

BROMA, CHANZA O BURLA MORTIFICANTE

1. Los fallos anotados	189
2. Broma destinada a afligir, desazonar o causar pesadumbre o molestia	211
3. Diversión propia a costa de la aflicción ajena	212
4. La broma como ataque a la intimidad en cuanto paz o tranquilidad	213
5. Prueba	215
6. Imputabilidad	216
7. Reparación	216

BROMA, CHANZA O BURLA MORTIFICANTE

SUMARIO: 1. Los fallos anotados. 2. Broma destinada a afligir, desazonar o causar pesadumbre o molestia. 3. Diversión propia a costa de la aflicción ajena. 4. La broma como ataque a la intimidad en cuanto paz o tranquilidad. 5. Prueba. 6. Imputabilidad. 7. Reparación.

1. LOS FALLOS ANOTADOS

CNCiv., Sala C, abril 22-981. Aldama, Angel c. Souvenir Publicidad, S.R.L. y/u otro.

Primera Instancia. Buenos Aires, julio 21. de 1980.

CONSIDERANDO:

I. El actor reclama la indemnización por los daños causados a raíz de una publicación en la sección de avisos fúnebres del diario *La Nación*, aparecida en el ejemplar del día 22 de abril de 1977, donde se invita a una misa de cuerpo presente con motivo de su fallecimiento, y que —según el aviso— encomendaban sus amigos del Club Gimnasia y Esgrima. Los demandados son el presunto responsable doctor Juan C. Fresco, consocio de ese club y conocido del accionante desde hace varios años, y la empresa Souvenir Publicidad, S.R.L. que encargara el aviso al citado matutino, a pedido de ésta se ordenó la citación de otra empresa, Orbe Propaganda S.R.L. “que pasara ese aviso”. Fresco niega toda participación en el hecho y las empresas citadas toda responsabilidad en el evento, la primera por desconocer quién ordenaba la publicación ya que, por carecer de cuenta la citada como tercera en el mencionado diario, intermedió en el pedido de publicación y esta última porque el responsable es quien ordenó esa publicación —en este caso el deman-

dato Fresco—, toda vez que nunca se requiera la acreditación de las circunstancias que se pretende publicar.

La existencia del aviso no se encuentra controvertida, y además está debidamente acreditada con la documentación de fojas 2, telegrama de fojas 3, y porque ello no ha sido negado por las partes.

Tampoco se encuentra controvertido que el actor a ese momento gozara de buena salud (ver por lo demás declaraciones testimoniales de Miguel Pesce y Angel A. Borella en su 7ª respuesta), y que Aldama y Fresco fueran antiguos socios del Club Gimnasia y Esgrima (ver además informes de fs. 110 y reconocimiento de fs. 20) integrando ambos un grupo de numerosos concurrentes al mismo (entre otras, las declaraciones de Ernesto B. Weschler y Eduardo F. Casal, y todas las declaraciones testimoniales rendidas en el cuaderno del codemandado Fresco).

II. Primeramente corresponde encuadrar jurídicamente la cuestión; sobre el particular creo que la situación planteada es de las previstas por el artículo 1071 bis del Código Civil introducido por la ley 21.173, que dejó sin efecto la anterior promulgada un año antes, en 1974, y en similares términos, sobre los pormenores de la particular sanción de esa ley anterior derogada por el propio gobierno que la dictó (ver el trabajo del doctor Marco Aurelio Risolía: *A propósito de la protección jurídica de la intimidad: una cuestión previa*, en E. D., t. 58, ps. 699/701).

Dispone el artículo 1071 bis que “el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres, o perturbando de cualquier mo-

do su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado ordenar la publicación de la sentencia en un periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

En las escasas interpretaciones de esa norma se ha sostenido que “el derecho a la intimidad, ya sea a la luz del artículo 32 bis del Código Civil (vigente en ese caso al momento de la traba de la litis) o del artículo 1071 bis del mismo Código que reemplazó al anterior (ley 21.173), es el derecho de toda persona a que se le respete en su vida privada y familiar, y a evitar injerencias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona. Se hieren las afecciones legítimas del ofendido y producen dolor, angustia y humillación” (conf. CNCiv., sala D, voto del doctor Gnecco del 31/12/76 en E. D., t. 72, p. 217).

Considero que en la especie se dan las condiciones o requisitos de admisibilidad previstos en la ley, y que el caso encaja en la interpretación jurisprudencial citada.

En efecto, son requisitos cumplidos en autos (ver sobre el tema el minucioso análisis que se efectúa en el t. II-B del *Código Civil anotado*, de Jorge J. Llam-bías, con la colaboración de Patricio Raffo Banegas, Ed. Abeledo - Perrot) primeramente el entremetimiento en la vida ajena. Es decir, la interferencia en la vida ajena mediante una actividad del agente actor, no pueden haber dudas que un aviso como el de autos se entremete en la vida particular del accionante y su familia.

A su vez esa intromisión debe ser “arbitraria”, es decir, contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, o decidida sólo por capricho, que fue injustificada y caprichosa, resulta objetivamente comprobado, se trató en definitiva de una “broma” por cierto de muy mal gusto.

También de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar la interferencia debe “perturbar la intimidad” personal y familiar del perjudicado. La publicación de la muerte e invitación a la misa por el eterno descanso del alma de alguien que goza de buena salud, provoca en el ofendido y sus familiares y amigos una lógica perturbación con consecuencias que pueden llegar a ser funestas. Produciendo como bien lo califica el fallo apuntado “dolor y angustia” y además fastidio y estupor, movido por la intención de molestar o perjudicar, pues escapa dada su índole a los alcances de una sana chanza, para convertirse en una macabra ocurrencia.

La ley ejemplifica algunos modos de producir ese resultado, de tal modo que la enunciación no es de ninguna manera taxativa, ellos consisten en la publicación de retratos, difusión de correspondencia y en forma más genérica la mortificación con respecto a costumbres o sentimientos, que ese es el supuesto de autos, según se viera al comentar el fallo antes citado; es así toda vez que Aldama a raíz de la mentada publicación sufrió una aflicción, pesadumbre o molestia que hirió —a no dudarlo— a sus sentimientos, lo que constituye una clara lesión a su intimidad.

Por último se requiere que el hecho no constituya un delito penal, requisito negativo —que no se da en el presente— y que de existir tornaría aplicable los principios ordinarios de la responsabilidad civil. Sobre el particular Llambías opina que como en igual situa-

ción estarían los delitos civiles que no estuviesen inculminados penalmente, es un requisito superfluo que debió omitirse, citando la opinión contraria de Alfredo Orgaz (*La ley sobre intimidad*, E. D., t. 60, p. 927), quien al comentar la anterior normativa que suprimiera de la previsión del proyecto las palabras “aun sin dolo ni culpa”, ver capítulo iv apartado e y páginas 930 y 931, apartado e, sostiene que “el precepto a legislar debe excluir, expresamente, los casos de violación a la intimidad que fuesen, a la vez, delitos penales, pues no se trata de superponer dos legislaciones sobre un mismo hecho sino de salvar un vacío legislativo, extraño al Código Penal”. Sin entrar a analizar una polémica teórica, que considero ajena a la cuestión y a la misión del juzgador, sólo cabe señalar que la tesis de Orgaz tuvo acogida en la ley vigente y por tanto es plenamente aplicable, según se viera.

En suma, encuentro reunidos los requisitos legales del mentado artículo 1071 bis del Código Civil encuadrando la cuestión planteada en esa previsión normativa; corresponde ahora analizar las pruebas aportadas a fin de determinar si el actor logró demostrar la autoría del hecho por parte del demandado Juan C. Fresco.

III. Existe en primer término una fuerte presunción en contra de aquél, dados los términos de la presentación del tercero que ordena la publicación. Sostiene esta parte que el día 21 de abril de 1977 el doctor Fresco ordenó a la empresa Orbe S.R.L. la publicación del aviso necrológico de autos aparecido en *La Nación* el día siguiente. Aclarando luego que era conocido de la agencia por otros avisos anteriores, quien además estaba avalado por Laje y Cía., viejo cliente de Orbe, encontrándose por esas razones en los registros de la empresa los datos personales de Fresco.

Este último, al absolver posiciones a fojas 145 admite que estaba relacionado por razones laborales con Orbe (posición décima) y que por ello no necesitaba acreditar su identidad para publicar avisos (posición doce). En la confesión del representante legal de Orbe S.R.L. se ratifica aquella afirmación y se aclara aún más los entretelones del asunto. Así se reconoce (2ª posición de fojas 147) que la orden de Fresco fue telefónica, sin requerirse documentación por ello y las razones ya apuntadas que ante los requerimientos de Orbe al conocer el desenlace, Fresco indicó que se hacía cargo del asunto (posiciones 9ª y 10ª).

A su vez al absolver posiciones en el cuaderno de Orbe el doctor Fresco admite la relación con Laje S.A., que era cliente de Orbe, que tenía su número telefónico y el nombre de un empleado de esa firma.

A fojas 263 declara Elida V. Foglino de Vázquez, jefa de medios de Orbe (ver respuesta 2ª), quien a primera hora de la mañana recibió un llamado telefónico solicitando la publicación de un aviso fúnebre identificándose como el doctor Fresco, asesor de Laje y Cía., que tomó el aviso, ya que Laje es cliente de Orbe, consultado el dueño de la agencia y a su vez la mencionada empresa, se decidió pasar el aviso particular corroborando luego la orden llamando al doctor Fresco al domicilio que había dejado de la calle Suipacha 512, quien a su vez indicó su número de identidad, siguiéndose después el curso normal de pasarlo a la codemandada Souvenir y a su vez al diario *La Nación*. Relata en la pregunta posterior (3ª de fs. 263 vta.) que al día siguiente alrededor de las 9,30 horas se apersonó al local de Orbe, quien dijo ser el doctor Fresco, quien solicitó se dejara sin efecto la publicación por tratarse de una broma de amigos del Club Gimnasia y Esgrima, lo cual resulta imposible por estar ya publicada, indica luego las ca-

racterísticas físicas del accionado Fresco. Al responder la tercera pregunta de fojas 263 vuelta formulada por el actor, contesta y detalla un aviso anterior ordenado publicar por Fresco, con recomendación de Laje y Cía.

Considero fundamental para decidir la cuestión la precedente deposición, porque si bien proviene de una dependiente del tercero citado en autos, relata con precisión y sin contradicciones las circunstancias que rodearon el penoso episodio que nos ocupa. Por lo demás la demandada, interesada en desvirtuar esta prueba, quien repreguntó en la audiencia de fojas 264 vuelta, no logró menoscabar sus dichos debiendo para ello haber solicitado el careo del artículo 448 del Código Procesal o la identificación del codemandado por la testigo a la que en principio aludió en su tercer pregunta de fojas 264 *in fine*. El no haber procedido de esa manera lleva al ánimo del suscripto la seguridad de lo adverso que hubiera resultado ello para la posición de Fresco, razón por la que seguramente su dirección letrada omitió cumplir esa instancia procesal, que hubiera quizás logrado conmover las conclusiones que sugiere esta declaración decisiva para la elucidación de la causa.

Las mismas conclusiones se imponen respecto de la posterior declaración de otro empleado de Orbe, Hugo D. Farfan, que sostuvo haber atendido a Fresco; lo describe en forma similar al anterior y a pesar de las amenazas del citado codemandado para pretender hacer el reconocimiento de aquél en rueda de varias personas no la efectivizó, por lo que caben —como adelantara— iguales conclusiones respecto de esta declaración.

También corresponde destacar, relacionado con esta omisión de la demandada, que a fojas 261 al confesar insiste en que puede demostrar que al momento de la

publicación no se encontraba en Buenos Aires y que ello lo corroboran los testigos por él propuestos. Lo expuesto quedó en simple promesa, intención o amenaza, al no haber siquiera intentado probar un hecho que era decisivo para la suerte del pleito, cabe presumir con cierto grado de certeza que ello no era verdadero.

A fojas 266 la empresa Laje y Cía. informa acerca de su vinculación con Fresco y que solía pasar los avisos por teléfono.

Todo ello encuentra una definitiva confirmación con las pericias contables realizadas en autos. Por un lado el contador Gutson destaca que en Orbe figura la factura del aviso de marras solicitado por teléfono por Juan C. Fresco de quien está asentado su número de documento de identidad que coincide con el que éste indica al confesar a fojas 145. A su vez en Souvenir Publicidad constató el pago de ésta a *La Nación* y de Orbe a aquélla.

Por su parte el contador Sánchez Zinny, quien contemporáneamente realizara la pericia desconociendo la decisión de fojas 193, cuyas conclusiones también corresponde tenerlas en cuenta, pues lo contrario haría prevalecer solamente la verdad formal, indica que Orbe lleva los libros contables correctamente rubricados. Ello, que también lo puso de relieve el otro perito, da certeza a las asentaciones efectuadas en esos libros, donde figura la factura a nombre de Juan C. Fresco por \$ 2.700 para un aviso publicado en abril de 1977, el que se encuentra entre los rubros a cobrar en diciembre del mismo año. En Souvenir registra las mismas conclusiones que el contador Gutson. Por último cabe puntualizar que la circunstancia de no haberse abonado la factura por Fresco, coincide con su actitud de concurrir al día siguiente a dejar sin efecto la publi-

cación, al deducir las consecuencias de su imprudencia de la que no quiso dejar más rastros mediante el pago de la factura. Es que, quién sino el doctor Fresco pudo pasar un aviso por teléfono aprovechando su calidad de cliente y su vinculación a Laje; admitir lo contrario sería incurrir en grave ingenuidad.

Las conclusiones que surgen de la prueba antes analizada conducen sin hesitar a encontrar responsable de la publicación al demandado Juan C. Fresco, sin que pueda obviarse la condena, por las condiciones y antecedentes personales y profesionales del mencionado, toda vez que el análisis de la cuestión objetivamente conduce a ese resultado, y por el contrario la condición del destacado profesional y correcto consocio acreditada con los informes de fojas 286 y 296, las declaraciones testimoniales efectuadas a fojas 300/6 y fojas 309/13, hacen aún más grave la responsabilidad, porque precisamente en quien tiene esos brillantes antecedentes y casi 50 años de edad no puede tolerarse una broma de esa índole, propia de quien no alcanza a medir debidamente las consecuencias de sus actos (ver artículo 902, Código Civil).

IV. Corresponde analizar ahora si también deben responder las empresas Souvenir y Orbe. Esta última al presentarse a fojas 62 consideró que aquélla no tenía ninguna participación y era irresponsable; ello fue después demostrado por abundante prueba. Así los informes de los diarios *La Razón*, *Clarín* y *La Nación* de fojas 326, 332 y 334 destacan que cuando los avisos los solicitan personalmente en mostrador se recibe mediante la identificación del peticionante, quien se hace responsable, y cuando lo es por agencia ésta es la que se hace cargo. Por otra parte tres estudios publicitarios informan a fojas 336, 338 y 339/40, que las operaciones

de pase son comunes e inexcusables cuando la entidad que pasa el aviso carece de cuenta corriente en el medio donde efectúa la publicación, que es precisamente lo que ocurrió en la especie. También destacan estos informes, cuyas conclusiones no fueron objeto de impugnación, que cuando se trata de clientes no se les exige identificación y pueden realizar los pedidos telefónicos, lo cual demuestra que el realizado por Fresco (cliente de Orbe) se ajusta a las normas consuetudinarias imperantes. La absolución de posiciones de Orbe asertiva de todas las preguntas que formulara la ponente (Souvenir) confirman la falta de responsabilidad de esta última.

Considero que tampoco puede hacerse responsable a Orbe porque cumplió todos los requisitos habituales para este tipo de publicaciones y no es lógico que requiera la comprobación del fallecimiento a un cliente, cuando ello ni siquiera lo exigen los diarios y las agencias cuando la publicación la peticionan personas que no son de su conocimiento, toda vez que el agente cumple con identificar al responsable. Sobre el particular debe tenerse presente los informes de diarios y empresas de publicidad que esta parte incorporó a fojas 226, 228, 231, 233, 244, 246, 249, 251/52, 254, 256 y 258. Todos, al igual que los anteriores ya referidos y que indican la forma habitual de publicar un aviso fúnebre que coincide con la conducta desempeñada en la especie por Orbe, por lo que no puede hacérsela responsable del evento dañoso del que únicamente responderá el co-demandado Juan C. Fresco.

V. La norma que rige las consecuencias de la actividad dañosa de Fresco es —según se ha visto— el artículo 1071 bis del Código Civil, el *quantum* de la indemnización lo deja librado al criterio del juzgador,

quien lo fijará “equitativamente” y “de acuerdo con las circunstancias”. Esta indemnización de equidad debe ponderar para su graduación la intensidad del perjuicio sufrido y la situación patrimonial de las partes (conf.: Llambías, *op. cit.*, p. 313).

La intensidad del efecto que una publicación de esa índole provoca en una persona de más de 60 años de edad es innecesario demostrarla, por lo demás algunos testigos —según adelantara— refirieron el grado de depresión que tenía el actor y lógicamente su familia a raíz del burdo episodio. Ambas partes tienen solvencia económica; respecto del actor basta con confrontar la sucesión de su suegro (que en este acto tengo a la vista) y los informes de fojas 118, 136, 177 y 187, y principalmente las declaraciones del escribano de la familia Patiño Aráoz y la de unos parientes y condóminos: Cora García Rabadán y Armando Fernández Rabadán.

Las del doctor Fresco son mencionadas por él mismo al absolver posiciones (en especial respuesta 16^a).

No obstante la libertad que estatuye esa norma el suscripto encuentra un tope máximo en la concreta petición del autor a fojas 9 —obviamente actualizada a la fecha— pues de lo contrario incurriría en *plus petitio*.

De acuerdo con todos los antecedentes reseñados considero equitativo fijar en \$ 15.000.000 la indemnización que el doctor Juan C. Fresco deberá abonar al actor Angel Aldama, además de la publicación en el diario *La Nación* —sección avisos fúnebres— del resultado de la sentencia a su cargo.

VI. Las costas del proceso respecto del codemandado Fresco se imponen al vencido, por no encontrar mérito para apartarse del principio objetivo de derro-

ta que estatuye el artículo 68 del Código Procesal. Las causadas por la intervención de la empresa Souvenir y Orbe se imponen en el orden causado, toda vez que el accionante pudo considerarse con derecho a demandarlas por su intervención en la mentada publicación.

Por estas consideraciones en definitiva,

FALLO:

Haciendo lugar a la demanda instaurada contra Juan C. Fresco y rechazarla respecto de Souvenir Publicidad S.R.L. y Orbe Propaganda S.R.L. Las costas se imponen al demandado vencido y las causadas por la intervención de estas empresas en el orden causado. En consecuencia condeno a Juan C. Fresco a pagar dentro del plazo de diez días al actor Angel Aldama la suma de \$ 15.000.000 en concepto de indemnización prevista por el artículo 1071 bis del Código Civil y a publicar a su cuenta en la sección avisos fúnebres de *La Nación* el resultado de este pronunciamiento. *Eduardo A. Bieule* (Sec.: María C. García Zubillaga).

Segunda Instancia. Buenos Aires, abril 22 de 1981.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Durañona y Vedia* dijo:

En el diario *La Nación*, edición del 22 de abril de 1977, apareció en la sección *Avisos fúnebres*, subsección *Misas y Funerales* un anuncio concebido en los siguientes términos: "Angel Aldama, q.e.p.d., falleció el 21/4/77. Sus amigos del Club Gimnasia y Esgrima invitan a asistir a la misa de cuerpo presente a realizarse en la iglesia San Carlos, H. Yrigoyen y Q. Bocataya, 22/4/77 a las 9 hs.", mediando la grave circunstancia de ser falsa la noticia ya que Aldama, actor de este juicio no había fallecido ni se encontraba enfermo.

Esa broma de tan mal gusto llevada a cabo con evidente menoscabo de la sensibilidad del accionante, ha sido correctamente calificada como una inmisión o entremetimiento en la vida ajena, con encuadre en el artículo 1071 bis del Código Civil. Ello no se discute en la alzada.

Aldama, que en su condición de socio del Club Gimnasia y Esgrima se sintió identificado con la persona a la que aludía el aviso, averiguó en el periódico el origen de la publicación, estableciéndose que fue requerida por "Publicidad Souvenir" y por orden de Juan C. Fresco, también socio de dicho club. Dirigió su demanda contra éste y contra dicha agencia. Fresco niega rotundamente ser el autor de la macabra broma, haber tenido participación en su orquestación, o noticias de su preparación. Admite ser socio del club y conocer al actor, con quien tiene amigos comunes en la institución.

"Souvenir Publicidad S.R.L." contestó la demanda negando toda responsabilidad y dando cuenta de que el aviso le fue pasado por "Orbe Propaganda S.R.L." en razón de que ésta carece de cuenta con el diario *La Nación*.

Se cita como tercero a esta otra empresa publicitaria, la que sostiene que Juan C. Fresco ordenó telefónicamente la publicación. Dice que él fue tomado por un directivo de la empresa, con los recaudos del caso, que se limitaron a ratificar el llamado, en razón de que Fresco era cliente que con anterioridad había hecho publicar otros avisos y que había publicado por otro viejo cliente —Laje y Cía. S.R.L.—. Refiere que al día siguiente se presentó una persona diciendo ser Fresco, la que pidió se dejara sin efecto la publicación, lo cual resultó imposible porque el diario ya estaba en circulación.

La sentencia de fojas 404/410, con ilustrados fundamentos y certero análisis de la prueba rendida, hace lugar a la demanda en cuanto fue dirigida contra Fresco a quien condena a pagar al actor una indemnización de \$ 15.000.000 y a publicar por su cuenta en la sección avisos fúnebres del diario *La Nación* el resultado del pronunciamiento, con costas. Absuelve en cambio a las empresas publicitarias, disponiendo respecto de ellas las costas en el orden causado.

El actor ha consentido la sentencia, que es apelada por todos los demandados.

“Orbe Propaganda S.R.L.” y “Souvenir Publicidad S.R.L.” se quejan de que las costas ocasionadas por sus respectivas citaciones se hayan distribuido en el orden causado. Piden que se les aplique al actor o al demandado condenado (ver memoriales de fojas 442/443 y 445/447).

Fresco se agravia del fondo del asunto y pide la revocatoria de la sentencia en cuanto lo condena, sosteniendo que no ha sido acreditada su participación en el bochornoso hecho que motiva la demanda. Sostiene que la responsabilidad debe recaer sobre las agencias de publicidad por haber tomado y pasado el anuncio sin adoptar los recaudos necesarios tratándose de un aviso fúnebre.

Pese a la extensión del escrito, atribuible al celo profesional frente a un delicado asunto que compromete de alguna manera la personalidad del cliente, que es un doctor de ciencias económicas, asesor de empresas y profesor universitario, los esfuerzos dialécticos que en él se han realizado, no logran conmover los sólidos fundamentos que condujeron al *a quo* a tener por probado que fue, en efecto, Fresco quien dio la orden de la publicación que ha afectado tan seriamente al actor.

A lo largo del respectivo memorial se enfatiza en lo inverosímil de que un universitario, con acrisoladas dotes morales y sólida ilustración, catedrático de instituciones de estudios superiores, oficiales y privadas, pueda haber realizado un acto deleznable que denotaría en su autor una absoluta falta de madurez y de la aptitud necesaria para discernir con claridad los efectos perniciosos de un obrar ilícito caracterizado por lo grotesco.

Debe reconocerse que esa línea argumental tiene su fuerza, ya que objetivamente es impropio de la conducta normal y corriente de la gente culta —más cuando desarrollan actividades relevantes en ámbitos y círculos donde la seriedad es atributo y exigencia—, el acudir a chanzas groseras con proyección al conocimiento público, que causan estupor, indignación y descrédito. Además del daño moral directo y de la lesión a la intimidad del particular afectado por la broma estrepitosa.

Sin embargo, ese tipo de reparos no se traduce en una absoluta incredibilidad de la autoría del obrar antijurídico de que se trata. De lo contrario, toda persona que gozare de prestigio en virtud de sus dotes personales o de la importancia de las funciones que desempeñare en la sociedad, estaría protegida por una suerte de *bill* de indemnidad que impediría sancionarlo ante una falta realmente ejecutada por ella.

El escándalo no se revertiría en contra del culpable, sino que lo beneficiaría, lo cual no parece ser la lógica que gobierna el discernimiento de la justicia.

No obstante la gravedad concreta de la conducta aquí sancionada y la entidad del daño inferido, de delicadísima naturaleza como es lo concerniente a intimidad de la persona, no creo que el desliz en que cayó el autor del hecho en la especie, lo descalifique de tal

suerte que la vergüenza le impida seguir conduciéndose con la corrección con la que de ordinario lo haga en su vida de relación.

Esto va dicho en razón de que de acuerdo con las circunstancias propias del caso, no cabe desdeñar la hipótesis de que la mala broma del aviso fúnebre falso haya sido pergeñada en común por un grupo de compañeros del club, en donde son naturales las actitudes jocosas, las relaciones de camaradería de tipo jovial y frecuentes las chanzas entre unos y otros, a veces de tono subido. Piénsese en los excesos que son usuales en las despedidas de solteros, aun cuando los integrantes de estas reuniones de carácter festivo sean respetables y serios. En el seno del grupo de amigos pudo originarse, sin medirse adecuadamente las consecuencias, la decisión de fisgar a Aldama, quien por carácter intolerante y en razón de factores imponderables o de otras bromas de que habría sido objeto, se había enemistado con el núcleo de amigos que integraba Fresco, distanciándose de ellos con anterioridad al hecho de autos.

De tal forma puede habersele encomendado a Fresco que canalizara la publicación y que él diera curso a la broma utilizando los servicios de "Orbe S.R.L.", empresa a la que antes había hecho encargos de avisos propios de su profesión. Luego, al reflexionar y medir las consecuencias quiso dar marcha atrás, aunque tardíamente, porque el diario ya había sido impreso.

Despejados así los reparos genéricos con pie en la idea de que el demandado era un profesional de fama, de carrera brillante y de buen concepto, pasaré a las objeciones concretas, a la prueba en la que el juez se ha apoyado.

El sentenciante ha partido de la fuerte presunción de que el avisador (“Orbe, S.R.L.”) ha indicado a Fresco como la persona que pidió la publicación.

El demandado critica esta premisa sosteniendo que como “Orbe S.R.L.” actuó apresurada e imprudentemente al recibir una orden telefónica y dar curso de un aviso fúnebre sin adoptar previsiones para cerciorarse de su seriedad, corriendo el riesgo de soportar la condena, optó por endilgarle responsabilidad a él como una suerte de disculpa o descargo para justificar aquella falta de prudencia manifiesta. Por las mismas razones tacha de parciales a los testigos Vázquez y Farfan, dependientes de Orbe.

La objeción es endeble, pues Orbe no podría nunca disculpar su imprudencia —supuesta su existencia— con el simple expediente de dar el nombre de la persona que le hizo publicar el aviso, ni con instruir a sus testigos —dependientes— para que proporcionaran dicho nombre. Ello es así porque la hipótesis de que los integrantes de “Orbe S.R.L.” hayan sido los autores originales de la broma no ha sido planteada, ni es verosímil dado que no media elemento alguno que haga pensar que conocieran a Aldama y así motivos o deseos de afectar su intimidad. Entonces, es por el contrario hipótesis segura que hubo alguien que ordenó a Orbe el aviso y ese alguien debía ser socio del Club Gimnasia y Esgrima, relacionado con el actor, lo que resulta inexcusable ante el texto del aviso en el que aparecen invitando a una Misa de cuerpo presente “sus amigos del Club Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires”. Además esa persona que pidió el aviso debía a su vez conocer a “Orbe S.R.L.”, o tener relaciones con dicha empresa, pues de lo contrario habría acudido a otro medio para concretar la broma macabra. Fi-

nalmente esa persona, que sabía que estaba haciendo algo reprochable, debió elegir un medio que le permitiera no dejar un rastro documental (v. gr. firma del pedido de aviso) y para ello le fue propicio elegir una agencia publicitaria con la que ya había tenido relaciones de ese tipo, la que confiaría en la supuesta seriedad del aviso fúnebre y no abundaría en requisitos identificatorios o instrumentales.

La única persona que en autos aparece reuniendo todas esas características es Juan C. Fresco, que por una parte es socio del Club Gimnasia y Esgrima, consocio del autor, lo había tratado en el mismo grupo de amigos, tenía motivos para hacerle el grosero chiste por haberse enemistado o distanciado de él, y por otro lado había mantenido relaciones con Orbe, contando con dicha base de confianza por parte de ella. Contrariamente a lo que afirma mendazmente en el memorial de agravios, el doctor Fresco no publicó un solo aviso por conducto de esta empresa, sino varios como él mismo lo confesó a fojas 145 vuelta, preguntas 10ª, 11ª y 12ª. De esta última posición resulta también confesado que, en virtud de que la vinculación se entabló a través de "Laje S.A.", a él y al personal de su estudio no les exigen acreditar identidad y les recibían pedidos por teléfono. Luego, la presunción de la que parte el *a quo* no es débil ni una simple conjetura, sino de una fuerza considerable y constituye prueba en los términos del artículo 163, inciso 6º del Código Procesal. Según acabo de pormenorizar no es una, sino varias presunciones que concluyen para inferir la intervención de Fresco en el aviso.

Tratándose de acreditar un hecho de carácter ilícito no son aplicables las normas de los artículos 191 y 1193 del Código Civil referente a la prueba instru-

mental o al principio de prueba por escrito, que invoca el apelante, ya que sólo rigen para los contratos.

Frente a dicha inferencia presuncional, si el demandado pretendía que otra persona, concedora de su relación con "Orbe S.R.L.", utilizó supuestamente su nombre para ordenar el aviso fúnebre, a él le incumbió acreditar ese otro hecho, también ilícito, que viene invocado como presupuesto fáctico de la defensa (artículo 377, Código Procesal).

Tampoco pueden progresar los agravios relacionados con las declaraciones testimoniales de fojas 263/265.

Que sean dependientes de Orbe no los descalifica a los declarantes, pues según se ha visto la culpa de los integrantes de la agencia en no tomar todos los recaudos necesarios para cerciorarse de la autenticidad del supuesto fallecimiento del actor, o de documentar la persona que se responsabilizara por el aviso, estaría dirigida a una responsabilidad diferente de la del autor de la broma funesta. La agencia habría debido responder en los términos de los artículos 1066, 1067, 1109 y 1113 del Código Civil y el inventor de la broma por el artículo 1071 bis. Una culpa no quedaría excusada con la otra.

Que los testigos hayan dicho que Fresco tenía 35 o 40 años, cuando a la época del hecho tenía 49 años de edad, no es un elemento que desmerezca el valor probatorio, desde que ellos se refieren a su aspecto físico y lo describen sin incurrir en contradicciones. El demandado pudo aparentar ser más joven.

Las críticas que se vierten a fojas 453, no pasan de calificativos enfáticos que se espetan contra los testigos, sin que aparezca, concretamente, ninguna denuncia real de contradicción, falta de razón de los dichos

o inverosimilitudes que desvirtúen el poder de convicción de estos deponentes, a la luz de las reglas de la sana crítica.

En lo que atañe a la utilidad que habría derivado de un reconocimiento del demandado en rueda de personas por estos testigos, no encuentro levantada la observación del sentenciante, de que él no pidió esa posible prueba, infiriendo así que temía que le fuera adversa.

Es que los testigos no descartan la posibilidad de poderlo reconocer, sino que manifiestan sus dudas. Tal reparo parece razonable en virtud de haberlo visto una sola vez y con bastante antelación al tiempo de las declaraciones (un año).

El análisis intrínseco de estas declaraciones testimoniales no llega a advertir contradicciones ni vicios que les resten valor.

Ambos testigos, Vázquez y Farfan, coinciden en que fue Fresco, persona de mediana estatura y muy bien vestida, quien se presentó en la agencia al día siguiente con el objeto de suspender el aviso. Reconocen el anuncio de fojas 2 como el encargado a "Orbe S.R.L." y que el demandado se negó a pagar la factura correspondiente alegando que se trataba de una broma de mal gusto.

De los comentarios que efectúa el apelante a fojas 454/456 vuelta solamente puede rescatarse que los testigos no pudieron estar seguros de la identidad de la persona que se presentó el día 22 como el doctor Fresco. Pero si bien ello es cierto, no lo es menos que los testigos sólo vienen a corroborar una serie de presunciones que antes he puntualizado.

No ha probado tampoco el apelante que él haya estado fuera de la ciudad los días 21 y 22 de abril de

1977, que fueron jueves y viernes; el primero de ellos aquel en que habría encomendado el aviso y el segundo cuando concurrió a anularlo a la oficina de "Orbe S.R.L."

De la respuesta 15ª del testigo de fojas 309/310 solamente se extrae que era habitual que Fresco estuviera de viaje —al interior o al exterior del país— desde el día jueves hasta el sábado por razones de índole profesional. "Normalmente" dice el deponente, lo cual permite suponer que algunos fines de semana no se ausentara. Falta la prueba exacta de que esos precisos días haya estado ausente. Al absolver posiciones a fojas 145, Fresco dijo que "casi seguro que no estaba en Buenos Aires". No aseveró que no estuviera el fin de semana que nos interesa. Luego añadió que viajaba casi todos los fines de semana a Colonia, República Oriental del Uruguay. Ello debió ser acreditado mediante pedido de informe a la Dirección Nacional de Migraciones.

No me detendré en la temática relacionada con los requisitos para tomar avisos fúnebres, ni en la imputación de culpa que en derredor de la falta de los debidos recaudos el demandado hace a "Orbe S.R.L.", pues según ya expuse una supuesta culpabilidad no excluiría, sino que se añadiría a la propia del demandado. Además el actor ha consentido la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra las empresas publicitarias y el demandado carece de legitimación para agravarse de esas repulsas, porque la responsabilidad declarada en la sentencia circunscripta al artículo 1071 bis del Código Civil, sería ajena al reproche que cabría hacer a dichas agencias. No serían ellas coautoras de un mismo hecho, en situación que pudiera otorgar a Fresco la acción de regreso del artículo 1109 del Código Civil.

Para cerciorarse acerca del mantenimiento de la condena contra el doctor Fresco conviene añadir que él no ha desvirtuado las comprobaciones efectuadas mediante las pericias contables de fojas 192, 194, 211, 215, que informan sobre registraciones correspondientes al aviso de fojas 2 y la falta de pago de la factura pertinente.

Con relación al monto de la condena no encuentro agravios atendibles, desde que la crítica concreta y razonable que exige el artículo 265 del Código Procesal no puede suplirse con la simple calificación de “elevadísima”.

Pasando a ocuparme de los recursos de ambas empresas de publicidad, ceñidos a la cuestión costas, he de propiciar que se mantenga lo resuelto en primera instancia. Ya he dicho que sus posibles culpas o responsabilidades por omisión de recaudos para asegurar la seriedad del aviso serían una causa diversa a la de la acción que prosperó contra Fresco, por lo que la solución que proponen de que él asuma todos los gastos causídicos carece de base jurídica.

Creo, como el juez, que el actor pudo creerse con derecho a dirigir su acción contra Souvenir, y que ésta también se encontró en la misma situación para citar a Orbe (ver resolución de fs. 56). Pero sin perjuicio de no haberles constado ni a uno ni a otra que se tomaran todas las precauciones que exigían la naturaleza y las circunstancias del caso (artículo 512, Código Civil), entiendo que ambas empresas omitieron considerar un extremo que, de habérsele dado la debida atención, las habría llevado a no patrocinar el aviso. Me refiero a lo inusual y absurdo del texto mismo del aviso, en el cual se invita a una misa de cuerpo presente de una persona fallecida el día anterior, sin que se invite tam-

bién al sepelio, ni se exprese el cementerio en el que se inhumarían los restos, ni la casa en la que supuestamente era velado. Lo usual es que si se va a realizar una misa de cuerpo presente, las personas y las instituciones que se adhieren al homenaje (en el caso los amigos del Club) lo hagan de consuno con los parientes, y que los avisos figuren conjuntamente en la subsección sepelios, invitándose a la misma y también al entierro.

Por lo expuesto doy mi voto por la afirmativa, debiendo confirmarse la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de la alzada a cargo de los apelantes (artículo 68 Código Procesal).

Por razones análogas a las expuestas los doctores *Alterini* y *Cifuentes* adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada de fojas 404/410 en todas sus partes. Con costas de la alzada a cargo de los apelantes. *Jorge H. Alterini. Agustín Durañona y Vedia. Santos Cifuentes* (Sec.: José L. Galmarini).

2. BROMA DESTINADA A AFLIGIR, DESAZONAR O CAUSAR PESADUMBRE O MOLESTIA

Las chanzas, es sabido por todos, pueden ser sanas o malignas, traducir un afán de entretenimiento o juego o, por el contrario, uno de malignidad o bellaquería. Empero, lo importante en el tema no es tanto la intención o subjetividad del bromista, como el contenido, considerado en sí mismo, la objetividad de la chanza. Un aforismo conocido sostiene que el único que no se divierte con tales juegos de ingenio es el destinatario

de ellos, la persona a quien va dirigida la broma. Y por lo común es así. El hombre jovial, de humor, sabe hacer pero no recibir bromas. Por lo demás, el humor, tan necesario para sobrevivir en un mundo conflictivo, es ingrediente que escasea cada vez más, desplazado por la iracundia, la intemperancia o, en ocasiones, la violencia.

Sirvan estos pensamientos ligeros como introducción al comentario del fallo —o mejor de los fallos, pues son dos, el de 1ª instancia y el de sala— que pone fin al caso que con acierto puede titularse “de la burla mortificante”.

3. DIVERSION PROPIA A COSTA DE LA AFLICCION AJENA

Los argentinos hemos asistido en los últimos tiempos, en particular desde nuestras plateas como televidentes, a chanzas consistentes en caricaturizar a personas famosas: un escritor, un entrenador deportivo y otras, han debido soportar, como precio a la notoriedad de la “vida pública”, tales bromas.

Hay aquí un buen ejemplo acerca de cómo la tutela jurídica de las personas, en lo relativo a su intimidad o privacidad, no obstante ser todas iguales ante la ley, es diferente. Si la vida se desenvuelve en ámbitos predominantemente públicos, despertando el interés o la curiosidad de los semejantes, su titular debe pagar como precio de la fama una limitación o cercenamiento de la privacidad; el derecho a la reserva no desaparece, pero se mantiene estrechado, disminuido.

Cabe reconocer, no obstante, que la contracara de la broma no es siempre la aflicción o penuria; artistas, deportistas, escritores —entre otros— suelen aceptar

las chanzas con clara conciencia de los réditos o ventajas que se siguen de las mismas, en la medida en que acrecientan la notoriedad, que significan una publicidad importante.

4. LA BROMA COMO ATAQUE A LA INTIMIDAD EN CUANTO PAZ O TRANQUILIDAD

Cabe decir entonces que hay bromas y bromas... La juzgada en los fallos que comentamos aparece, a todas luces, como odiosa; particularmente vejatoria. Y es así en razón de nuestras costumbres, aunque también por su propia temática: la muerte. La condición humana parece rechazar esta idea; su aceptación con resignación y gozo cristianos no pasa de ser, en muchos casos, un capítulo de fe. Anunciar a otro su muerte, amenazarlo con su proximidad, bromear con ella, como ocurriera en el caso, intranquiliza, molesta, priva de la paz a la que toda persona tiene derecho. Y si a ello se suma la angustia que significa publicitar el fallecimiento, para los parientes y amigos del muerto presunto, y que el dolor de las personas que componen ese entorno origina como eco o resonancia el sufrimiento de la "víctima", se tiene un cuadro siquiera aproximado al que viviera el actor en la causa.

Se podrá discutir desde ángulos diferentes: humano, psicológico, etc., si la reacción es la adecuada; si vale la pena..., si está justificado recurrir a la justicia, si no pudo borrarse o repararse la broma de otro modo, con otras armas.

Como hombres de Derecho debemos aplaudir, sin hesitación alguna; es una reacción civilizada, que deja de lado la justicia por mano propia para recurrir a la justicia institucionalizada, es una respuesta que traduce fe en el Derecho, confianza en los jueces.

No dudamos tampoco en compartir la calificación del hecho como violatoria del derecho a la intimidad, del artículo 1071 bis.

La hipótesis es, asimismo, un buen ejemplo de algo que muchas veces se puso en tela de juicio: la posibilidad de avanzar sobre la intimidad del hombre común, del hombre medio. Algunos pensaron que tal cosa no podría ocurrir, pues descartaban el interés en entrometerse en una vida como la de cualquier otro. Nos congratula ver confirmada una tesis que defendimos ⁽¹⁾ y sin el menor asomo de adjetivaciones tales como “sensibilidad extrema”, “rareza” o “exquisitez”.

En el trabajo recordado discurríamos acerca de las posturas negativas y decíamos que los ataques más fuertes provienen del socialismo, por considerar que la intimidad es una pretensión del hombre burgués, sostenida por el derecho burgués; de las clases adineradas o pudientes, de sectores que teniendo cubiertas o satisfechas todas sus necesidades vitales buscan ahora un reconocimiento superfluo, anodino e intrascendente, de su intimidad o privacidad; verdadero lujo frente a quienes carecen de lo indispensable: los pobres o desamparados, que luchan por el reconocimiento de derechos primordiales o esenciales y a quienes agravia esta susceptibilidad de las clases altas...

Discrepamos radicalmente con estas ideas. No admitimos que se califique a la intimidad como algo superfluo, lujo o susceptibilidad enfermiza o decadente. No creemos que sea patrimonio de alguna clase social y que sea indiferente a otras. No entendemos que contradiga un sano espíritu comunitario, que sea reducto de egoísmos o individualismos extremos. Muy por el

(1) En nuestro estudio *Entre la intimidad y la comidilla*, publicado en esta obra, t. I, ps. 91 y sigts.

contrario, el reconocimiento y respeto de la intimidad, que encierra la lucha contra intromisiones, abusos o indiscreciones, supone la madurez y plenitud de la persona humana...

5. PRUEBA

Es de verdadero interés el desarrollo de los razonamientos, que campean en los fallos comentados, en punto a la demostración de la "autoría" del acto ilícito. Como se trata de probar hechos, lo destacan muy bien, todos los medios son admisibles; testigos y presunciones se apoyan mutuamente, conduciendo al juzgador, iluminado por la "sana crítica", a la convicción, que compartimos, acerca de dicha autoría.

La Sala, guiada por un voto persuasivo y agudo de Durañona y Vedia, desecha la contrapresunción que pretende construirse sobre la base de la jerarquía intelectual y nivel social del demandado. En buen romance nos dice que las clases altas o dirigentes de una comunidad lejos de pretender escudarse en semejante situación, deben vivir en permanente vocación de servicio, justificando con sus actos tal ubicación. Es la repetición, en otros términos, de la admonición del artículo 902 del Código Civil.

No puede pretenderse la destrucción de presunciones plurales, graves y coincidentes con la prueba de las cualidades o dotes personales, el tribunal pudo agregar que los tiempos actuales nos han acostunbrado a observar cómo conviven virtud y pecado, acierto y error.

6. IMPUTABILIDAD

La responsabilidad nace del hecho objetivo del entrometimiento, en él radica la antijuridicidad. Al agente, autor o victimario, se le imputa perturbar de cualquier modo la intimidad ajena, con prescindencia de factores subjetivos, de un obrar doloso o culposo.

A la víctima no le interesan las razones que pueda argüir el violador de su reserva, le interesa ser respetado. Quien avanza por el sendero de la intimidad ajena debe saber de la peligrosidad de su obrar, de la dañosidad que es propia de un comportamiento semejante, y si pese a todo sigue por allí, es justo que cargue con la reparación de los daños causados. Es, en consecuencia, un supuesto de responsabilidad sin culpabilidad, a título objetivo, con base en el riesgo creado por comportamiento semejante.

7. REPARACION

La Sala, siguiendo el muy acertado fallo de 1ª instancia, condena a reparar el daño moral causado por la broma, y estima el perjuicio de las afecciones íntimas en una suma considerable.

Ocurre que la determinación de la cuantía, si bien librada al criterio del juzgador en consideración a las circunstancias del caso, es de "equidad" pero no de "mezquindad".

La confusión entre uno y otro concepto es, a todas luces, lamentable. Responsabilidad en equidad, lo hemos dicho y repetido, es aquella que descansa en el arbitrio

del juzgador, sobre la base del “podrá” y no del “deberá”; es aquella que atiende a las particularidades y no a las generalidades, que aprecia en concreto y no en abstracto. Es, para citar algunos ejemplos, la del 907, del 1069 y también la del 522 y del 1071 bis.

Pero no tiene por qué ser mezquina o exigua; caer en la reparación meramente simbólica o en una especie de compensación casi de lástima.

Aplaudimos, sin reservas, estas decisiones modelos.