundamentalmente por las garantías constitucionales que éstos resguardan (art. 277 CPCC).

III. En cuanto a lo esbozado por la demandada en el punto 3 a de sus agravios, entiendo que ellos no implican un cuestionamiento al monto del resarcimiento otorgado, sino a la falta de presupuestos del daño injusto, y, por lo tanto, carencia de derecho para petitionar lo pretendido.

De allí que, rechazado el agravio en cuanto a la existencia de responsabilidad de la parte demandada, por las razones ya vertidas en el considerando anterior y en el voto que encabeza este acuerdo, debe propiciarse la confirmatoria de la sentencia sobre la indemnización en cuestión, por no haber agravio que reparar (arts. 34 inc. 4ª y 163 inc. 6ª del CPCC).

IV. Es necesario analizar si el resarcimiento otorgado asume el carácter del llamado "daño directo" y/o "indirecto".

A fin de precisar, debo seguir a Zannoni en uno de los criterios de distinción cuando se

categoriza al primero como “el que ha inferido inmediatamente un menoscabo o perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir, en sus bienes”, mientras que llamamos indirecto, al que se ha ocasionado sobre “bienes jurídicos extrapatrimoniales de la víctima, es decir, a los llamados derechos de la personalidad - su integridad física, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc. - que sin embargo, en forma mediata, se traducen en perjuicios o pérdidas patrimoniales” (Art. 1068 del Código Civil) (Alterini, A.A., Ameal O., López Cabana, R., Derecho de las Obligaciones, Punto 487, Pág. 225, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, Llambías, J.J., Obligaciones, Tomo I, N° 238, 3ª edición, Buenos Aires, Ed. Perrot 1978).

El derecho al honor ha sido el que se ha considerado lesionado en el primer voto que encabeza este acuerdo e indirectamente provocaría daño a intereses patrimoniales.

Seguendo a Cifuentes, los derechos de la personalidad constituyen aquellas manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos (Ver “Los derechos personalísimos, Butles Lord, 1974, pág. 137).

Estos bienes jurídicos provenientes o reconocidos a los seres humanos por la ley, en tanto son personas, no están sistematizados en nuestro Código; sin embargo, las normas contenidas en los artículos 1089 y 1090 se refieren al honor.

El honor, “para existir en el sentido propio del término, no basta con tomar conciencia de sí, es necesario también emitir un juicio de valor sobre sí mismo ...” Es poder contemplarse con alguna objetividad” (Leff Ignace, “La comunicación de la existencias”, Buenos Aires, Ed. Lohle, 1964, página 24).

“El honor es el íntimo y raigal valor moral de la persona” (Fernández Sessariego, Carlos, “Derecho de la personas”, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, 3a edición, Lima, Stadium, 1988, pag. 45).

No es este el único aspecto de la cuestión a considerar, siguiendo el pensamiento de Castán Tobeñas; la otra dimensión, es la objetiva, “el reconocimiento que de nuestra dignidad personal formulan los demás” (Fernández Sessariego, Carlos. “Derecho a la identidad personal y otras figuras”, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 187).

Castán Vázquez menciona que interesan las dos vertientes del honor, tanto la subjetiva como la objetiva. (Castan Vázquez. “La protección al honor en el derecho español”. Revista general de legislación y jurisprudencia, 1958, pág. 6, citado por Fernández Sessariego, C. en la obra citada, págs. 190/191), mostrando con una frase singular la distinción entre “honor” y “honorés”, ya que el honor “puede perderse en el mismo momento en que se están alcanzando los honores y puede ganarse mientras se pierden estos”.

Lo referido a honores está vinculado a la reputación, al aspecto objetivo de la situación.

La forma más común de vulnerar la reputación es atribuir a una persona un hecho falso, inexacto, que no corresponde a la verdad (Zeno Zencovich, “Onore e reputazione nel sistema del diritto civile”, pág. 105 citado pág. 191).

De lo puesto de relieve, puede deducirse que en la situación jurídica analizada en los presentes, no ha habido falsedad o deformación en lo esencial respecto a la reputación de la persona. Se ha tratado de un error no excusable, en el que no se emite juicio de valor alguno, que deteriore la dignidad personal, ni tampoco el “honor” o los honores, en relación a los demás.

Se determina con precisión en el voto que me antecede que ha sido una violación al derecho moral de paternidad, al no mencionarse el nombre del autor, no existiendo plagio, ni siendo un caso de reproducción indebida; prueba de ello es el requerimiento de compensación por el uso (ver fs. 6 y 32).

Merituando el criterio de distinción esbozado, el daño directo es extrapatrimonial y, consecuentemente, “su resarcimiento queda

enmarcado en los parámetros del daño moral (art. 1078 CC)”. (Ver Zannoni, E., obra citada, pto. 32 - El resarcimiento al interés patrimonial indirecto por lesión a los derechos de la personalidad -).

Sin perjuicio de la ganancia de la que fuera privado el damnificado por el hecho ilícito (art. 1069 CC) provoca un daño patrimonial, y éste es el que ya se ha resarcido como “daño patrimonial indirecto”, perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 CC) derivado del derecho patrimonial de paternidad, habiéndose hecho alusión en el punto III de este voto, que remite al que encabeza este acuerdo. La norma especial no hace más que aludir a este tipo de daño (Ley 11.723).

Inclusive, la forma de composición receptada muestra que se trata de un daño patrimonial o “económico” (ver Gherzi, C. A. “Teoría General de la reparación de los daños” Ed. Astrea, pág. 302, Bs. As., 1997), ya que se opta por las dos formas posibles: en especie o “in natura”, y la pecuniaria o reparación por equivalente (art. 1083 CC).

El daño moral pareciera que no es posible, regresarlo al “status quo” anterior al hecho, ya que sólo es factible desagraviar o satisfacer a la persona dolida.

Bajo estas condiciones, merituando la entidad específica del daño que se repara y el límite que impone la norma contenida en el art. 1083 del Código Civil, a pesar de la falta de oposición, debo adherir al rechazo que se propicia en el punto V del voto precedente, en el que se ha realizado una medición subjetiva del daño, señalando la intensidad de la culpa; así como una objetiva, por el nivel de reprochabilidad media. Criterio, el primero, que no comparto para este supuesto legal.

Parecería adecuado mencionar que la indemnización del daño moral tiene carácter resarcitorio, no punitivo; sin perjuicio de ello, al determinarse el quantum, ha de meritarse la conducta del causante del daño, valorando su mayor o menor grado de previsibilidad de las consecuencias (arts. 902 y sptes. del Código Civil).

Asimismo, entiendo que las circunstancias fácticas del caso no permiten una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 27 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 14 del pacto de San José de Costa Rica, por tratarse, como se desarrolló, de un caso diferente al contemplado en las Convenciones.

Nótese que la publicación que aclara quién es el autor de la fotografía en las condiciones pedidas, no sólo provoca el cese del hecho dañoso generador, sino también la cesación real y efectiva del daño (Ver Moisset de Espanés, Luis, “Cesación del daño, JA, 17/11/99 N° 6168). En la medida de lo posible, por lo menos, debe evitarse la duplicidad, lo que es un exceso en la reparación. (Ver “Existencia de una ideología de la reparación”. Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas. Responsabilidad Civil de los profesionales. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005).

La reforma del Código Civil, a través de la ley 17.711, trajo un sistema de resarcimiento alternativo, en la medida que al deudor se le puede requerir una de las dos prestaciones “independientes y distintas” (art. 635 del mismo Código), por un lado, una obligación de hacer, y por otro, una obligación de dar sumas de dinero.

La elección recae en el acreedor, en nuestro caso, el actor. Este no ha optado si no reclamó ambas; en consecuencia, no ha habido una clara “manifestación de voluntad del damnificado” en un sentido que fuera comunicada al responsable”, con la cual “se agota” la facultad de elegir y el objeto de la obligación queda concentrado en el que fue elegido” (ver Llambías, J.J. Código Civil Anotado. Tomo II B. Art. 1083. Pág. 337. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1979).

Peticionado el resarcimiento dinerario y también la recomposición “in natura”, cabe determinar al Tribunal una sola de las formas.

Dado el orden de votación, así como el contenido de los votos precedentes, a fin de alcanzar la mayoría necesaria, me inclino por la reparación pecuniaria, no mediando un supuesto de exclusión que impida este tipo de

indemnización. Esta contingencia me inclina en ese sentido, en este caso en especial, por lo que adhiero a la suma propuesta por mi distinguida colega de Sala, Dra. Marta del Rosario Mattera.

En consecuencia, doy mi voto para que:

1) Se modifique la sentencia de fs. 177/184, haciendo lugar a la demanda entablada contra los codemandados Sra. Ernestina Herrera de Noble y Arte Gráfico Editorial Argentino SA.

2) Se eleve a pesos quince mil (\$ 15.000) el resarcimiento por daño moral.

3) Se impongan las costas de ambas instancias a las codemandadas vencidas.

4) Se confirme la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y de agravios.

[...]

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

Por Unanimidad:

1) Modificar la sentencia de fs. 177/184, haciendo lugar a la demanda entablada contra los codemandados Sra. Ernestina Herrera de Noble y Arte Gráfico Editorial Argentino SA.

2) Imponer las costas de ambas instancias a las codemandadas vencidas.

Por Mayoría:

3) Elevar a pesos quince mil (\$ 15.000) el resarcimiento por daño moral.

4) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y de agravios.

[...]