

Prohibición de la disposición del derecho a la intimidad familiar y libertad de expresión por aplicación del principio del interés superior del niño: comentario al caso “N., W. S. c. N., A. R. y otros/medidas precautorias”

por MARÍA BIBIANA NIETO^(*)

Sumario: I. HECHOS Y RESOLUCIÓN DEL CASO. – II. ANÁLISIS DEL FALLO DE CÁMARA. II.1. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE UNA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA. II.2. DERECHOS EN CONFLICTO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS ACCIONADOS Y DERECHO A LA DIGNIDAD DE LA ACCIONANTE. II.3. NORMAS JURÍDICAS APLICABLES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS DERECHOS EN PUGNA. II.4. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONAL. II.5. LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD ES UN SUPUESTO DE EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE TUTELA INHIBITORIA DE EXPRESIÓN. – III. VALORACIÓN CRÍTICA DEL FALLO DE CÁMARA. – BIBLIOGRAFÍA.

I. Hechos y resolución del caso

W. S. N. es una empresaria e influencer⁽¹⁾ que difunde los sucesos de su vida profesional y familiar, de manera habitual, en sus redes sociales públicas.

En julio de 2023, a raíz de un problema de salud, fue internada en una clínica privada en CABA, para realizarse estudios. Los periodistas de espectáculos, al tomar conocimiento del hecho, contactaron a su padre, R. A. N., y a su novia, A. S. B., quienes hablaron de su salud con la prensa y en programas de televisión, sin conocimiento ni comunicación previa con la actora.

Frente a esta situación, que impactó en la salud emocional de sus hijos, W. S. N. solicitó una medida autosatisfactiva contra su padre y la novia de su padre, en los siguientes términos, a fin de que se abstuvieran de “efectuar cualquier referencia directa a mi persona y/o la de mis hijos, en especial a mi salud, con el objeto de salvaguardar mi dignidad e intimidad, y también la de mis cinco hijos menores que deben gozar de la debida privacidad, salud psicológica, emocional y física [...] bajo apercibimiento de aplicárseles astringentes por cada infracción e incurrir en el delito de desobediencia...” (Vistos, II).

También pidió, en orden a dar cumplimiento a la medida, que la resolución por dictarse fuera notificada mediante oficio por secretaría al Ente Nacional de Control (ENACOM) a los efectos de que dicho organismo procediera a

notificar y arbitrar los medios necesarios para velar por el cumplimiento de la medida (cfr. Vistos, II).

En primera instancia, el juez del Juzgado Civil n° 54 rechazó la medida solicitada. W. S. N. y la Defensora de Menores apelaron la resolución por entender que la negativa del juez atentaba contra la dignidad e intimidad de la actora y también de la de sus cinco hijos menores de edad que deben gozar de la debida privacidad, salud psicológica, emocional y física, que han sido afectadas por la conducta de los accionados (cfr. Vistos, I).

La Cámara Civil, sala F, consideró “*prima facie*” verificados los requisitos exigidos para el dictado de la medida requerida por W. S. N. (cfr. Vistos IV), y resolvió modificar la resolución recurrida, e hizo lugar a la medida autosatisfactiva. En este sentido, ordenó a los Sres. R. A. N. y A. S. B. que se abstuvieran de efectuar cualquier referencia directa a la persona de los hijos de la actora y/o de la actora, en relación con la salud de aquella, en ningún medio de comunicación o red social o plataforma virtual, imponiendo una multa de \$100.000 en cada ocasión que se incumpla la medida. Además, determinó poner en conocimiento de su decisión al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).

II. Análisis del fallo de Cámara

II.1. Requisitos para la procedencia de una medida autosatisfactiva

En primer lugar, el Tribunal consideró la viabilidad de la acción interpuesta por la parte actora. Recuerda que para la procedencia de una medida autosatisfactiva es requisito que medie una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Además, señala que es un instrumento para hacer cesar o impedir hechos lesivos, “cuestión que ahora fluye nítida de los mandatos de prevención prescriptos por el artículo 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación” (Vistos, II).

Sostuvo, con referencias a autorizada doctrina, que se trataba de un requerimiento urgente (no cautelar) formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento⁽²⁾. E indica que esta medida procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial⁽³⁾.

II.2. Derechos en conflicto: libertad de expresión de los accionados y derecho a la dignidad de la accionante

Seguidamente, la Cámara determinó los contornos del conflicto, afirmando que en el caso se presenta una colisión de dos derechos de igual jerarquía, amparados por la Constitución Nacional: la libertad de expresión de los accionados y el derecho a la dignidad comprensiva de la honra y reputación, intimidad, imagen e identidad de la accionante. Asevera que cada caso particular debe analizarse con suma prudencia para lograr un equilibrio entre ellos. A continuación, a fin de contextualizar el problema por resolver, trae a colación doctrina emanada de la CSJN con ocasión de resolver conflictos similares al presente:

1. El ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 de la Constitución Nacional)⁽⁴⁾.

(2) Peyrano, Jorge W., “Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de urgencia - Medidas autosatisfactivas”, en J.A. 1997-II-926.

(3) Galdós, Jorge M., “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”, en J.A. 1998-III-659; y “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, L.L. 1997-F, 482.

(4) CSJN, M. 368. XXXIV. REX, “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios”, 25/09/2001, Fallos: 324:2895.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Responsabilidad parental: La privación de la patria potestad en los tiempos de la responsabilidad parental*, por ROSALÍA MUÑOZ GENESTOUX, EDFA, 5/-16; *Ocho aspectos sustanciales de la reforma proyectada en materia de responsabilidad parental*, por CARINA INÉS COMITO y NATALIA COMITO, EDFA, 28/-26; *Negativa al reconocimiento filial: ¿Posible privación a la responsabilidad parental?*, por MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, EDFA, 58/-21; *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por DANIEL HUGO D'ANTONIO, EDFA, 61/-15; *Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio*, por ADRIANA N. ABELLA y SEBASTIÁN E. SABENE, EDFA, 69/-13; *Lo que deja la jurisprudencia en responsabilidad parental a casi un año de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial*, por URSULA C. BASSET, EDFA, 72/-26; *Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales*, por JOHN GROVER DORADO, ED, 268-609; *Buscando mejorar el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes sin protección parental transitoria o permanente*, por MARIANA GIL, EDFA, 84/-22; *Consideraciones sobre la aprobación por el Senado de un proyecto de ley para penalizar la publicación de imágenes íntimas (revenge porn)*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 272-563; *Centrar el debate en la responsabilidad parental*, por MARÍA M. GALLI FIANI, ED, 292; *El sharenting y el ejercicio de la responsabilidad parental en una prudente resolución judicial*, por MARÍA BIBIANA NIETO, ED, 294. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Doctora en Ciencias de la Educación (Universidad de Navarra). Directora del Proyecto IUS (UCA), titulado “Los derechos a la intimidad, honor e identidad en el entorno digital. Alcances de su protección jurídica y desafíos actuales”. Profesora Titular del Taller de Escritura Jurídica y Uso de las Fuentes de Información y Metodología de la Investigación Jurídica (Facultad de Derecho, UCA). Profesora Adjunta del Seminario Metodología de la Investigación Científica (Doctorado en Ciencias Jurídicas, UCA). Profesora Adjunta de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (Facultad de Derecho, UCA).

(1) En el estudio hecho por la Empresa Statista titulado “Influencers argentinos con mayor número de seguidores en Instagram a marzo de 2023” se afirma que W. S. N. tiene más de 16,3 millones de seguidores. [Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1368706/instagram-cuentas-con-mas-seguidores-en-argentina/>; acceso: 7/8/23].

2. Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger⁽⁵⁾.

3. La actividad humana resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad⁽⁶⁾.

4. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental y los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana⁽⁷⁾.

5. Los derechos esenciales de la persona humana –relacionados con su libertad y dignidad– comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega incluso a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional)⁽⁸⁾.

II.3. Normas jurídicas aplicables para la resolución de los derechos en pugna

En los fallos relevantes citados por el Tribunal, se invocan las normas constitucionales que protegen los derechos en colisión en la causa. Estos son los arts. 14 –libertad de expresión–, 19 –intimidad– y 33 –derechos fundamentales no mencionados expresamente– de la Constitución Nacional⁽⁹⁾. A estas normas, la Cámara agrega y transcribe los arts. 51 y 52 del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹⁰⁾, y menciona el art. 1713 del mismo cuerpo legal que regula la acción preventiva del daño⁽¹¹⁾. También alude a los arts. del CCC relativos al derecho a la intimidad⁽¹²⁾ y a la disponibilidad de los derechos personalísimos⁽¹³⁾. En relación con la existencia de niños involucrados en el caso, señala la aplicación del art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño⁽¹⁴⁾.

II.4. Límites a la libertad de expresión en un Estado democrático y constitucional

El Tribunal prosigue su razonamiento con cita del fallo de la CSJN en el caso “*Martín, Edgardo Héctor c/ Telear-te S. A. y otros s/ Daños y perjuicios*” en el que considera que, en las sociedades contemporáneas, el carácter masivo de los medios de comunicación, a la vez que potencia la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio del autogobierno colectivo, también implica una mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros. Por esa razón, se resalta que un estado democrático y constitucio-

(5) Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en CSJN, “*Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo*”, M. 291. XL. RHE, 31/10/2006, Fallos: 329:4741.

(6) CSJN, “*Pérez, A. R. c/ Disco S.A.*”, Fallos: 332:2043, 2054.

(7) Voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt. CSJN, “*Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar*”, B. 605. XXII.06/04/1993, Fallos: 316:479.

(8) CSJN, 01/06/2012, “*Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias*”, L.L. 08/06/2012, pág. 4, voto del Dr. Fayt. Fallos: 335:799.

(9) Además de tener una protección reforzada por su tutela en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

(10) Art. 51. “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Art. 52. “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”.

(11) Art. 1713. “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

(12) El art. 1770 proscribire la intromisión arbitraria y la perturbación de la intimidad; describe algunas conductas lesivas: publicación de fotos, imágenes o retratos, difusión de correspondencia, mortificación en las costumbres o sentimientos. Las acciones que contempla para el damnificado son el cese e indemnización del daño en curso, y la indemnización y publicación de la sentencia si el daño se consumó.

(13) Art. 55. “Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

(14) Art. 16. “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

nal comprometido con el respeto del bienestar individual de sus ciudadanos debe reconocer el máximo de libertad expresiva a todos, siempre que ello –dada su aptitud dañosa– sea compatible con la protección a los derechos que pueden ser afectados por su ejercicio⁽¹⁵⁾.

II.5. La privacidad e intimidad de los menores de edad es un supuesto de excepción a la prohibición de tutela inhibitoria de expresión

Prosigue el Tribunal afirmando que, si bien “comparte –en términos generales– los fundamentos que llevaron al juez a decidir de la forma que lo hizo, cabe tener en cuenta que, en el estrecho análisis de una medida cautelar, la proyección de la privacidad e intimidad constituyen un claro e indiscutible supuesto de excepción a la prohibición de tutela inhibitoria de expresión cuando –como en el caso– se afectan derechos de sujetos particularmente vulnerables como son los menores, sin que concurran en la especie cuestiones de interés público o de relevancia social que permitan deshabilitar la pretensión” (Vistos, III).

En este sentido, señala que los niños gozan de una protección especial de origen convencional, y que en el sistema de los tratados internacionales la restricción a favor de los menores de edad “no se circunscribe solo a la reparación ulterior sino que también comprende la responsabilidad-prevención” (Vistos, III).

Puntualiza que, en el marco del art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño y las normas del Código Civil y Comercial relativas al derecho a la intimidad y a la disponibilidad de los derechos personalísimos, debe apreciarse con mayor rigidez la preservación del derecho. Y manifiesta que en este caso existe un vínculo directo entre los hechos objeto de la petición y la intimidad de los hijos de la actora. Además, reconoce que recae sobre todo en los progenitores o tutores la preservación del derecho a la intimidad de los menores de edad⁽¹⁶⁾. A continuación, recuerda que la CSJN ha señalado que “la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos”⁽¹⁷⁾. Concluye con la decisión de hacer lugar a la medida autosatisfactiva y exhortar “tanto a la parte demandada como a todas las demás personas involucradas, incluyendo a sus progenitores, a que se abstengan de realizar declaraciones que puedan poner en riesgo la intimidad, dignidad y salud emocional de los niños, niñas y adolescentes por los que se acciona” (Vistos, III).

III. Valoración crítica del fallo de Cámara

El Tribunal al enmarcar el conflicto entre dos derechos constitucionales de igual jerarquía, menciona la libertad de expresión de los accionados y el derecho a la dignidad comprensiva de la honra y reputación, intimidad, imagen e identidad de la accionante.

A fin de proteger a cada persona humana y sus derechos resulta relevante resaltar que la dignidad, más que un derecho, es fundamento de los derechos esenciales de la persona humana⁽¹⁸⁾. Se trata de una cualidad inherente a la naturaleza de todo ser humano por el hecho de ser tal. En este sentido, comparto con Massini Correas la concepción de la dignidad de la persona propia de la denominada “tradicción central de occidente” que propone una visión de esa dignidad arraigada en la realidad constitutiva de la persona, es decir, en su dimensión ontológica⁽¹⁹⁾.

(15) CSJN, “*Martín, Edgardo Héctor c/ Telear-te S. A. y otros s/ Daños y perjuicios*”, M. 1177. XLVIII. REX, 03/10/2017. Fallos: 340:1364.

(16) Agrega: “y por supuesto sobre los terceros que tienen la obligación genérica de respetar la dignidad de las personas y de no dañar (principio *alterum non laedere*)” (Vistos, III).

(17) CSJN, V. 24. XLVII. “*REX V.D.L. s/ restitución de menores ejecución de sentencia extranjera*”, 16/08/2011, Fallos: 334:913.

(18) Cfr., Hoyos Castañeda, Ilva M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989, págs. 475-486. Para quienes estén interesados en profundizar en la temática, ver: Lafferriere, Jorge N. y Lell, Helga M. (ed.), *La dignidad a debate. Uso del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2021, donde se plasman los resultados de una investigación acerca de la multiplicidad semántica que reviste el término dignidad humana tanto en los casos contentiosos como en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(19) Cfr., Massini Correas, Carlos I., “Sobre dignidad humana y derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”, en *Prudentia Iuris*, N° 83, 2017, págs. 53-59. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180108_05.pdf (acceso 04/10/2023).

En esta visión, los derechos subjetivos naturales, denominados comúnmente derechos humanos son “facultades jurídicas cuyo título radical se encuentra en la condición de persona dotada de una especial dignidad que corresponde a los sujetos titulares de esos derechos-facultades”⁽²⁰⁾. Estas potestades no se tienen principalmente por haber sido otorgadas por las autoridades políticas, sino que se poseen por el solo valor intrínseco del sujeto mismo. Sin embargo, para poder gozar de ellos en la comunidad política, es fundamental su reconocimiento y adecuado amparo por la normativa jurídico-positiva.

La doctrina de la CSJN citada en el fallo resulta pertinente, ya que, al no existir en nuestra Carta Magna garantía preferencial de unos determinados derechos fundamentales por sobre otros, es necesario conciliarlos en su ejercicio.

El derecho a un ámbito de privacidad sin injerencias ajenas, como sostuvo el Tribunal, está amparado por nuestro ordenamiento jurídico y protege a la persona de toda intromisión arbitraria, es decir, sin causa de justificación. En los últimos años, numerosas personas eligen exponer su intimidad por diversos motivos, sobre todo, en el ámbito digital, y se convierten en “personajes públicos”, con alcance internacional. La actora, por su actividad, es conceptualizada y se considera ella misma “mediática”, es decir, una persona “pública” que voluntariamente dispone de su derecho a la intimidad y exhibe su vida privada de manera habitual. Sin embargo, sigue siendo titular del derecho a la privacidad, aunque el criterio para determinar el mayor o menor umbral de protección de su intimidad es su propia conducta sobre su vida privada⁽²¹⁾. Es decir que W. S. N., con su actividad “mediática” en las redes sociales digitales, deja un estrecho margen para su intimidad personal y familiar.

Hay que tener en cuenta que, en el caso que examinamos, la salud de W. S. N. no es un asunto de interés público ni de relevancia social, aunque pueda preocupar a sus seguidores en Instagram y en Twitter que, como se constató, son numerosos. Por lo tanto, la información referida a los motivos por los que fue internada la actora en una clínica y su posible enfermedad no pueden ser difundidos sin su previa autorización. Además, su consentimiento no puede presumirse⁽²²⁾. Como consecuencia, la actitud proactiva de su padre y de su novia dando entrevistas para hablar del asunto, aun teniendo buenas intenciones, lesionó su intimidad y mortificó los sentimientos y el bienestar emocional de la actora y de sus hijos.

Considero que un hecho determinante para que la medida solicitada por la actora fuera acogida de manera favorable es la presencia de menores de edad afectados por la conducta de los demandados. La decisión contraria hubiera significado validar la lesión de los derechos a la intimidad de los hijos menores de edad de W. S. N. Y, como bien indicó la Cámara, en nuestro ordenamiento jurídico existe una protección reforzada de los derechos de los niños⁽²³⁾, fundado en su mayor vulnerabilidad respecto de los adultos, debido a la etapa evolutiva de la vida que transitan. Especialmente, se cita el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño que contempla el derecho a la vida privada señalando algunos ámbitos que deben ser amparados legalmente: su familia, su domicilio, su correspondencia. Cabe agregar que es fundamental, conforme al art. 3 de la Convención, como también refiere el Tribunal, tener en cuenta el interés superior del niño involucrado en el asunto por resolver⁽²⁴⁾ a la hora de tomar una deci-

(20) Massini Correas, Carlos I., “Sobre dignidad humana y derecho...”, pág. 65.

(21) Cfr., “*Indalia Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A.*” (11/XII/1984), voto de los ministros Carrió y Fayt, Cons. 9. CSJN, Fallos: 306:1892.

(22) Cfr., art. 55 Código Civil y Comercial de la Nación.

(23) Utilizo la palabra “niño” para referirme a los menores de edad, abarcando tanto a niños como a niñas, tal como lo hace la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en nuestro sistema jurídico tienen jerarquía constitucional.

(24) Art. 3. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”.

sión. Precisamente, la protección más robusta que poseen los derechos de los menores de edad, lleva a afirmar con acierto que “la proyección de la privacidad e intimidad constituyen un claro e indiscutible supuesto de excepción a la prohibición de tutela inhibitoria de expresión cuando –como en el caso– se afectan derechos de sujetos particularmente vulnerables como son los menores, sin que concurran en la especie cuestiones de interés público o de relevancia social que permitan deshabilitar la pretensión” (Vistos, III).

En definitiva, en conflictos como el presente, la interdicción constitucional de la censura previa no puede convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable⁽²⁵⁾. Es que, en cuestiones de derechos personalísimos, la prevención del daño es crucial para su salvaguarda, ya que, una vez que estos son lesionados, se producen perjuicios irreparables, aunque se procuren compensar con indemnizaciones dinerarias. “No hay suma de dinero que compense el deshonor sufrido, el desasosiego provocado por la difusión del secreto íntimamente guardado, el convertirse en objeto de curiosidad o hasta en la maledicencia públicas, el motivo de vergüenza sigilosamente reservado transformado en hecho notorio, el aspecto personal y propio, solamente de uno mismo que se mantiene en reserva, sometido al juicio de desconocidos. Como el cristal roto, la intimidad violada es irreparable”⁽²⁶⁾. Por eso, el amparo de los derechos personalísimos en general, y los de los niños en particular, exige, en ocasiones como esta, medidas preventivas.

Ahora bien, ¿cuál hubiera sido la resolución del caso si no hubiera habido menores involucrados? La respuesta es incierta. Pero creo que es preciso considerar la conducta previa, de años de sobreexposición de la vida privada y familiar de W. S. N., y el proceder posterior al inicio de la causa, subiendo videos a las redes sociales de internet en los que habla abiertamente de su salud e incluso muestra el sanatorio en el que se está haciendo estudios en el extranjero. La elección de la demandante de exhibir con intensidad y de manera habitual su intimidad y la de su familia difícilmente hubieran convencido a un juez de prohibir a su padre y a la novia de su padre de ejercer su libertad de expresión y disponer de aspectos de la intimidad familiar, entre los que está la situación de salud de su hija. Porque ¿de qué modo podría probar la actora la potencial lesión a su intimidad? ¿En qué sentido podría considerarse un ejercicio abusivo por parte del padre y de su novia del ejercicio de libertad de expresión y disposición de la intimidad familiar?

En definitiva, la armonización de los derechos en pugna exige de los jueces un prudente análisis de todas las aristas que cada caso concreto presenta para que las garantías constitucionales cumplan su finalidad.

Bibliografía

Budano Roig, Antonio R., “La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de un menor”, ED (11/6/1988)177-181. ED-DCCLXV-603.

Hoyos Castañeda, Ilva M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.

Massini Correas, Carlos I., “Sobre dignidad humana y derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”, en *Prudentia Iuris*, N° 83, 2017, pp. 49-72.

Lafferriere, Jorge N. - Lell, Helga M. (ed.), *La dignidad a debate. Uso del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2021.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MENORES - DERECHO A LA INTIMIDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - LIBERTAD DE EXPRESIÓN - RESPONSABILIDAD CIVIL - DAÑOS Y PERJUICIOS - TRATADOS INTERNACIONALES - DIVORCIO - RESPONSABILIDAD PARENTAL - MEDIDAS CAUTELARES - PERSONA

(25) Cfr., “*S. V. c/ Maradona, D. A. s/ medidas precautorias*” (3/IV/2001), voto de Boggiano y Vázquez, Cons. 11. CSJN, Fallos: 324:975.

(26) Budano Roig, Antonio R., “La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de un menor”, ED, 11/6/1988, t. 177-181, pág. 184. ED-DCCLXV-603.

Medidas Cautelares:

Medida autosatisfactiva: admisión; abstención por el padre de realizar declaraciones que puedan poner en riesgo la intimidad, dignidad y salud emocional de la actora y la de sus hijos; ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones; límites. **Menores:** Preservación del derecho a la intimidad.

Con nota a fallo

- 1 – Para la procedencia de una medida autosatisfactiva como la tratada en autos, en la que se solicita que el padre deberá abstenerse de realizar declaraciones que puedan poner en riesgo la intimidad, dignidad y salud emocional de la actora y la de sus hijos, se requiere –entre otros requisitos– que medie una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles; se trata de un requerimiento urgente (no cautelar) formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.
- 2 – Una pretensión cautelar como la aquí promovida constituye una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial, que posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.
- 3 – Al encontrarse en colisión dos derechos de igual jerarquía, amparados por la Constitución Nacional (libertad de expresión de los accionados y el derecho a la dignidad comprensiva de la honra y reputación, intimidad, imagen e identidad de la accionante), debe analizarse en cada caso particular con suma prudencia y así lograr un equilibrio entre ellos.
- 4 – Nuestro Máximo Tribunal ha establecido que el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas.
- 5 – Aun cuando los comentarios o expresiones referidas al niño o niña puedan reunir las mejores intenciones y aun cuando pueda considerarse que los comentarios no parezcan en principio perjudiciales –dadas las circunstancias particulares del caso–, deben protegerse sus derechos de las consecuencias dañosas que puedan derivarse.
- 6 – La preservación del derecho a la intimidad de los menores de edad recae eminentemente sobre los progenitores o tutores y, por supuesto, sobre los terceros que tienen la obligación genérica de respetar la dignidad de las personas y de no dañar. M.A.R.

61.766 – CNCiv., sala F, agosto 15-2023. – N., W. S. c. N., A. R. y otro s/ medidas precautorias.

Buenos Aires, 15 de agosto de 2023

Autos y Vistos:

I. Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala con motivo de los recursos de apelación interpuestos a fs. 11 por la parte actora y a fs. 12 por la Señora Defensora de Menores de la anterior instancia contra la resolución de fs. 10 que desestimó la medida autosatisfactiva peticionada. A fs. 19/23 obra el memorial y con fecha 11/8/23 emitió su dictamen la Señora Defensora de Cámara.

Se agravia la parte actora por entender que el rechazo de la medida solicitada atenta contra su dignidad e intimidad como así también la de sus cinco hijos menores de edad que deben gozar de la debida privacidad, salud psicológica, emocional y física, que han sido afectadas por la conducta de los accionados.

II. Conforme surge de las constancias de autos, la accionante inició la medida cautelar urgente e inaudita parte contra su padre su padre R. A. N. y su mujer A. S. B. orientada a que se abstengan de “efectuar cualquier referencia directa a mi persona y/o la de mis hijos, en especial a mi salud, con el objeto de salvaguardar mi dignidad e intimidad, y también la de mis cinco hijos

menores que deben gozar de la debida privacidad, salud psicológica, emocional y física [...] bajo apercibimiento de aplicárseles astreintes por cada infracción e incurrir en el delito de desobediencia. [...]”. Asimismo pide “a los fines de dar cumplimiento con la medida, solicito que la resolución a dictarse, sea notificada mediante oficio por secretaría al Ente Nacional de Control (ENACOM) a los efectos de que dicho organismo proceda a notificar y arbitrar los medios necesarios para velar por el cumplimiento de la medida”.

Sostiene que los accionados hablaron de su salud sin conocimiento ni comunicación previa con la accionante, por hallarse distanciados hace algunos meses, impactando su accionar en la salud emocional de sus hijos.

Si bien reconoce su carácter “mediático”, también conocido por sus hijos, explica que las manifestaciones sobre su salud de parte de los emplazados, que califica de “inventos y falsedades”, afectan a los menores.

En un primer acercamiento a la cuestión traída a conocimiento, no deviene ocioso recordar que, para la procedencia de una medida autosatisfactiva como la tratada en autos, se requiere –entre otros requisitos– que medie una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles; se trata de un requerimiento urgente (no cautelar) formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (conf. Peyrano, Jorge W., “Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia – Medidas Autosatisfactivas”, pub. en J.A.1997-II-926).

Es que, dada la importancia de las medidas autosatisfactivas como instrumento para hacer cesar o impedir hechos lesivos –cuestión que ahora fluye nítida de los mandatos de prevención prescriptos por el artículo 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación–, una pretensión cautelar como la aquí promovida constituye una solución urgente no cautelar, despachable “in extremis”, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial, que posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal (ver Galdós, Jorge M., “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”, en J.A.1998-III-659; y “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, LL.1997-F, 482).

El dictado de la medida está sujeto a “la concurrencia de una situación de urgencia, con fuerte probabilidad de que el derecho material del resultado; la exigibilidad de la contracautela queda sujeta al prudente arbitrio judicial” (XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997, en Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tº VIII, p. 309).

Frente a tales exigencias, al encontrarse en colisión dos derechos de igual jerarquía, amparados por la Constitución Nacional (libertad de expresión de los accionados y el derecho a la dignidad comprensiva de la honra y reputación, intimidad, imagen e identidad de la accionante), debe analizarse en cada caso particular con suma prudencia y así lograr un equilibrio entre ellos.

Así, Nuestro Máximo Tribunal ha establecido que el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 de la Constitución Nacional) (CSJN, M. 368. XXXIV. REX, “M. C.S. c/ E.P. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, 25/09/2001, Fallos: 324:2895).

Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti) (CSJN, “MINISTERIO DE SALUD Y/O GOBERNACIÓN s/ACCIÓN DE AMPARO”, M. 291. XL. RHE, 31/10/2006, Fallos: 329:4741).

La actividad humana resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (CSJN, “P., A. R. c/D S.A.”, Fallos: 332:2043, 2054).

El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los

restantes valores tienen siempre carácter instrumental y los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana (*Voto de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt*). (CSJN, “B., M. s/ medida cautelar”, B. 605. XXII.06/04/1993, Fallos: 316:479).

Los derechos esenciales de la persona humana –relacionados con su libertad y dignidad– comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega –incluso– a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional) (CSJN, 01/06/2012, “A. N., J. W. s/ Medidas precautorias”, L. L. 08/06/2012, pág. 4, voto del Dr. Fayt).

Es así que el art. 51 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “*La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”.

Asimismo, el art. 52 del CCyCN establece que: “*La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...*”.

Y en ese sentido, el art. 1713 del CCyCN regula la acción preventiva del daño.

En las sociedades contemporáneas el carácter masivo de los medios de comunicación potencia, sin dudas, la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio del autogobierno colectivo pero también implica mucha mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros. En un estado democrático y constitucional comprometido con respetar el bienestar individual de sus ciudadanos, la importancia de la libertad de expresión hace necesario que se reconozca el máximo de libertad expresiva a todos, siempre que ello –dada su aptitud dañosa– sea compatible con la protección a los derechos que pueden ser afectados por su ejercicio (CSJN, “M., E. H. c/T SA y otros s/daños y perjuicios”, M. 1177. XLVIII. REX, 03/10/2017, Fallos: 340:1364).

III. En el caso concreto de autos, si bien este Tribunal comparte –en términos generales– los fundamentos que llevaron al juez a decidir de la forma que lo hizo cabe tener en cuenta que, en el estrecho análisis de una medida cautelar, la proyección de la privacidad e intimidad constituyen un claro e indiscutible supuesto de excepción a la prohibición de tutela inhibitoria de expresión cuando –como en el caso– se afectan derechos de sujetos particularmente vulnerables como son los menores, sin que concurran en la especie cuestiones de interés público o de relevancia social que permitan deshabilitar la pretensión; y en tanto éstos gozan de una protección especial de origen convencional, entendiéndose que en el sistema de los tratados internacionales la restricción a favor de estos sujetos no se circunscribe sólo a la reparación ulterior sino que también comprende la responsabilidad-prevención. En el marco del art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño, más aquellas otras normas vigentes en el Código Civil y Comercial relativas al derecho a la intimidad y a la disponibilidad de los derechos personalísimos, es que debe apreciarse con mayor rigidez la preservación del derecho.

Resulta sobreabundante aclarar que los hechos objeto de esta petición, se encuentran directamente relacionados con la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, hijos e hijas de la aquí actora.

La preservación del derecho a la intimidad de los menores de edad recae eminentemente sobre los progenitores o tutores y por supuesto sobre los terceros que tienen la obligación genérica de respetar la dignidad de las personas y de no dañar (principio *alterum non laedere*).

Es que el derecho a la propia imagen de los menores, como el honor, la intimidad y la identidad constituyen derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Nacional y en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Los padres tienen el deber y la responsabilidad de proteger la intimidad de sus hijos e hijas menores de edad y, ante la oposición de uno de ellos o de la Defensoría de Menores, deben todas las personas abstenerse de efectuar expresiones referidas a su vida privada, su círculo íntimo,

sus emociones, sus reacciones, sus sentimientos, su entorno e interacción familiar, etc. Deben evitar en interés del niño su sobreexposición en ámbitos masivos.

Por ello, aun cuando los comentarios o expresiones referidas al niño o niña pueda reunir las mejores intenciones y aun cuando pueda considerarse que los comentarios no parezcan en principio perjudiciales –dadas las circunstancias particulares del caso–, deben protegerse sus derechos de las consecuencias dañosas que puedan derivarse.

Como ha señalado nuestro más alto Tribunal, la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (CSJN, V. 24. XLVII. REX V.D.L. s/RESTITUCIÓN DE MENORES EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA”, 16/08/2011, Fallos: 334:913).

Por ello, a los efectos de evitar agravar el conflicto suscitado en el ámbito familiar o esfera privada y los perjuicios que éste les ocasiona, corresponde exhortar a las personas involucradas se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de la vida a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, hijos de la actora.

En definitiva, se hace lugar a la medida autosatisfactiva y, a fin de no vulnerar el interés superior de los menores, se exhorta tanto a la parte demandada como a todas las demás personas involucradas, incluyendo a sus progenitores, a que se abstengan de realizar declaraciones que puedan poner en riesgo la intimidad, dignidad y salud emocional de los niños, niñas y adolescentes por los que se acciona.

IV. Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, y al encontrarse “prima facie” verificados los requisitos exigidos para el dictado cautelar, en el especial caso de autos, es que corresponde modificar la resolución recurrida con los alcances indicados.

Por tales consideraciones, el Tribunal *resuelve*: 1) Modificar la resolución recurrida, haciendo lugar a la medida autosatisfactiva y, ordenar a los Sres. R. A. N. y A. S. B. que se abstengan de efectuar cualquier referencia directa a la persona de los hijos de la actora y/o de la actora, en relación a la salud de aquella, en ningún medio de comunicación o red social o plataforma virtual, imponiendo una multa de \$100.000 en cada ocasión que se incumpla la medida; 2) poner en conocimiento de la presente al Ente Nacional de Comunicaciones (E.Na.Com.) mediante deo.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Gabriela M. Sclarici. – Claudio Ramos Feijó.*

Daño Punitivo:

Improcedencia: relación de consumo; inexistencia.

1 – *No se encuentran reunidos, en el caso, los presupuestos necesarios para la imposición a la aseguradora accionada de una multa por daño punitivo, pues la actora no reviste la calidad de consumidora, en tanto contrató la póliza en cuestión a fin de integrarla a la actividad comercial que desarrollaba en el inmueble que sufrió el incendio y, así, la contratación tuvo un fin distinto del que exige la LDC, esto es, el consumo final.*

2 – *Si bien es cierto que la sociedad actora debe ser calificada como consumidora frente a la aseguradora demandada, pues siendo una empresa que explota un local gastronómico, la materia asegurativa es ajena a su competencia profesional, de modo que se posicionó frente a su cocontratante en una situación de debilidad negocial y de desigualdad respecto de la información concerniente al servicio objeto de la contratación, no corresponde hacer lugar a la aplicación de una multa en concepto de daño punitivo, ya que la existencia de un obrar ilegítimo por parte de la accionada no configuró el presupuesto fáctico previsto por el art. 52 “bis” de la LDC; en tanto que aquella no incurrió en culpa grave o dolo ni se demostró indiferente respecto de los derechos del asegurado (del voto en disidencia parcial de la doctora TÉVEZ). R.C.*

61.767 – CNCom., sala F, julio 31-2023. – El Invasor S.R.L. c. Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario.

Buenos Aires a los 31 días del mes de julio de dos mil veintitrés reunidos los Señores Jueces de Cámara fueron