C02 46713/4

En la ciudad de Corrientes, a los veintitres días del mes de marzo de dos mil once, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Guillermo Horacio Semhan, Juan Carlos Codello y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Dr. Carlos Rubín, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Norma Cristina Plano de Fidel, tomaron en consideración el Expediente Nº C02 - 46713/4, caratulado: "**MIDON, MARCELO SEBASTIAN C/ MARIA MERCEDES VAZQUEZ, SILVIO VALENZUELA Y JORGE FELIX GOMEZ S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".** Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Guillermo Horacio Semhan, Fernando Augusto Niz, Juan Carlos Codello y Carlos Rubín.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SE PLANTEA LA SIGUIENTE:

C U E S T I O N

¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

I.- Contra la sentencia pronunciada por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esta ciudad (fs.663/682 y vta.), que al hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación deducidos resolvió revocar los montos que fijó la sentencia del primer juez y condenar a los demandados en autos, Sres. Jorge Félix Gómez por un lado y María Mercedes Vázquez y Silvio Valenzuela por otro, a pagar solidariamente al actor en concepto de indemnización por daño moral la suma de $75.000 (pesos setenta y cinco mil), y por pérdida de chance $25.000 (pesos veinticinco mil), fijando por mayoría un interés a aplicarse a partir de la fecha de la primera producción del

hecho y hasta su efectivo pago correspondiente a la tasa activa, nominal, anual, no capitalizable que utiliza el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos, con costas en primera instancia a cargo de los demandados y en la alzada en la forma establecida (80% a los codemandados y 20% al actor); ambos accionados interponen sendos recursos de inaplicabilidad de ley (fs.688/706 y vta. y fs.711/723 recíprocamente).

II.- La decisión es definitiva y habiendo los recurrentes satisfecho los restantes recaudos formales - plazo y depósito-, ambos medios de gravamen devienen admisibles.

III.- La demanda se encaminó a obtener de María Mercedes Vázquez y Silvio Valenzuela como de Jorge Félix Gómez -demandado como propietario o Director responsable de LT7 Radio Provincia de Corrientes (AM 900) y de FM Capital (FM 95,3) - el resarcimiento por daño moral y pérdida de chance por la suma de $ 200.000 o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, intereses legales, desvalorización monetaria y costas, derivados de las ofensas denunciadas por el actor contra su persona y desempeño como profesional de la abogacía habidas durante el programa radial "En el aire" emitido a través e LT7 por los periodistas que lo conducían, los días miércoles 19 y jueves 20 de Mayo de 2.004.

La pretensión prosperó en primera instancia por los rubros y montos solicitados, todo en los términos de los arts. 512, 902, 1067, 1068, 1081, 1089 y 1109 del Código Civil y doctrina judicial mencionada por el primer juez.

IV.- La Cámara, para decidir como lo hizo y luego de analizar los elementos incorporados a la causa, calificó el caso como aquellos "difíciles", en razón de estar comprometidas y controvertidas tutelas de origen constitucional.

Resolvió que el fallo del primer juez cumplimentó extrínseca como intrínsecamente con los requisitos del art. 163 siguientes y c.c. del C.P.C y C. Luego, confirmó la merituación que hizo de los testimonios producidos en el proceso por ambas //

partes, resultante de la sana crítica racional y de sus propias convicciones. Y compartió el razonamiento acerca de las actas desgravadas del hecho generador de la acción, habiendo obtenido una presunción judicial válida.

De este modo, verificó la responsabilidad de Vázquez y Valenzuela en tanto profirieron hechos injuriantes y difamatorios públicamente en la emisión de los programas sin reserva de la identidad del abogado, lo que excedió el fin propuesto al dar la noticia y el derecho de libertad de prensa, vulnerando derechos personalísimos del actor. Calificó al caso como de responsabilidad profesional por el hecho propio, en el caso el uso del micrófono, sin haber desvirtuado los sujetos informantes ni tomado las diligencias necesarias para evitar la presunción de error o inexactitud de la información. No distinguieron, expresó el primer Vocal, entre información y comentario, con más razón entre realidad y ficción, y no probaron que el actor fuera lo que manifestaron, careciendo sus dichos de veracidad y objetividad. Agregó entre otras consideraciones que M.M. Vázquez y S. Valenzuela debieron ser previsibles, debieron evaluar la actitud difamatoria del honor del actor, Dr. Midón y son responsables por la forma en que se expuso la información. Ejercer el periodismo obliga a anteponer razones a las opiniones, los hechos y las posiciones, porque ninguna información pública sana puede formarse con criterios sesgados interesados y menos aún falsos, añadió.

En cuanto a la responsabilidad de Jorge F. Gómez, resolvió la Cámara que en su accionar posterior al primer hecho que generó la acción, y probado como quedó que la emisión de los programas generadores del hecho antijurídico se hicieron desde el medio radial del cual es su Director, por esa circunstancia, no puede ser excluido de la responsabilidad que le cabe de resarcir solidariamente el daño causado, habiendo existido una actitud omisiva de su parte, esto es, no impidió que continuaran las diatribas verificadas contra Marcelo Midón. Abonó su criterio la no concesión inmediata al pedido

del actor de expresar su voluntad de ejercer el derecho a réplica garantizado en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la C.N.), negado en forma plena por quien figuraba como Director de Producción del Programa en cuestión, Sr. Carlos Pino. La obligación solidaria, agregó, nació pues de las conductas antijurídicas manifestadas en una unidad técnica de ejecución por parte de agentes productores directos del hecho ilícito y la radioemisora, que se constituye en vehículo necesario para la concreción de aquellas (arts. 512 y 902 C. Civil). Y va de suyo que la negligencia de su Director fue probada, surgiendo actos verificados realizados por el actor, incluso ante Escribano, y aún así se continuó con la actitud injuriante y calumniosa. Siendo Gómez el Director de LT7 Radio Provincia de Corrientes y constituyendo ésta el medio que permitió la salida al aire de las ofensas transcriptas en el fallo, ya en la segunda oportunidad de las diatribas, su responsabilidad es evidente (injuria en los términos del art. 1089 C. Civil).

En cuanto a los montos, los estimó elevados, reduciéndolos a los valores que sentenció. Y regida la causa por aquella disposición legal, la condena por daño moral la estimó procedente y en igual manera el daño potencial, teniendo en cuenta para el primero la cantidad y persistencia en el ánimo de injuriar, así como la enorme difusión del programa radial en que los insultos fueron proferidos, incluso lo especial del caso, pues las injurias tuvieron como motivo una defensa penal que la víctima hizo en ejercicio de su profesión de abogado.

Al referir al rubro pérdida de chance, entendió probado el daño no por la "pérdida de ganancias" sino la posibilidad de perderlas en el ámbito en el que actúa profesionalmente el demandante y en función de la gran zona de influencia de la radio a través de la cual se propalaron las imputaciones injuriosas. Y semejante "propaganda" aleja clientela del actor, daño que se computa a pesar del aumento que experimentó el patrimonio del abogado, pues de lo que se trata es que pudo haber obtenido mayores ganancias de no haber recibido el ataque que le infirieron.

Por mayoría se decidió fijar como interés a aplicar al capital la tasa

activa para operaciones de descuento de documentos del Banco de la Nación Argentina, con costas a los vencidos en primera instancia y en un 80% a éstos y el 20% restante al actor en segunda instancia.

V.- Los agravios: En su memorial de agravios, quienes representan al codemandado Jorge Félix Gómez denuncian violación y aplicación errónea de la ley, como la configuración de la doctrina del absurdo (art 278, incisos 1, 2, 3 del C.P.C. y C.).

Se disconforman en primer lugar con la extensión de responsabilidad a su parte basada en la teoría de la responsabilidad objetiva, por ser Gómez propietario y director de LT7 Radio Provincia de Corrientes, violándose así principios elementales que en materia de responsabilidad de los medios de comunicación social se ha establecido en forma reiterada en la jurisprudencia nacional y especialmente la doctrina de la Corte Suprema acerca de la responsabilidad subjetiva (art. 1067 y 1109 C.Civil), siendo el dolo o la culpa el único factor de atribución de responsabilidad de los propietarios y/o directores de los medios de comunicación. Piden por ello se lo aparte de la condena.

Les agravia que luego mude la Cámara su criterio y enrolándose en la teoría de la responsabilidad subjetiva asevere que se ha probado en autos la negligencia incurrida por el Sr. Gómez en su actuación vinculada a los hechos generadores de la demanda de autos. Aluden al reconocimiento que hizo el codemandado Valenzuela cuando refirió a la inexistencia de censura previa y que Gómez recomendaba a los periodistas que intervenían en los distintos programas que se proceda con máxima prudencia. Por lo que no puede imputarse que no cumplió su función de propietario y director de la radio. Agregan que como se trata "En el Aire" de un programa en vivo, para que pueda el Director impedir que en el mismo se viertan dichos ofensivos para terceras personas, debería estar permanentemente escuchando el programa para, en el momento adecuado, disponer el corte de la emisión o de la continuidad del programa. Conducta extraordinaria que no puede

exigírsele. También dicen que no surge probado que Gómez haya tomado conocimiento inmediato de lo acontecido en las emisiones del 19 y 20 de mayo, ni mucho menos de los términos que supuestamente se habían vertido. Aseveran que el uso de réplica fue solicitado recién el día 25 de mayo de 2.004, por lo que no puede decirse que la actitud injuriante y calumniosa continuó después de los actos verificados realizados por el actor, incluso con Escribano presente. A todo evento, el requerimiento hecho por Midón lo fue al Sr. Carlos Pino, Director del programa y como tal no tiene ningún tipo de relación de dependencia con Gómez o la radio pues se trata de periodismo independiente.

Critican el decisorio al no analizar aquello que debió probar el actor, en lo que respecta a la conducta de los demandados para hacerlos responsables, toda vez que no hace aplicación de la doctrina de la "real malicia" - CSJN causa "Patitó" 24.06.2008-. Piden la prueba por el actor de que el accionado conocía la falsedad de la información emitida o la total despreocupación para verificar de manera elemental su falsedad o acierto. Refieren a la causa penal que dio origen a la información, a la figura pública que ostentaba Marcelo Midón en ese momento.

A todo evento, impugnan las cintas magnetofónicas acompañadas por este último, conteniendo grabaciones que atribuyó a los demandados María Mercedes Vázquez y Silvio Valenzuela, por no hacer plena fe, al no comparecer la persona que llevó a cabo la supuesta grabación. También impugnan el valor otorgado a la declaración de Burna, quien si bien confiaba en su personal de grabado, esa confianza no asegura la autenticidad de las cintas. Y era carga del accionante -argumentan- probar la autenticidad del contenido de las cintas, lo cual no ocurrió.

Se oponen al monto de condena, impugnando por insuficiente la reducción operada sobre la base de la mera fijación sin ninguna pauta concreta. Y refieren a jurisprudencia de este Alto Cuerpo.

Recurren el tipo de tasa de interés por excesiva, pidiendo la pasiva que publica el BCRA. También se oponen a la fijación de las costas en la forma decidida y

en mérito a las razones que indican.

VI.- Quien representa a los periodistas por su lado (fs. 711/723) cuestiona la sentencia por incurrir en arbitrariedad, por autocontradicción y contener afirmaciones dogmáticas y dar fundamentos aparentes. Dice que la Cámara incurre en el mismo vicio que el decisorio anterior, condenando a sus representados sin prueba. Da preferencia a los pocos testigos producidos por la actora (Burna, Rivolta, Ros y Stegelman), quitando validez a los suyos quienes habitualmente escuchaban las audiciones de sus mandantes. Además, agrega, aquellos testimonios hasta son contradictorios con el Acta de desgrabación de las cintas presentadas y tenidas como definitorias cuando ni siquiera se probó su autenticidad, no demostrándose que las voces pertenecían a sus mandantes. Y era carga probatoria de la actora hacerlo, ni siquiera aplicable al caso - agrega- las reglas de la carga dinámica, por estar suspendida la aplicación del art. 360 en nuestro Código Procesal Civil.

Especialmente objeta el razonamiento respecto del testimonio de Burna, sus dichos no pueden considerarse, arguye, un indicio a favor del accionante. También se disconforma con el valor atribuido a las notas de desagravios remitidas por el Colegio de Abogados, por el Departamento de Derecho Procesal de la U.N.N.E. y la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho Procesal por las razones indicadas.

Considera excesivos los montos de condena, agregando respecto del rubro pérdida de chance que no se probó la entidad y extensión del daño, habiendo incluso aumentado el actor considerablemente su patrimonio después de la denuncia de los hechos que califica de injuriantes.

Cuestiona el tipo de tasa fijada y la fecha de arranque, debiendo a todo evento correr los intereses desde la fecha del acto sentencial y no desde la de

ocurrencia del hecho.

Por último, impugna el criterio adoptado al fijar las causídicas, las que debieron distribuirse en mérito al monto por el que en definitiva prospera la demanda y no solamente los rubros resarcitorios reclamados.

VII.- Habiendo verificado que los agravios vertidos por ambas partes impugnantes en lo referente a la prueba en general de los hechos que dieron origen a la demanda son similares, se tratarán en forma conjunta. Luego, analizaré la cuestión referida a la responsabilidad, los montos fijados, los intereses y costas.

VIII.- Los hechos:

Comparto la conclusión sentencial elaborada acerca de la eficacia probatoria de las fonograbaciones aportadas por el actor y considero que en modo alguno el razonamiento desplegado por el tribunal "a-quo" contraría las reglas de la sana crítica racional (art. 386 del C.P.y C.).

Obra en autos una transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte y han sido relevantes para la decisión del caso. La llamada "desgrabación" en la modalidad documental fue autenticada por notario, habiendo el Director de Información Pública de la Provincia, Julio César Burna, comparecido en calidad de testigo ofrecido por el co-demandado Gómez (fs. 284) y narrado que entregó a Midón las grabaciones del programa en cuestión y que si bien no fueron grabadas por él, lo hicieron personal en los que confía, habiendo procedido en otras ocasiones del mismo modo y nunca la grabación fue alterada o falseada. Considerar a esta declaración como puente o unión entre la grabación en sí misma y la versión escrita vertida por notario resulta razonable y no violenta en modo alguno las reglas de la lógica, más aún cuando se acude argumentalmente a los indicios y presunciones -apoyados en otros elementos de convicción como ser los testigos aportados por el actor, no desvirtuados por los de los codemandados y también a las adhesiones de diversas instituciones académicas y de colegiación de profesionales que han individualizado correctamente el programa "En el Aire" y las pertinentes emisiones ///

como productoras de los hechos en análisis- para justificar la válida presunción que convenció de la certeza del acaecimiento de los hechos que generaron la pretensión indemnizatoria.

Además, no se configura la absurda valoración de los dichos de los testigos que concurrieron al proceso, quienes fueron ponderados críticamente, valorando su calidad (la mayoría profesionales), la razón de sus dichos y la correlación entre las declaraciones, narrando quienes lo hicieron por el actor la notoriedad evidente que tuvieron los hechos en los ámbitos profesionales, justificando la Cámara la inexistencia de motivos para neutralizarlos, pues los ofrecidos por el demandante respondieron positivamente acerca de la existencia de los hechos porque los escucharon en el programa, sin embargo los otros (fs. 237, 239, 239 y vta., 240, 241 y 251 ofrecidos por los demandados) no dijeron que el hecho no sucedió sino que no escucharon, razonamiento de la Cámara impecable y ajeno a la figura de absurdidad. Con todo ello, la presunción a la que arribaron los sentenciantes es correcta. De tal suerte que en el caso, la dispensa valorativa que implica la neutralización de testimonios antagónicos no se configura, habiendo definido claramente el sentenciante a quienes cree y porqué. Coincide Jofré expresando que "si dos testigos clásicos que tienen a su favor la presunción de verdad se contradicen en el hecho principal deben desecharse. Por supuesto que no debe el órgano jurisdiccional recurrir a tal instituto si existen en las actuaciones judiciales respectivas probanzas no testificales que contribuyan a ser más creíbles una de las dos versiones testimoniales opuestas (CFR: Jofre Tomás, Manual de Procedimiento Civil y Penal, t. 174 al pie, 3 edición, editorial Abeledo). De ahí que cuando los dichos de los testigos son contradictorios hay que acordar eficacia a la declaración del sector que, en atención a otros elementos de juicio resulte más objetiva.

Considero pues, según el modo de ponderar la Cámara la concordancia y discordancia de los distintos elementos de convicción arrimados al proceso,

integrándolos entre sí, que su razonamiento es coherente, adecuado a las reglas de la sana crítica racional, inmune a la tacha de arbitrariedad. Ingresar al examen de tales cuestiones con base en la doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional y su finalidad no consiste en convertir al Tribunal en una tercera instancia ordinaria ni en corregir fallos equivocados, o que se estimen tales..." (Fallos, 310:676; 311:786; 312:246).

Y recuerdo que el mecanismo para modificar la solución sentencial no se cumple con la sola mención de una disconformidad con lo decidido. Por lo tanto, cuando como en el caso, los recurrentes no explican en forma argumentada ni menos aún rebaten el razonamiento y los hechos conducentes tenidos por probados para solucionar la litis, sustrayéndose en todo o en parte de las motivaciones esenciales que el pronunciamiento impugnado contiene, el remedio extraordinario al que acudieron resulta insuficiente.

De tal manera los agravios que ambos recursos contienen acerca de esta circunstancia resultan insuficientes para conmover el razonamiento del inferior, quien motivó adecuadamente la sentencia, habiendo valorado seriamente los argumentos y pruebas decisivas, arribando a una decisión adecuada, razonable y conforme a las constancias producidas en este proceso.

Siguiendo una larga línea de precedentes que este Superior Tribunal ha acuñado, se aplica al caso la siguiente regla: la apelación extraordinaria no está dada para tutelar los criterios discordantes o las meras discrepancias de criterios con la hermenéutica del juez de grado cuando ésta se apoya en una reflexión integral de la cuestión a la luz de la prueba aportada a la causa (STJ, Ctes., Sentencias 146/94; 156/94; 06/95; 10/95; 76/96; 30/2.006; 71/2.006; 15/2.007; 71/07).

Y memoro que la causal del absurdo requiere para su configuración la existencia de un error extremo, que acaece cuando al apreciar la prueba el juez incurre en vicios lógicos o violación de las reglas previstas para la valoración probatoria, situación no configurada en el "sub- examine" (CS. Fallos 297-173,298-561; 299-229; 300-390; 301- //

449 entre muchos; SCBA, Ac y S., 1992-IV-35, 315, 335 entre muchos otros).

IX.- No obstante lo dicho, considero también prudente referir - en las especiales circunstancias del caso- a las cargas dinámicas -variante del "favor probationis"- (art. 377 del C.P.C y C.) que coloca la prueba en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Y no puedo dejar de señalar que, a todo evento, LT7 Radio Provincia de Corrientes no pudo omitir el traer a juicio la grabación pertinente por ser quien debería contar con ella. Es que si bien ambas partes deben llevar a la presunción del juzgador la verdad de sus dichos, en mayor grado correspondía a quien contaba con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos (Cfr: Morello, Aspectos modernos en materia de prueba, "Revista de derecho Privado y Comunitario" 1997, n° 13, p.117 citado por Enrique M. Falcón, Tratado de la Prueba, 1, pág. 270 edición 2.003). Una conducta pasiva en tal sentido también genera una presunción judicial que favorece la pretensión actoral, estando corroboradas y tenidas por auténticas las audiciones de los días 19 y 20 de mayo de 2.004 que injuriaron al actor por todas las otras pruebas seleccionadas y ponderadas por el tribunal conforme las reglas del art. 386 del C.P.C y C..

X.- Determinado su valor probatorio, corresponde tener por firme la conclusión sentencial que califica de injuriosas las expresiones proferidas contra el actor por Vázquez y Valenzuela en las audiciones de los días 19 y 20 de mayo de 2.004 del programa "En el aire" difundido por LT7, Radio Provincia de Corrientes (AM 900 y FM Capital 95,3), según las cuales "el actor es abogado, se dice hubo materias que las obtuvo por medios ilícitos. Esa afirmación se hace tres veces. Luego se dice que no tiene ética, escrúpulo y límite; que es un delincuente, que hace payasadas y que es un payaso, afirmación que se hace por tres veces; siguiendo la lista de insultos dicen los demandados que el actor es alcohólico, forro, bárbaro, y cara rota; por dos veces afirman que es un

imbécil, delincuente; dos veces le imputan ridiculez, añaden que es un loquito suelto; por cuatro veces lo tratan de estúpido y seis veces de tarado, dicen que es mediocre y trasnochado; que como abogado es un culo, que es de cuarta; por tres veces lo tratan de idiota; por dos veces de loco; luego de sacadísimo y finalmente de boludo. En total son cuarenta insultos que se expresan en dos programas radiales.

Y la calificación de injuriantes de las expresiones de los periodistas no fue objeto de una crítica eficiente, concreta y razonada de parte de los recurrentes, por lo cual las conclusiones del inferior en tal sentido, que las consideró verdaderas injurias en los términos del art. 1089 del Código Civil toda vez que deshonran, desacreditan y menosprecian por medio de la palabra la actuación del accionante, arriban firmes y así deben tenerse.

Y ello es así pues la exigencia de que la expresiones de agravios contengan una crítica detallada y concreta de todos y cada uno de los puntos del decisorio apelado, demostrativas de qué es erróneo, injusto o contrario a derecho, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de una demanda dirigida al superior, por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora. Y acerca de esa concreta apreciación, entidad injuriosa de los insultos, ambos recurrentes aparecen escasos de argumentos conducentes a la viabilidad de sus pretensiones, y puede advertirse que realizan sólo un alegato abstracto en cuanto al fin perseguido.

XI.- Sobre la base de este análisis, respondo a las críticas referidas a la responsabilidad de los periodistas y del co-demandado Gómez después.

En tal sentido, oportuno deviene precisar que la condena a indemnizar el daño moral causado al honor del abogado pretensor supone haber admitido la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, cuales son: la antijuridicidad, el daño, el factor de atribución suficiente y la relación causal relevante.

En la esfera propia de los actos ilícitos, la responsabilidad de los periodistas Vázquez y Valenzuela fue evaluada por el inferior (sometiendo el fallo a ///

control de legalidad de los fundamentos esenciales y conducentes que el mismo contiene, no parcializado como lo hacen los abogados del Sr. Gómez al referir a la confusión entre responsabilidad objetiva y subjetiva) como derivada de la difusión de comentarios - sin distinguir de lo que es una información- expresados y propagados públicamente en forma precisa, unívoca y directa en ambas emisiones de los programas ya mencionados de LT7 Radio Provincia de Corrientes, ofendiendo y afectando ambos periodistas derechos personalísimos del actor, sin mantener reserva de su identidad. Hechos probados y perfectamente verificados en este proceso.

Concluir luego que entre la tensión producida entre el derecho a la libertad de prensa por un lado y la tutela constitucional de los derechos personalísimos por otro del Dr. Midón (actor en este proceso, que no era un funcionario público sino un particular, ciudadano común de profesión abogado y que estaba actuando en una causa en defensa de los intereses que representaba), debe ceder el primero, resulta derivación razonada del derecho vigente.

Es que a la par de las garantías contempladas en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional como elementos de la información, tenemos los derechos personalísimos de la integridad espiritual. Hay cuatro sustanciales que pueden entrar en conflicto con la libertad de expresión: el honor, la privacidad, la imagen y la identidad (Cfr: Carlos A. Ghersi, coordinador, Los nuevos daños, soluciones modernas de reparación, hammuralabi 2.000, pág.82). Y si bien la libertad de expresión debe ser apoyada en su mayor medida, no debe hacerse irrestrictamente. Y así obró la Cámara en su razonamiento y decisión.

Y ello por cuanto la garantía de la libertad de expresión, en sentido amplio, comprende la facultad de "difundir información e ideas de toda índole". Y ello no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que pueden determinarse a raíz de los abusos

producidos mediante su ejercicio por la comisión de actos ilícitos civiles, pues no existe impunidad de la prensa.

Tiene dicho la Corte Suprema que "la integridad moral y el honor de las personas tienen también garantía constitucional, y ello- a su vez- resulta de diversísimas normas del sistema jurídico vigente: arts. 937, 1071 bis, 1075, 1078, 1089, 1099, 1858 - inc.2, 3747, 3843 - incs. 2° y 3°, todos del Cód. Civil, del que interesa destacar especialmente el criterio según el cual "no puede negarse que el honor y la reputación de una persona pueden ser materia de un delito" (nota al art. 1075) dado que "hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos (…) como (…) el honor. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación" (nota al art.2312) (CSJN; "Campillay Julio C. c. La Razón y otros", 1986/05/15).

Concluir, como lo hizo el anterior tribunal, que los periodistas demandados son responsables como sujetos activos de la conducta que se juzga, que constituye un acto de responsabilidad profesional por el hecho propio, en el caso la utilización del micrófono, lo cual exige un actuar culposo o doloso aunque la culpa se presume del error o inexactitud de la información, presunción que los sujetos informantes no han desvirtuado ni tomado las diligencias necesarias para evitarlos, resulta para mí una conclusión irreprochable en derecho, estando conforme a los arts. 902, 1067 y 1109 del Código Civil que comprenden tanto la conducta negligente como la imprudente (Cfr: Cazeaux, P.N.-Trigo Represas, F.A., "Derecho de las Obligaciones", T. 1, p. 17, La Plata, 1969; Morello, A.M. "Indemnización del daño contractual", t.I, p. 170; Bustamante Alsina J., "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 286, núm. 796, 3 ed. Buenos Aires).

De la extensa sentencia sometida a contralor surge que el deber de reparar de ambos periodistas informantes fue a causa de la difamación pública de dichos injuriosos sin reserva de la propia identidad del abogado actor (fs. 671 y vta.), no probándose que Midón fuera lo que se comentó (fs.673 y vta.).

Todo lo cual me hace arribar a la conclusión que la resarcibilidad del daño en este caso concreto ha sido emplazada no en la versión objetiva de la responsabilidad derivada del acto abusivo, sino en el ámbito subjetivo, lo que aparece correcto.

XII.- Ahora bien, propaladas públicamente las manifestaciones aludidas, tenidas por calumniosas e injuriantes, en el programa de la emisora de LT7 Radio Provincia de Corrientes, tampoco resulta reprochable la extensión de responsabilidad solidaria al Director propietario de la emisora, Sr. Gómez, por ser -como resolvió el tribunal "a-quo"- el medio cuya dirección ejerce y permitió la salida al aire de las ofensas transcriptas ya en la segunda oportunidad de las diatribas, incurriendo en la falta de diligencia necesaria para impedir su continuidad conforme art 512 y 902 del Código Civil (ver fs. 669, 669 y vta., 673 y vta.), compartiendo el inferior lo decidido por el primer juez, abonado por la no concesión inmediata del derecho de réplica del actor que asegura el Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Const.Nac.), negado por el Sr. Carlos Pino, Director del Programa en cuestión, constante en escritura pública incorporada a la causa y no redargüida de falsedad. Y ese derecho de réplica, agrego, de haberlo ejercido el abogado le hubiera hecho bien no solamente a él, sino al medio de información que le permite conocer la contracara y mostrar la realidad, acercarse a la verdad, y le hace bien a la sociedad pues le brinda la gama de conocimientos respecto del dato de que se trate. Este medio de rectificación también es ley, es norma en la República Argentina (art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054) y tiene operatividad a partir del fallo "Ekmekdjian c. Sofovich" de nuestra Corte Suprema.

No existen por lo tanto factores que puedan jugar como eximentes de responsabilidad del Sr. Gómez, ni conmueve el razonamiento y decisión del inferior la argumentación esgrimida a fs. 688/706 y vta., no logrando esta última destruir la solidez del

pronunciamiento que evaluó los hechos y prueba en consonancia con las normas legales aplicables y doctrina y jurisprudencia que sustentan la sentencia impugnada.

No menos trascendente es el dato incorporado por el segundo votante quien, al momento de analizar la responsabilidad del co-demandado Gómez verificó su confesión en el proceso. Gómez, expresó el Dr. Castello en su voto, aclara reiteradamente que no ejerce censura previa y no hay razones para dudar de ello pero tampoco, agregó el Camarista, las hay para dudar que, según sus dichos, da instrucciones para que se proceda con prudencia, ecuanimidad y objetividad. Es entonces indudable, concluyó, que ejerce control y autoridad sobre los periodistas, siendo evidente que se interiorizó del conflicto y que pudo lograr un desagravio y llegar a un acuerdo con el actor, siendo indudable que pudo impedir la injuria y no lo hizo.

La decisión, por lo tanto, debe confirmarse también en el punto analizado.

XIII.- Refiere además uno de los recurrentes a la teoría de la "real malicia", es decir, la necesidad, cuando hay una crítica al gobierno o a alguno de sus gobernantes o de personas, de que para enjuiciar al medio de expresión escrita u oral se compruebe que ha actuado con actual malicia, sabiendo que dañaba y que era falso el informe, o con una negligencia completa y gravísima, desdeñando enterarse de la falsedad.

Este es un criterio que viene desde los EE.UU., en la aplicación de la Enmienda I de su Constitución, y apareció en el fallo de los autos "New York vs. Sullivan" del año 1964.

Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó doctrina en la causa "Patitó" (Fallos 331: 1530, La Ley, 2008-D, 374) ratificada recientemente en "Di Salvo" (fecha 19 de mayo de 2.010, ver D. 281.XLIII) pero aplicable a informaciones referentes a figuras públicas y que imponen a los afectados demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia.

En realidad, la "real malicia" es una doctrina constitucional que funciona como un estándar para resolver casos de responsabilidad de la prensa, en temas de interés público que involucren a un funcionario público o una personalidad pública, y como un test para controlar su aplicación en concreto por las instancias inferiores en la medida que involucre una información con trascendencia institucional.

En razón de lo narrado, no tratándose el actor de una figura pública ni lo divulgado se trata de asuntos que estuvieran referidos a su aptitud para el ejercicio de la gestión pública o de relevancia pública, no resulta a mi entender aplicable a este caso -como pretende el recurrente de fs.688 y siguiente- la doctrina en análisis. No configurándose las condiciones que condujeron a la Corte pronunciarse como lo hizo en esos precedentes se impone el rechazo del agravio en tal sentido esgrimido por quienes representan al Sr. Gómez.

XIV.- Monto de la condena. Daño moral y Pérdida de Chance.

En cuanto a la reducción operada del monto por **daño moral** y la fijación de uno nuevo por parte de la Cámara en la suma de pesos setenta y cinco mil ($75.000), considero que resulta razonable y en modo alguno deviene controlable en este caso concreto lo decidido por el inferior, habiendo procedido la Cámara a su liquidación tomando en consideración la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso. La lesión al honor del abogado, el bien jurídico tutelado vulnerado por los hechos injuriosos proferidos fue lo apreciado por el juzgador y su sentencia quedó debidamente motivada, equilibrando el daño moral sufrido con el monto decidido. Además, los precedentes que cita uno de los recurrentes (represantes del Sr. Gómez) no resultan analógicamente aplicables el caso atendiendo a la naturaleza de la cuestión comprometida en cada uno de los casos. De allí que la evaluación al no poder ser clínicamente objetivable, se halla totalmente sometida a los valores de quien observa o juzga y en la especie, el

monto fijado no aparece como antojadizo o caprichoso ni menos excesivo. Por otra parte los bienes personalísimos no pueden ser cuantificados en "más" o "menos", pero el sujeto puede sufrir "más" o "menos" a consecuencia de la lesión, y también el juez tiene que graduar en "más" o en "menos" la indemnización: de ahí que siempre el daño moral sea igual derivado de actividades lesivas análogas. Rige aquí el principio de individualización del daño; las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera, inclusive en el ámbito espiritual, las derivaciones de una lesión similar (Cfr: Bueres, Highton - Código Civil - Análisis doctrinario y jurisprudencial, 3 A, pág. 171/172, 6).

Por ello se confirma la sentencia en este rubro.

Pérdida de Chance: Esta cuestión solamente fue introducida por el recurrente de fs. 711/723 que representa a ambos periodistas. Dice que el actor no ha producido ninguna prueba que lo justifique, habiendo incluso incrementado su patrimonio, por lo que no ha existido la pérdida de chance.

La Cámara Juzgó probada la pérdida de chance en la suficiente probabilidad de una pérdida del trabajo profesional extendido a todos los ámbitos del desempeño del actor (en el ejercicio de la profesión de abogado, la actividad en tribunales y además en el ámbito académico universitario donde ha probado fehacientemente un destacado protagonismo) a consecuencia del impacto por la difusión pública de los datos agraviantes y ofensivos. Y aclaró el sentenciante que lo que se indemniza es la probabilidad, no la pérdida efectiva que significaría lucro cesante. Y esa probabilidad se halla acreditada con el alcance de certeza analítica ya explicado anteriormente, de perder ganancias en todo el ámbito expuesto donde actúa el Dr. Marcelo Midón como consecuencia y causa adecuada del desmedro a su personalidad y su dignidad, lo que incide también en el número de representaciones legales, circunstancias debidamente verificadas en la causa. La certeza, agregó, no se refiere al beneficio frustrado sino a la oportunidad malograda de obtenerlo, la prueba presuncional es casi la única posible. Refirió la Cámara a la frustración de ganancia como daño resarcible solo cuando implica una ///

probabilidad suficiente de beneficio económico.

Y agregó en su voto el Dr. Castello que el daño potencial es muy grande y si bien es cierto que el actor pudo incrementar su patrimonio luego del vilipendio sufrido, también puede considerarse que sus ingresos pudieron ser mayores de no haber acaecido el ataque tan fuerte que recibiera y que pretendía desacreditarlo como abogado.

Estimo que la valoración de las chances devino impecable. Ambos jueces las merituaron y estimaron probadas las posibilidades de pérdida de chance en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve Midón, causadas por el impacto de la difusión pública de los dichos ofensivos e injuriosos respecto del actor.

En efecto, la pérdida de chance no es más que la posibilidad frustrada de una ganancia (Cfr: Llambías, Tratado de derecho Civil, Obligaciones, T°I, pág. 293, nota 20); que se diferencia del lucro cesante que es la utilidad que se ha dejado de percibir. El rubro en cuestión difiere cualitativa y cuantitativamente del último, permaneciendo la chance siempre en grado de probabilidad, aunque objetivamente juzgada como sucedió en este caso, mientras que el lucro cesante es siempre efectivo beneficio frustrado.

De allí que la valoración efectuada por la Cámara resulte derivación razonada del derecho vigente, pudiendo válidamente presumirse la pérdida de chance del abogado a través de la prueba que acercó de los distintos ámbitos en los que se desenvuelve como abogado y académico. La sentencia deberá confirmarse también en este rubro que prospera.

XV.- **Intereses y fecha de arranque**: El empleo de una tasa de interés como la activa, contrariamente a la pasiva, restablece el valor original de las deudas y compone la falta de uso del dinero, de tal suerte que el decisorio se conserva en condiciones reales para ser operativo, pudiendo el acreedor acceder íntegramente a su

acreencia sin que disminuya por la demora del deudor en satisfacerla, de allí que escoger -como se hizo- esa tasa acorde a la de mercado, constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita en el art. 18 de la Constitución Nacional. Es que el uso de la tasa activa, contrariamente a la peticionada por los recurrentes, importa mantener la estricta igualdad de la prestación debida conforme las circunstancias del caso.

Ahora bien, a diferencia de la establecida por el tribunal "a-quo" que se corresponde con la tasa activa nominal, anual, no capitalizable que utiliza el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos, estimo que debe tomarse para el caso de autos la tasa activa segmento 1 del Banco de Corrientes, siendo ésta la aplicada por este Superior Tribunal en precedentes análogos. De allí que en este punto deberá revocarse parcialmente la sentencia recurrida.

En cuanto a la fecha de arranque de los intereses, coincido con el sentenciante que se deben desde la fecha de la primera producción del hecho injurioso, en tanto en el caso concreto, no se estimó el monto de condena por daño moral y pérdida de chance a la fecha del pronunciamiento; por lo que los intereses de deben desde el 19 de mayo de 2.004 hasta su efectivo pago, debiendo rechazarse las objeciones también en este aspecto.

Memoro simplemente a los efectos de evitar interpretaciones encontradas que, cuando este tribunal fijó como fecha de arranque una distinta, esto es desde la fecha del dictado de la sentencia por ejemplo, lo hizo sobre una base diferente. En efecto, expresó que era de pura lógica que si "… en su razonamiento la Alzada partió de una falsa premisa, aquella según la cual el daño moral se tasó a la fecha del hecho, cuando conforme las constancias de la causa el juez de primer grado tarifó el rubro a la fecha de la sentencia, entonces, el Tribunal a quo no pudo válidamente decidir, como lo hizo, condenando a pagar intereses desde la fecha del hecho. Así las cosas, la Cámara prescindió de las constancias de la causa y contradijo su propia doctrina y la de este Superior Tribunal. Cuando la estimación se efectúa, como en el caso, a la fecha de la sentencia corresponde //

computar los intereses por este particular rubro desde la fecha de la sentencia" (Sup. Trib. Justicia Ctes., Sentencia N°233/2.005; N°75/2.006; más recientemente sentencia N° 46/08). Que no es el caso en tratamiento en el cual la sentencia de primera instancia fijó valores calculados a la fecha del evento dañoso.

XVI.- **Costas**: La última de las críticas está referida a la imposición de costas. Las apreciaciones al respecto efectuadas por ambos recurrentes no escapan al principio general sustentado por este Superior Tribunal, siendo criterio inveterado que las cuestiones relativas a la imposición de costas son por regla irrevisables en la instancia extraordinaria, por implicar aspectos de hecho y prueba en cuya evaluación son soberanos los jueces de grado **(**S.T.J., Ctes, Resoluciones N° 86/90, 10/91, 252/90, 288/90 también Sentencia Laboral N°10/2.007**)**, continuando los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(**Fallos: 261:223; 266:100; 296:120**).** Más aún cuando en su imposición se ha seguido un criterio objetivo de distribución, no matemático como el pretendido.

No se advierte la ocurrencia de alguna excepción que conduzca apartarse de la generalidad, pues no menos cierto es que este Tribunal no ha quedado impasible en situaciones de injusta imposición (verbigracia cuando se carga con las costas a quién no resultó vencido); o frente a una manifiesta iniquidad en los criterios de distribución **(**S.C.B.A., noviembre 15-977, " Sociedad Mixta Siderúrgica c. Infante", Ac. 24.275, Der., boletín 4550, citado por Juan Carlos Hitters, Recurso Extraordinarios y de la Casación, 1991, pág. 308 y pág. 439 especialmente**).**

En las especiales circunstancias del caso considero que no debe hacerse excepción a aquél principio general. Las causídicas, decididas con criterio jurídico no aritmético e impuestas a la vencida y distribuidas de modo proporcional en la Alzada, haciéndose abstracción en la especie de la reducción del monto de la demanda y

contemplándose que los rubros reclamados han prosperado íntegramente, resulta incontrolable en esta sede extraordinaria y deberá confirmarse. En ésta instancia costas a los recurrentes vencidos.

Por todo lo hasta aquí expuesto, de compartir mis pares este voto corresponderá: hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 688/706 y vta., con costas a su cargo y pérdida del depósito de ley. Hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley y sentencia arbitraria deducido a fs. 711/723, con costas a su cargo y pérdida del depósito de ley. En mérito a ello, modificar la sentencia recurrida solamente en cuanto al tipo de tasa de interés fijada, correspondiendo mudar la señalada en origen por la tasa de activa segmento 1 del Banco de la Provincia de Corrientes. Regúlanse los honorarios profesionales de Gustavo José Ingaramo y Elena Beatriz Chatelet por la actuación que les cupo (fs.688/706 y vta.) ambos como Responsables Inscriptos que revisten frente al IVA, en forma conjunta y vencidos. Los del Dr. Nasif Miguel Seba, Monotributista, por su recurso de fs. 711/723, también como vencido. Calcular los honorarios de los Dres. Marcelo S. Midón en la calidad que intervino y su patrocinante Dr. Mario A. R. Midón, en forma conjunta, Monotributistas frente al IVA, por cada una de sus actuaciones, de fs. 729/741 y vta. y fs. 742/748 y vta., como vencedores en cada una de ellas, todos en un 30% de los respectivos aranceles que se les fije en primera instancia (art. 14, ley 5822/08), correspondiendo adicionar a los Dres. Gustavo José Ingaramo y Elena Beatriz Chatelet el 21 % que deben tributar ante el IVA, atento su condición acreditada de Responsables inscriptos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice**:**

Me adhiero al voto del Ministro que me precede en lo concerniente al debate de la responsabilidad de los codemandados María Mercedes Vázquez y Silvio Valenzuela, como a la extensión de responsabilidad a la persona de Jorge Félix Gómez y su encuadre normativo, todo lo cual condujo a responsabilizarlos civilmente por las mani-/

festaciones calumniosas e injuriantes respecto del actor. Planteo solamente mi disidencia en lo concerniente al tipo de tasa de interés (pues también coincido sobre la fecha de su iniciación con el preopinante).

Estimo corresponderá confirmar la tasa de interés decidida en la sentencia de origen, para en su mérito desestimar ambos recursos de inaplicabilidad de ley (fs.688/706 y vta. y fs. 711/723) con costas y pérdida de los depósitos de ley, confirmándose el decisorio impugnado en todas sus partes.

Al referir el "a quo" a esa puntual cuestión y emitir la Sra. Juez interviniente en tercer término su voto de desempate -punto 1°, fs. 681 y vta.- (recuerdo que el Dr. Ricardo Eugenio Martín propició se fije la tasa activa para operaciones de descuento de documentos del Banco de la Nación Argentina y el Dr. Julio Eduardo Castello se inclinó por confirmar la fijada en primera instancia que se corresponde con la tasa activa que cobre el Banco de Corrientes S.A. en sus operaciones ordinarias de descuento, Segmento tres), se inclina por adherir al pronunciado por el Dr. Martín, siendo la tasa que se propone una compensación adecuada para el daño causado por la mora del deudor cumpliendo razonablemente su función indemnizatoria.

Cuando recurre la parte que representa al codemandado Jorge Félix Gómez, en lo pertinente (fs. 704) dice que dicha tasa es excesiva, estimando como admisible la pasiva, toda vez que el actor no es una entidad financiera, resultando a su criterio más lógico reconocerle un interés equivalente a esta última -la pasiva- promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina.

Por su lado, los recurrentes de fs. 711 y siguientes, solamente dicen que les agravia la tasa activa, tipo de tasa que está reservada a las operaciones bancarias comerciales (ver fs. 721 y vta.).

Así planteados los agravios, concluyo que a este Superior Tribunal

sólo le es propuesto como tema de debate la cuestión referida al tipo de tasa (pretendiéndose la pasiva, no la activa) no las distintas opciones que en orden a la segunda ofrecen los Bancos (trátese del Banco de la Nación o del Banco de Corrientes). Ir más allá de los agravios implica precipitarse en incongruencia "extra petita".

De ahí que basta con justificar que la adopción de la tasa activa viene a compensar de modo razonable la falta de uso del dinero retenido, siendo además la que conserva en condiciones reales la sentencia a fin de que el acreedor pueda acceder íntegramente a su acreencia sin que disminuya por la demora del deudor en satisfacerla (tal el criterio del suscripto en numerosos precedentes señalados en el voto que precede), y de este modo confirmar el pronunciamiento de Cámara, desestimando ambas pretensiones que intentan se fije a todo evento la tasa pasiva de interés.

Y más allá que la decidida en origen no sea, dentro de la tasa activa de interés, la fijada por el Alto Cuerpo en sus precedentes; no menos cierto es que cabe la confirmación del decisorio de Cámara también en ese punto pues, en función del principio de congruencia y en la medida de los agravios, a este Cuerpo le está vedado pronunciarse más allá de las objeciones que ambos recurrentes han traído a contralor.

Este principio, insisto, receptado tanto en el inciso 6 del art. 163 como en el inciso 4 del art. 34 ambos del ordenamiento procesal local, consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir cuestiones de hecho sorpresivas, de manera que las partes no hayan tenido la oportunidad de ejercer respecto de aquellas su plena defensa. Es cuando se supera este marco de operatividad que se produce el quebrantamiento del principio de congruencia (SCBA, Ac. y Sent., 1971, v.9, 1978, v.II, p. 210; DJBB, v.94, p. 29; v.118, p. 108; v. 120, p. 387) siendo además el más elemental mandato de los jueces.

Con estos fundamentos y mi disidencia parcial me adhiero en todo lo demás al voto que me precede propiciando se declaren improcedentes los recursos de apelación extraordinarios deducidos en causa, confirmándose la sentencia impugnada en todas sus partes, con costas a los recurrentes y pérdida de los depósitos de ley. Este es mi //

voto.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR JUAN CARLOS CODELLO, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR CARLOS RUBIN, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Guillermo Horacio Semhan, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA Nº 24

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 688/706 y vta., con costas a su cargo y pérdida del depósito de ley. Hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley y sentencia arbitraria deducido a fs. 711/723, con costas a su cargo y pérdida del depósito de ley. En mérito a ello, modificar la sentencia recurrida solamente en cuanto al tipo de tasa de interés fijada, correspondiendo mudar la señalada en origen por la tasa de activa segmento 1 del Banco de la Provincia de Corrientes. 2°) Regular los honorarios profesionales de Gustavo José Ingaramo y Elena Beatriz Chatelet por la actuación que les cupo (fs.688/706 y vta.) ambos como Responsables Inscriptos que revisten frente al IVA, en forma conjunta y vencidos. Los del Dr. Nasif Miguel Seba, Monotributista, por su recurso de fs. 711/723, también como vencido. Calcular los honorarios de los Dres. Marcelo S. Midón en la calidad que intervino y su patrocinante Dr. Mario A. R. Midón, en forma conjunta, Monotributistas frente al IVA, por cada una de sus actuaciones, de fs. 729/741 y vta. y fs. 742/748 y vta.,

como vencedores en cada una de ellas, todos en un 30% de los respectivos aranceles que se les fije en primera instancia (art. 14, ley 5822/08), correspondiendo adicionar a los Dres. Gustavo José Ingaramo y Elena Beatriz Chatelet el 21 % que deben tributar ante el IVA, atento su condición acreditada de Responsables inscriptos. 3°) Insértese y notifíquese.

Fdo: Dres. Guillermo Semhan-Fernando Niz-Juan Carlos Codello-Carlos Rubin.