



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C 119.234“ *L. M. G. c/
N. W. S. s/medida precautoria*”

Suprema Corte de Justicia:

I. La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro resolvió confirmar mediante sentencia interlocutoria la resolución dictada por el Sr. magistrado de grado que resolvió hacer lugar a la medida autosatisfactiva peticionada en forma cautelar (art.232 CPPCC) por el actor disponiendo, en consecuencia, que la Sra. W. S. N. debe abstenerse personalmente y/o por interpósita persona de difundir o divulgar en cualquier tipo de medio gráfico, radial y televisivo, así como en las redes sociales, cualquier noticia, dato, imagen, y/o circunstancia vinculada con la separación de hecho de las partes o sobre cualquier aspecto de su matrimonio, familia e hijos (fs. 460/63 y fs. 552/556 vta. del incidente art 250)

Contra dicho resolutorio se alzó la progenitora, con patrocinio particular de la Dra Ana Mirta Rosenfeld, a través el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 597/626 y vta

II. Con carácter liminar la quejosa sostiene que “..todo magistrado – provincial o federal- puede y debe interpretar y aplicar la Constitución Nacional, cuyo intérprete final es la Corte de la Nación, la cual lleva a cabo dicha tarea mediante el recurso extraordinario federal de la ley 48. Para requerir la intervención de la Corte de la Nación, el artículo 14 de la ley 48 exige que la causa haya fenecido en la jurisdicción provincial y solo podrá apelarse de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales de provincia. De acuerdo a los precedentes “Strada” y “Di Mascio”, VVEE son el superior tribunal de la causa en la Provincia de Buenos Aires” (fs. 603 vta y 604). En virtud de ello sostiene que corresponde a esa Corte provincial admitir el tratamiento de la cuestión en virtud del

artículo 31 de la Constitución Nacional que obliga a los jueces a ejercer el control de legalidad (fs. 604 vta y 605)

En particular la quejosa alega, en síntesis, (i) la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, (ii) la violación de la prohibición de ejercer censura previa, (iii) una restricción indebida al ejercicio de la libertad de expresión, (iv) la violación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y congruencia, (v) la violación de la protección constitucional de la correspondencia epistolar (vi) la vulneración del derecho a la intimidad de los menores y su derecho al ejercicio de la patria potestad. Asimismo denuncia los vicios de (vii) arbitrariedad y (viii) omisión de la cuestión esencial para la resolución de la causa.

(i) En relación con la violación del derecho al acceso a la tutela judicial efectiva, la recurrente sostiene que “para que medie violación del derecho de defensa en juicio, es preciso que se prive al litigante de la oportunidad de ser oído o de hacer valer sus derechos, advierto que en el caso bajo examen, aquel se encuentra seriamente comprometido (SCBA, Ac66.663, sentencia del 23 de diciembre de 2012). Es dable observar que en el andarivel elegido por el Tribunal apartándose del que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar accesoria, resulta ostensible el quiebre del principio de bilateralidad y contradicción, que, como es sabido constituye el eco procesal de una manda constitucional que los jueces deben privilegiar aun cuando se trate de una medida autosatisfactiva sobre la que de oficio, se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la parte que debe soportar las consecuencias de la decisión haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída (art 18 CN y 15 Const. Pcial)” (fs. 605)

En consecuencia alega que que se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio al concederse una medida que resulta “intrínsecamente” vinculada con un proceso ulterior en el que, previa bilateralización, debe resolverse en definitiva el derecho reclamado por el actor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Asimismo denuncia que la sentencia impugnada incurre en una “*contradictio in terminis*” al considerar que si bien la propia naturaleza de la resolución ordenada como una medida autosatisfactiva, importaría agotar la pretensión de quien la peticiona, el magistrado decide aplicar astreintes evidenciando, en su opinión, que la medida decretada no satisface *per se* la pretensión de la actora (fs. 605 vta)

En tal sentido esgrime que “ la medida autosatisfactiva concede una tutela definitiva e irreversible, en una actuación autónoma que se agota en sí misma. No es accesoria, ni esta subordinada a otro proceso. En las autosatisfactivas, su pronto dictado “*inaudita parte*” en algunos casos especialísimos no puede llevar al equívoco o al olvido de que estamos frente a cuestiones esencialmente contenciosas o bilaterales (...)” En tal sentido añade que la sentencia no explicita ningún motivo que justifique el apartamiento del principio de bilateralidad (fs. 606 y vta)

Al respecto existe inveterada doctrina legal que, con fundamento en los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial, sostiene que no resulta razonable diluir la garantía del debido proceso en aras de la aceleración del trámite, más aun cuando no existe un proceso posterior (fs. 606 vta)

Concretamente sostiene que en autos “...lo que comenzó siendo una medida cautelar autosatisfactiva, en el presente se ha ordinarizado, pretendiendo el juez de grado avocarse al conocimiento de los eventuales incumplimientos de la manda judicial. En ese sentido, si VE no pone un coto ejemplar a esta irregular tramitación procesal, mi defendida podría verse expuesta *sine die* a explicar su conducta ante los tribunales departamentales de San Isidro” (fs. 606)

En suma alega que “la demandada no pudo en el acotado margen que le reconoce la instancia recursiva desplegar y agotar los

argumentos en favor de su posición” (fs. 607) “Cuando menos un debate sumarísimo hubiera permitido a ambas partes ejercer debidamente su derecho de defensa, controlar la prueba permitiendo exponer adecuadamente las razones que correspondieren. Nada de esto ha sido posible y frente al impacto del pronunciamiento emerge claramente la violación de ese derecho” (fs. 609 vta)

También sostiene que la sentencia impugnada viola las pautas fijadas por el Máximo Tribunal Nacional en orden a considerar que la medida no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado (fs. 607)

En igual sentido afirma que el anticipo de la tutela jurisdiccional no debe ir más allá, en principio, de lo que permite el sistema cautelar típico, especialmente, en el sentido de exigirse que el derecho en juego debe hallarse suficientemente justificado. Sin embargo “ninguno de los extremos aludidos ha sido probado en el expediente. Tanto fue así que siquiera estuvo en el ideario de la actora peticionar la concesión de una medida cautelar autosatisfactiva” (fs. 607 vta y 608)

Por otra parte se agravia por considerar que la sentencia impone una obligación de “no hacer” cuya duración es “*sine die*” (fs 608). Al respecto expresa que “...está clarísimo que la justicia no puede dictar una obligación en términos tan vagos e imprecisos ¿por de pronto cabe preguntarse hasta cuándo rige la obligación mentada? ¿cuál es su sentido y alcance? ¿puede anotar la fecha de aniversario del cumpleaños de sus hijos? ¿puede comunicar su voluntad de anotar la cesación del vínculo matrimonial y difundir un nuevo compromiso? ¿puede llevar a sus hijos a un casting para ser artistas? En definitiva lo que cabe preguntarse es porque la sentencia recurrida en el estrechísimo marco cognoscitivo de una medida autosatisfactiva impone *per se* una “*diminutio capitis*” en el ejercicio de los derechos deberes familiares” (fs 608 vta. y 609)

En síntesis, sostiene que “una resolución judicial autosatisfactiva (autónoma y “definitiva”) dispuesta sin prueba alguna, sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

requerir contracautela (donde el juez de trámite no exponga los fundamentos de la “dispensa” de tal requisito) sin motivarse adecuadamente (donde el juez de trámite omite exponer su “razonamiento” en los correspondientes vistos y considerandos propios de todo autos y/o sentencia, cuales incluyan los fundamentos fácticos y técnico-jurídicos, sustentados en doctrina, ley y jurisprudencia) y sin haber permitido al menos una mínima y previa sustanciación tendrá seguramente que ser revocada por inconstitucional” (fs. 610)

(iii) En segundo lugar, destaca que el contenido de la medida autosatisfactiva ordenada en autos supone la afectación de la libertad de expresión que si bien no es absoluta, su ejercicio no requiere autorización previa ni esta sujeto a censura o impedimento alguno (art. 14 CN) . En tal sentido considera que el carácter preventivo con el que se protege los derechos constitucionales alegados por el accionante como afectados por el derecho de la accionada a la libertad de informar supone violar la pauta que establece la prohibición de la censura previa (fs. 611 vta y 612).

Al respecto invoca el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto prohíbe la censura previa, con la sola excepción de regular “ el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de los niños y adolescentes” (fs 612). En tal sentido señala que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana en el caso “Francisco Martorell vs Chile” reafirmó que la única excepción al artículo 13 es la prevista en el párrafo 4 en relación con los niños, y que en consecuencia tal excepción debe ser interpretada con carácter restrictivo al entenderse que cualquier otra medida preventiva implica el menoscabo de los derechos a libertad de pensamiento y de expresión (fs. 612 vta y 613)

En esta línea también se queja por considerar que la imposición de astreintes implican una restricción indebida a la libertad de expresión, al considerarlas un nueva herramienta “indirecta” para consumir la censura previa (fs. 614). También sostiene que en el caso las astreintes revisten

carácter sancionatoria al establecerse una obligación de no hacer -que no se encuentra circunstanciada de manera alguna- no sólo respecto de la quejosa sino de un universo de legitimados pasivos indeterminado (fs. 614 vta)

En tal sentido señala que “El corsé decretado en autos convierte a mi defendida en un ser corrosivo. Ante la ambigüedad de los términos de la obligación impuesta, ninguna empresa de medios querría involucrarse con ella, por el lógico temor a sufrir un daño que, en algunos casos, puede ser fundamental para la supervivencia del medio. En este punto cabe mencionar la grave inseguridad jurídica y perplejidad que la medida ordenada trajo aparejada al disponer su notificación a diferentes medios periodísticos. Tras esta diligencia, varios medios se presentaron a apelar la medida siendo rechazado el recurso por no considerárselo parte” (fs. 614 vta) (...) En ese estado de cosas, va de suyo que la participación de mi defendida como figura pública en los medios de comunicación, no dependerá en adelante del interés público en el conocimiento de su arte. Es que, en efecto, estamos ante un mecanismo de censura por vías indirectas. De hecho es también falso que la medida haya sido impuesta en “interés de los menores” ya que mal podría el juez inhibir en forma definitiva el ejercicio de la patria potestad sin escuchar a la madre, sin saber si hace un ejercicio abusivo de su patria potestad” (fs. 614 vta. y 615). “La sentencia recurrida esta sustentada en un argumento *ad consequentiam*. Es que en efecto es verdadero que nada más importante que la preservación del interés de los menores. Pero es una falacia que el remedio para su preservación resulte el corsé preventivo y *sine die* impuesto a mi defendida” (fs.617 vta)

(iv) Denuncia también la violación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y congruencia.

Sobre este punto sostiene que el estado de derecho y el principio esencial de legalidad aspiran a permitir al justiciable anticipar las decisiones que el Estado tomará respecto de sus conductas y a comunicar a los funcionarios públicos cuales son los límites de su discrecionalidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

para tomar decisiones que puedan afectar derechos (fs. 616 y vta). Sin embargo ello no es lo que sucedió en la sentencia recurrida y que “Mi defendida y otros que ni fueron parte en el juicio no tienen comprensión alguna de la dimensión de la obligación que le ha sido impuesta por la justicia, en virtud de la amplitud del alcance de la medida cuestionada (fs. 616 vta y 617). En definitiva, se agravia por entender que, de aquí en adelante su representada deberá consultar a sus letrados con carácter previo a tomar cualquier decisión respecto de sus hijos para dimensionar si la conducta a asumir se ajusta o no a los términos de la obligación decretada en autos. (fs. 617)

En particular relación con la violación del principio de congruencia alega que “ En su escrito de inicio el actor pretendió el otorgamiento de una medida precautoria a fin de que se ordene a la Sra. W. S. N. que se abstenga de difundir o divulgar en medios gráficos, radiales, televisivos y /o en las redes sociales, cualquier noticia dato y/o imagen y/o cualquier circunstancia vinculada con la separación de hechos de las partes, matrimonio, su familia y sus hijos, de modo que la sentencia, con una inaceptable desvío conceptual de la atribución del *iura novit curia*, resolvió otorgar una medida autosatisfactiva y fijado astreintes, lo que ha importado una demasía decisoria que tornan nulo el pronunciamiento y obliga a su invalidación incluso *ex officio*. En efecto, los jueces de grado incurrieron en exceso de jurisdicción al dictar *iura novit curia, inaudita el altera pars* un pronunciamiento sobre el fondo” (fs. 625)

Asimismo señala que, la Sra. W. S. N., por ser quien ejerce la tenencia de su hijos, es quien tiene la disposición de la imagen de sus hijos, resultando incorrecto imponer al respecto la voluntad del progenitor no conviviente” (fs. 617 vta). Al respecto afirma que si bien el artículo 264 prevé que ante el desacuerdo de las partes, el juez debe resolver atendiendo al interés del menor en vista a ello debe limitarse a una situación singular que no cabe extenderla en términos generales y *sine die* (fs. 618)

(v) Por otra parte también señala, que

el magistrado que toma la decisión en el acotado marco de una medida precautoria no pudo indagar de qué modo la Sra W. S. N. utiliza las redes sociales, distinguiendo, por ejemplo si lo hace en forma abierta o únicamente permite el acceso a personas determinadas. En este caso, la recurrente entiende que la decisión cuestionada implica la violación del derecho constitucional a la protección de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar (fs. 618 vta). En tal sentido considera que, la protección constitucional del derecho a la correspondencia epistolar debe hacerse extensivo a cualquier forma de comunicación con prescindencia del soporte utilizado, incluyendo los casos en que los mismos emanen de un particular, como pueden ser en redes sociales como facebook o twitter (fs. 618 vta).

(vi) También se agravia por considerar que la decisión cuestionada implica la afectación del derecho a la intimidad de los niños y al ejercicio de la patria potestad.

Sobre este punto destaca que el área de reserva de la intimidad de los menores es resorte primario de los padres y que el Estado sólo puede entrometerse en la relación filial si la acción de los progenitores es perjudicial para los menores (fs. 619)

En esta línea alega que “ cuando los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas relativas a los menores están sustituyendo la competencia primaria de los padres. Es por ello que resulta sumamente distinto que la tutela preventiva resulte solicitada para prevenir el daño de terceros respecto de casos como en el *sub lite* donde las partes adversarias son los responsables legales de los menores (...), (...) la medida señalada lo que pone en cuestionamiento es si resulta justificada la intervención estatal por sobre los responsables legales de los menores. Nuestra parte sostiene que la sentencia recurrida, en el estrecho marco cognoscitivo de una medida cautelar autosatisfactiva, produce una *diminutio capitis* de la patria potestad de mi defendida. Ello así, habida cuenta de que hace prevalecer la voluntad del padre indefinidamente por la de la madre.” (fs 619 vta)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Agrega a ello que “ lo que no puede hacer el Estado, como lo hizo en el caso de autos, es trazar en forma definitiva el área de reserva de los menores involucrados con arreglo a la voluntad del padre no conviviente. En la medida señalada, la intervención judicial prohibiendo *sine die* la difusión de imágenes de los menores ante cualquier circunstancia implica una intromisión abusiva en el área de reserva que asiste a todo padre para tutelar lo que es conveniente para su hijos. Solamente cuando resulta comprobado un daño para el interés del menor puede justificarse la intervención del Estado” (fs. 620)

En este orden de consideraciones, expresa que, “no puede soslayarse que las partes de litigio antes de la ruptura del vínculo matrimonial han corrido ostensiblemente su área de reserva. No explico el peticionante porque antes era bueno para el interés del menor salir retratado en cuanto revista semanal y repentinamente paso a ser un letargo. Peor aun, no explica el peticionante porque niega a mi defendida lo que ni siquiera se impone a sí mismo. Efectivamente, el Sr. M.L. ha brindado notas a distintos medios periodísticos donde se explayó a *piacere* sobre temas vinculados a su relación con mi representada y sus hijos. Inclusive no se priva de publicar en las redes sociales fotos de sus tres hijos. Es sabido que nadie puede alegar en su beneficio en su propia torpeza! Si bien todos estos aspectos son cuestiones de hecho y prueba ajenos por su naturaleza al recurso extraordinario sirven para reparar en la inconsistencia argumental del planteo del peticionante y dejan al descubierto cuan necesario fue sustanciar el proceso en el lugar de dictar sentencia de *ianudita parte*” (fs.620 vta)

Se agravia también por considerar que los artículos 3 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño invocados por el juez de grado, no guardan relación directa ni inmediata con el decisorio. Sobre este punto afirma que “La necesidad de proteger el derecho a la intimidad del menor es insoslayable, pero no corresponde al estado intervenir por principio en su configuración. ¿Acaso cuando mis hijos me pregunten si pueden suscribirse a una “red social” deberé responderles que debo aguardar a la autorización judicial? ¿qué

modelo de familia propone la sentencia recurrida? ¿el próximo paso es la imposición de un celador?” (fs. 621) “ Es inaceptable que *sine die* los tribunales departamentales de San Isidro diseñen nuestro modelo de familia que se desarrolla a kilómetros de su jurisdicción. Lo realizado es arbitrario y abusivo” (fs 621 vta)

En sustento de su pretensión cita la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal Nacional en orden con la protección del derecho a la intimidad reconocida en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional (fs. 621 vta., 622 y vta.)

(vi) En consecuencia también alega que , en función de los argumentos expuestos, la sentencia cuestionada merece ser tachada de arbitrariedad (fs. 623)

(vii) Por último también señala que la decisión de la alzada -que rechaza el remedio de apelación en virtud de considerar que éste no evidencia una crítica concreta y razonada del resolutorio de grado- incurrió en un exceso ritual manifiesto y omitió sentenciar sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción, frustrando el derecho federal invocado. En virtud de ello reputa violentado el artículo 168 de la Constitución provincial que establece que todos los tribunales debe resolver todas las cuestiones que le fueran sometidas por las partes (fs. 623/24 vta).

A modo de conclusión, alega que “ mi representada resulta afectada en sus derechos constitucionales de libertad de expresión, derecho a la intimidad, derecho de ejercer la patria potestad, derecho a la igualdad ante la ley, derecho de trabajar en virtud de una decisión judicial dictada en un proceso en el que no se respetó la bilateralidad y que concluyó con una sentencia que borra todos esos derechos sin límites de tiempo. Sostengo que la decisión impugnada incurre en un perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona. La sentencia no valora debidamente los principios protegidos en la Constitución Nacional, al presumir *iure et de iure* que se genera un daño para los menores por la difusión de sus imágenes. La situación de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

menores no ha sido evaluada por el juez a lo fines de decidir en la forma en que lo hizo, en tanto omitió tener contacto personal con el niño conforme el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (fs. 622 vta)

III. En mi opinión el remedio interpuesto no puede prosperar.

Con carácter liminar, advierto de la lectura de los agravios, que la impugnante se queja por considerar que la resolución impugnada implica la violación de la tutela judicial efectiva sobre los mismos argumentos que fueran oportunamente rechazados por la alzada departamental (fs.552/6 y vta), – a saber: la violación de la garantía de defensa en juicio al haberse dictado la medida *inaudita parte*, la denominación de la medida como autosatisfactiva y la indeterminación temporal de su vigencia–, lo que conllevaría, *prima facie*, a concluir la insuficiencia técnica recursiva. Sin embargo, y en virtud de encontrarse comprometidos derechos fundamentales de los niños V. (4 años), C. (3 años) y B. (2 años), es que considero preciso ingresar al análisis de cada uno de los agravios traídos.

En primer lugar, respecto de los agravios vinculados con la inaplicabilidad al caso de las medidas autosatisfactivas por considerar que éstas resultan violatorias del derecho de defensa al haber sido dispuestas de oficio, *inaudita parte*, sin límite de tiempo y sin que se encuentren acreditadas las exigencias para su procedencia, diré, con apoyo en prestigiosa doctrina, que “ ..Ante la ausencia de normas específicas, los requisitos para que resulte viable acceder a la protección preventiva de este derecho (a la intimidad), son idénticos a los que autorizan la procedencia de las medidas cautelares en general. Es decir, debe estar acreditada la verosimilitud del derecho, presupuesto que en el caso, estaría dado por el ataque que se vislumbra *prima facie* ilegítimo a la intimidad, que no es de difícil acreditación, en el caso, pues la publicidad previa que acompaña a la difusión de este tipo de noticias, invitando al consumidor a no perderse la nota periodística elaborada, suele constituir, por sí misma, un acto de

injerencia en la vía privada. Empero, al igual que en toda medida precautoria, si la apariencia de buen derecho no se encuentra aminorada, el juez deberá abstenerse de dictar cualquier medida hasta tanto se incorporen mayores elementos de juicio. El peligro en la demora, por las propias características del medio empleado y de los derechos involucrados, debe darse por sobreentendido, infiriéndose el riesgo de un perjuicio irreparable en defecto de una solución judicial rápida. Esta es la forma, en que nuestro ordenamiento procesal nacional se prevé, por medio de la figura de la medida cautelar genérica --en la que está comprendida la medida cautelar innovativa-- el remedio técnico para hacer cesar aquellas conductas que pudieran resultar lesivas a la intimidad de las personas (art. 232, Cód. Procesal).”(**Benavente Maria Isabel y Caramelo Gustavo**, “La libertad de intimidad como límite externo del derecho de crónica”, La ley 1993-A, 80).

De lo expuesto surge con claridad no sólo la conveniencia de esta clase de medidas como el medio más adecuado para tutelar los derechos en juego en un conflicto como el que aquí se ventila, sino el modo en que debe interpretarse la verificación de los requisitos exigidos para la procedencia de cualquier medida cautelar en un conflicto de esta naturaleza.

En efecto, como surge de la cita mencionada, los derechos involucrados no sólo acreditan la verosimilitud en el derecho sino el peligro en la demora que justifican una decisión urgente, máxime si consideramos que los tiempos de los niños deben distinguirse de los tiempos de los adultos. Al respecto resulta sabido que los daños que se producen sobre intimidad de un sujeto, además de alcanzar profundos niveles de conciencia devienen, por su propia naturaleza, irreparables.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “Tratándose de la intimidad de un menor no es difícil descubrir que ese agravio genera un daño irreparable, porque no es mensurable y porque producida la información lesiva a los intereses del menor ésta no se puede retrotraer. En estos casos resulta importante reconocer al juez la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión pues el daño a la intimidad puede “adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios” (Fallos 324:975). En esta misma línea, destacada doctrina, ha reafirmado el carácter irreparable del daño al advertir sobre la ineficacia de la publicación de la sentencia como medio para debilitar el agravio producido por la violación a la intimidad. (**Benavente M. y Caramelo G.**, op.cit)

De ello, se desprende, según mi modo de ver, la improcedencia de las quejas vertidas en relación con el carácter oficioso e inaudita parte de la medida adoptada por considerar que tales caracteres resultan resortes propios de la tutela cautelar justificada en la necesidad de brindar protecciones urgentes. (**Peyrano Jorge**, Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999,)

Sin embargo, resulta oportuno añadir que aun cuando se advierta que la las medidas cautelares resultan el remedio más idóneo para la tutela de estos derechos, éstas muchas veces no resultan garantía suficiente para resguardo del derecho tutelado. Al respecto se advirtió que “(...) dicha intimidad no resulta suficientemente resguardada por las normas adjetivas incorporadas al capítulo III, del título IV del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En efecto, no basta el dictado de una medida cautelar para detener la producción de eventuales consecuencias dañosas; pues, para dar una adecuada e integral solución al problema, el ordenamiento legal debe contener previsiones eficaces, y específicas, para dar respuesta inmediata a la controversia. Es que, el proceso cautelar por sí mismo, *se presenta como un estado provisional, insusceptible de agotar la decisión que cabe sobre el derecho de fondo que se protege*. Por esa misma razón, es indispensable dotar al ordenamiento positivo de normas ágiles que permitan una adecuada y rápida elucidación de los valores en juego; pues, es tan disvalioso no admitir la protección preventiva del derecho a la intimidad, como diferir en el tiempo y a las resultas de un prolongado juicio de conocimiento, la solución definitiva del entuerto, pues los efectos propios de la

protección preventiva, podrían entorpecer, el ejercicio regular del derecho de crónica, en caso de desestimarse la demanda” (**Benavente Maria Isabel y Caramelo Gustavo, op.cit.** Destacado propio)

De ello se sigue, la conveniencia de adoptar –como lo hizo el *a quo*– una medida “autosatisfactiva” que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, exige precisamente una mayor probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante (es decir, sin que baste la mera apariencia del derecho alegado) y constituye un proceso autónomo capaz de agotarse a sí mismo, es decir, sin resultar accesorio de ningún proceso posterior. (Ver **Kemelamjer de Carlucci, Aída**, La medida autosatisfactiva: instrumento eficaz para mitigar los efectos de violencia intrafamiliar en **Peyrano Jorge**, Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p.437 y ccs).

En segundo término, considero que la invocación de la afectación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y congruencia como fundamento de sus agravios, tampoco pueden prosperar.

En particular relación con la afectación del principio de legalidad y seguridad jurídica, simplemente me remito a lo expuesto en relación con las medidas autosatisfactivas, cuanto a las normas que reglamentan la protección del derecho a la intimidad y a la imagen de los niños (como detallaré a continuación), para considerar que el principio de legalidad no se encuentra conculcado por el decisorio cuestionado como pretende la recurrente.

Respecto de la afectación del principio de congruencia, en tanto considera que el juez excedió los límites que fueran planteado por la demanda del actor, considero que la aplicación del procedimiento más breve se encuentra comprendido dentro del ámbito de discrecionalidad de los jueces de familia a la luz de los principios de celeridad y oficiosidad que gobiernan los procesos de familia en general, y los procesos cautelares de familia en particular (**Kielmanovich, Jorge**, Derecho Procesal de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.p.6 y ss)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En tercer lugar, considero que los agravios esgrimidos en orden con la vulneración de los derechos a la libertad de expresión – y la correlativa prohibición de ejercer censura previa– y la afectación de los derechos derivados del ejercicio de la responsabilidad parental tampoco merecen favorable acogida.

Con carácter liminar, estimo preciso señalar la improcedencia del reclamo vinculado con la afectación de la cláusula constitucional que ordena prohibir el ejercicio de censura previa, por considerar que ese derecho resulta resorte propio y exclusivo del derecho a publicar las ideas por la prensa (libertad de prensa), y por ende ajeno a este conflicto planteado entre particulares, más específicamente, entre progenitores. (**Gelly Maria Angélica**, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos aires, 2008, 4ta edición, Tomo 1, p.132 y ss)

De todos modos, y a mayor abundamiento, cabe señalar aun en los casos vinculados con la libertad de prensa el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que no cabe *prima facie* equiparar la tutela judicial preventiva con un una caso de censura previa, porque ello implicaría avalar la afectación de la garantía al acceso a la justicia (Ver considerando 31, Votos Dres Boggiano y Vazquez en Fallos 324:975).

En virtud de ello considero que, en definitiva, la cuestión traída debe interpretarse como un conflicto entre los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión de la progenitora y los derecho a la intimidad y a la libertad de expresión (comprensivo del derecho a no expresarse) de sus hijos.

Al respecto, resulta necesario recordar, como lo señala la propia quejosa, que la protección de ninguno de estos derechos, al igual que el resto de los derechos fundamentales, reviste carácter de absoluto. Es decir, la vigencia plena de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a expresase libremente y la intimidad, exigen de la determinación de límites

razonables en su aplicación. (Fallos 324:975 (2001); 327:3536 (2004); 330:3685 (2007)).

En particular, la recepción normativa del derecho a la libertad de expresión en el plano convencional y constitucional (arts. 1, 19, 33, 75 inc 22 y ccs. CN, 19, P.D.C.y P., 13 CADH, entre muchos otros) reconoce límites vinculados con los derechos o la reputación de terceros o por razones vinculadas con la seguridad nacional, el orden publico o la moral publicas (arts. 19 CN, 19 PIDCyP, 13 CADH). En tal sentido, el derecho a la intimidad de los terceros “niños” (art. 16 CDN, 19 CADH, 75 inc 22 CN, entre muchos otros) debe reputarse sin duda como límite al ejercicio de la libertad de intimidad y a la libertad de expresión de los adultos, como lo sostiene la representante del Ministerio Pupilar en su dictamen de fs. 532/3.

En la misma línea resulta oportuno recordar que el Tribunal Europeo sostuvo en el caso “De Moor” (1994) que resulta posible vetar el acceso al público y en general a la prensa a los juicios cuando el interés de los menores lo exija (**Kemelmajer de Carlucci**; Derecho a la información y conflictos judiciales los que intervienen menores, RDF, 1999)

En igual sentido resulta ilustrativo añadir como pauta hermenéutica el acuerdo alcanzado por Estados americanos - entre ellos, por nuestro país- en oportunidad de aprobar las *Reglas de Heredia* (Costa Rica, Julio 2003) que si bien tienen por finalidad establecer reglas mínimas para la difusión de información *judicial* en internet, puede resultar útil a los efectos de evidenciar el nivel de protección que reconoce el derecho a la intimidad de los niños en internet. Concretamente, la Regla Quinta establece que “*Prevalecen los derechos de privacidad e intimidad, cuando se traten datos personales que se refieran a niños, niñas, adolescentes (menores) o incapaces; o asuntos familiares; (...); o cuando se trate de datos sensibles o de publicación restringida según cada legislación nacional aplicable o hayan sido así considerados en la jurisprudencia emanada de los órganos encargados de la tutela jurisdiccional de los derechos*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

fundamentales. En este caso se considera conveniente que los datos personales de las partes, coadyuvantes, adherentes, terceros y testigos intervinientes, sean suprimidos, anonimizados o inicializados, salvo que el interesado expresamente lo solicite y ello sea pertinente de acuerdo a la legislación”.

Igualmente considero oportuno señalar las recomendaciones que al respecto se establecieron en el marco del “Memorandum de Montevideo sobre protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet en particular de Niños, Niñas y Adolescentes” (Montevideo, Julio de 2009) con el fin de extender los aspectos positivos de la sociedad de Información y Conocimiento a los Menores y prevenir los impactos negativos que éstas generan para éstos. Entre los objetivos, estas recomendaciones señalan que “ El derecho a la vida privada es un valor que toda sociedad democrática debe respetar. Por tanto para asegurar la autonomía de los individuos, decidir los alcances de su vida privada, debe limitarse el poder tanto del Estado como de organizaciones privadas, de cometer intromisiones ilegales o arbitrarias, en dicha esfera personal. En particular debe protegerse la información personal de niñas, niños y adolescentes sin que se afecte su dignidad como personas ya que ellos tienen una expectativa razonable de privacidad al compartir su información en ambientes digitales, dado que consideran que se encuentran en un espacio privado”. En esa línea estas recomendaciones señalan *la importancia del rol de los padres en la formación de los niños, que incluye el uso seguro y responsable de internet y de las redes sociales digitales; a los sistemas judiciales les asigna un rol relevante en el aseguramiento de un buen uso de la internet*, a través de la aplicación de sanciones civiles y penales que sirvan, no solo para rectificarlos derechos vulnerados sino también para enviar a los ciudadanos y empresas reglas claras sobre aplicación de las leyes. En relación con las industrias, el *memorandum* impone la prohibición de tratamiento de datos personales en el caso de niños y niñas, y en el caso de adolescentes se deberá considerar los mecanismos de control parental de cada estado.(destacado propio)

Esta noción que reconoce el derecho a la intimidad de los niños como límite al derecho a la libertad de intimidad y

libertad de expresión de la progenitora se reproduce en el ámbito de nuestra legislación interna. En efecto la ley nacional 26061 sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (arts 10, 22 y ccs.) y la ley 20.056 sobre prohibición de la difusión o publicidad de hechos referidos a menores de edad reconocen los derechos de los niños a su intimidad, honor y propia imagen. En esta línea también contamos con importantes precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que orientan la labor respecto del modo en que debe protegerse el derecho a la intimidad e imagen de los niños en el ámbito judicial en casos en los que se encuentra en juego el derecho a la libertad de prensa (Fallos 324:975 (2001); 327:3536 (2004); 330:3685 (2007)), y también de esa Corte Provincial (Ac. 70941). Pues, sin perjuicio de que la doctrina citada se refiere puntualmente al derecho a la intimidad de los niños en conflicto con el derecho a la libertad de prensa, considero que ésta resulta igualmente relevante para la resolución del presente conflicto – vinculado con la libertad de de intimidad y la libertad de expresión de la progenitora – toda vez que nos permite reconocer los alcances que el Alto Tribunal ha atribuido al derecho a la intimidad y a la imagen de los niños y su prevalencia respecto de los demás derechos constitucionales en juego.

Concretamente, en el primero de los casos citados, el Máximo Tribunal Nacional afirmó que “ ...Un modo de conciliar ambos derechos [libertad de expresión y derecho a la intimidad de un menor]- evitando darles un sentido que los ponga en pugna destruyendo unos por otros y adoptando como verdadero el que se concilie y deje a todos con valor y efecto- es restringir la difusión de cualquier información relacionada con el juicio de filiación que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen así como el de si madre, domicilio, o de cualquier otro extremo que que previsiblemente pueda conducir a su identificación” (Párrafo 26, Fallos 324:975).

Asimismo resulta preciso señalar la doctrina del Máximo Tribunal emanada de Fallos 330:3685 (2007) en la que se confirmó una sentencia pronunciada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

que se condenó a un diario por infringir la norma del artículo 18 de la entonces vigente ley 10067 que prohibía dar a publicidad los nombres de las personas menores de edad vinculadas con causa judiciales. En efecto, el diario alegó que la citada normativa violaba los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional al autorizar un caso de censura previa. Frente a ello, la alzada departamental, el Tribunal Superior Provincial y el Máximo Tribunal de la Nación entendieron que la norma cuestionada lejos de quebrantar la Constitución Nacional se integra en plenitud al bloque de constitucionalidad que expresan en su conjunto esa Carta Magna y los tratados de rango equivalente. Concretamente sostiene que la libertad de prensa y la censura previa no resultan derechos absolutos, y que la tutela de la intimidad de los niños y adolescentes resulta una restricción razonable en pos de garantizar una interpretación armónica que respete ambos derechos constitucionales. Expresamente se afirma que “ la norma que prohíbe la difusión de detalles relativos a la identidad y participación de aquel, no hace sino proteger preventivamente al menor del padecimiento de eventuales daños, por tratarse de personas que esta en plena formación, que carecen de discernimiento para disponer de los aspectos íntimos de su personalidad y que merecen la tutela preventiva mayor que la de los adultos por parte de la ley, protección que encuentra sustento tanto en los tratados internacionales (art 19 CADH, 16 CDN) como en la doctrina de ese Tribunal (Fallos 324:975)” (del dictamen de la Procurador General, que el Tribunal hace propios en Fallos 330:3685). En particular, los votos de los Dres Maqueda y, Zaffaroni señalan que las consideraciones efectuadas “no son más que la derivación lógica de la interpretación del artículo 19 de la CN y de la inteligencia que ha dado esta Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Ponzetti de Balbín” en la protección del derecho a la privacidad que comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un

interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos 306:1892)” (Fallos 330:3685)

En el plano legislativo, la ley 20056 tiene por objeto prohibir en todo el territorio de la República “...la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho (18) años de edad incurso en hechos que la ley califica como delitos o contravención o que sean víctimas de ellos, o que se encuentren en estado de abandono o en peligro moral o material, *o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado*” (art.1 destacado propio).

Más modernamente, la ley 26061 prescribe en su artículo 10 que los niños y adolescentes tienen derecho a “..a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales” y en el artículo 22 que “ Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, *a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables*, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

En esta línea se advierte que los derechos a la dignidad, a la reputación y a la propia imagen reconocidos expresamente en el artículo 22 de la ley nacional 26061 conserva estrecha relación con el derecho a la intimidad previsto en el artículo 10. En efecto, el derecho a la intimidad se conecta con el derecho a la libertad de expresión de la persona en sí misma (...) La publicación por otro sujeto, sin su consentimiento, de aspecto que sólo a él conciernen – pues por esencia no tiene trascendencia pública– vulnera el derecho de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

aquel al silencio, es decir a no expresarse” (**Caramelo Gustavo y Benavente Maria Isabel** "La libertad de intimidad como límite externo del derecho de crónica", LL, 1993-A-800, citado por **Gil Domiguez A., Famá M.V. y Herrera M**, op.cit., p 405). “Este principio, que se aplica a cualquier persona, resulta especialmente vinculante cuando se trata de proteger la intimidad, la dignidad, la reputación y la imagen de niños y adolescentes. Mucho más si consideramos que, por lo general, la prensa acostumbra a divulgar cuestiones privadas de la persona, que sólo a ella conciernen y que carecen de relevancia social. La curiosidad malsana o morbosa no puede configurar un parámetro ponderable para ser opuesto con éxito a la esfera secreta de las personas, pues, en tanto la lesión que puede acusar resulta evidente, el beneficio que se obtiene carece de contenido ético y escapa al fundamento mismo de la libertad de expresión por medio de la prensa” (**Gil Dominguez, Famá y Herrera**, op. cit., p. 405)

De la normativa citada se desprende sin hesitación que en nuestro ordenamiento se encuentra prohibida la difusión de datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a niños, niñas y adolescentes, a través de cualquier medio de comunicación o publicación *en contra de su voluntad y la de sus padres*. Es decir, la exposición de imágenes y datos relativos a la vida familiar de los niños en redes sociales o medios de comunicación, se encuentra prohibida salvo que ello sea consentido por los niños y/o adolescentes y sus padres.

Respecto de la voluntad de los niños, resulta preciso recordar que nos encontramos frente a niños de 2, 3 y 4 años, es decir, frente a niños que no cuentan con la edad ni la madurez necesarias para expresar una voluntad a la que quepa reconocer efectos jurídicos desde la perspectiva convencional, ya que el principio de autonomía progresiva de los niños y adolescentes se encuentra condicionado a la determinación de una edad y madurez necesaria para cada acto (art. 3,5 y 12 CDN, ley 26061 y 13298). De este modo considero que en el caso resulta indubitable que las edades de los niños no les

permiten ejercer autónomamente su derecho a “consentir “la difusión de sus datos personales en las redes sociales o en los medios de comunicación.

En relación con el artículo 10 especializada doctrina sostiene que esa norma involucra dos niveles de interacción: “El derecho a la vida privada de niños y adolescentes, lo cual concierne en primer lugar a la relación entre éstos y la familia; y b) el derecho a la vida familiar, lo cual constituye un límite principalmente para el estado, aunque también para los particulares. En ambos supuestos, el reconocimiento de este derecho a la vida privada e intimidad familiar configurar un valladar o limitación para la familia como para el Estado, so pena de incurrir éstos en injerencias arbitrarias o ilegales (...) El derecho a la privacidad e intimidad de niños y adolescentes configura un límite a la potestad de los padres (**Gil Domiguez Andrés, Famá María Victoria; Herrera Marisa**, Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, Ediar, 2007, p.214 y 215).

El artículo establece, a su vez, el consentimiento de sus padres para autorizar la divulgación de datos e imágenes, en principio, prohibidas. En el caso bajo examen no sólo no se verifica el consentimiento de ambos padres, sino que se advierte la expresa oposición paterna frente a la decisión de la madre. Esta sola circunstancia, en mi opinión, evidencia el incumplimiento de la exigencia legal.

Y ello, en virtud de considerar que si bien en el caso de autos el ejercicio de esta responsabilidad parental se encuentre atribuido unilateralmente a favor de la Sra. W.S.N., la titularidad de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad es conjunta, encontrándose el progenitor no conviviente facultado para ejercer su derecho a “supervisar” la educación de su hijos (art. 264, inc.2).

Es decir, más allá de la forma en que los progenitores se hayan distribuido el ejercicio de la responsabilidad parental, los derechos y deberes derivados de ella se mantienen en cabeza de ambos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

progenitores. Concretamente, el artículo 264 inc 2 del Código Civil establece el derecho al progenitor no conviviente a “supervisar” la educación de sus hijos, que debe ejercitar, a falta de acuerdo, a través del mecanismo previsto en el artículo 264 ter. (**Zannoni Eduardo**, Derecho Civil de Familia, Tomo II, Buenos aires, Astrea, 2012, 6ta edición, p.55 y ccs.

Ello no supone concluir, como alega la quejosa, la prevalencia de la voluntad del padre sobre la voluntad de la madre, sino reconocer que el derecho que la madre pretende hacer valer en relación con la difusión de datos e imágenes de sus hijos no sólo no resulta un derecho absoluto, sino que supone el ejercicio de un derecho intensamente protegido por el ordenamiento jurídico, cuya excepción exige el acuerdo de ambos progenitores y de los niños y adolescentes, cuando corresponda. A falta de ello corresponde al órgano judicial de conformidad con los mecanismos legales diseñados la facultad de resolver el conflicto, como lo hizo el *a quo*, de acuerdo con el procedimiento mas breve previsto en la ley local y teniendo en cuenta el mejor interés de los niños, en el sentido de reconocerles la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos (art. 264 y 264 ter CC, 3 CDN, 3 26061, 4 ley 13298 y ccs). Es por ello que considero que la decisión judicial de resolver el conflicto planteado (en el marco de una medida autosatisfactiva) deviene una lógica consecuencia del proceso diseñado para la resolución de este tipo de conflictos, sin que ello implique en modo alguno hacer prevalecer la voluntad del progenitor no conviviente por sobre de quien ejerza la tenencia, máxime si consideramos que la atribución en el ejercicio de la custodia no implica desconocer la igualdad de los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental respecto de sus hijos.

En esta línea sostuvo el Máximo Tribunal que "toda nota que comente la situación de una menor cuyos orígenes familiares se encuentran no esclarecidos y son objeto de un juicio de filiación en trámite, con expresa indicación de nombres y con publicación de fotografías en los medios de comunicación masiva, podría importar una mortificación en las costumbres o

sentimientos de la niña, o podrá perturbar de algún modo su intimidad. Por lo tanto, *en caso de que su representante necesario ignore su función, el asesor de menores debe evitarlo dada su manifiesta ilicitud. Consecuentemente, debe confirmarse la decisión del juez que ordenó la abstención de los medios de comunicación masiva de propalar reportajes o imágenes de una menor impúber cuyos orígenes familiares no se encuentran esclarecidos y dieron lugar a una acción de filiación en trámite, aunque en forma inaudita la madre pretenda violar los derechos personalísimos a la intimidad y a la identidad de la menor librando a la consideración pública a través de notas periodísticas en los medios de comunicación masiva dicha situación*” (Cám. Nac. Civ., Sala I, 24/6/1997, "S. V. v. M. D. A., s/ Medidas cautelares", citada por **Kemelamjer de Carlucci, Aída**, op.cit. Destacado propio)

En este orden de ideas, cabe añadir que la moderna concepción del régimen de responsabilidad parental pone el énfasis en resaltar los deberes de los progenitores sobre los derechos de éstos. En tal sentido, los derechos derivados del ejercicio de la función parental alegados por la quejosa se encuentra fuertemente limitados por sus deberes orientados a facilitar el desarrollo autónomo de sus hijos.

Es decir, el derecho a ejercer la responsabilidad parental de los niños conlleva como límite la responsabilidad de ejercerla *adecuadamente*. En tal sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir las responsabilidades dentro de la comunidad” y reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de ella familia...” En igual sentido, el Alto Tribunal de la Nación expresó que “ En sintonía con esa evolución, la Convención de 1989 "sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva del derecho del menor, sancionando la ineludibilidad de la acción estatal positiva para garantizar en última



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

instancia la eficacia del derecho del menor y su protección" (...). Esa impronta ha signado el derrotero del derecho tan profundamente que modernamente la noción misma de la patria potestad se define más allá de los derechos de los padres (...). En efecto, este instituto se construye principalmente de cara a la formación integral, protección y preparación del hijo para la vida. Ergo, es menester que aquellas medidas referidas a la familia sean zanjadas o, cuando menos, integren en su elaboración a la regla 'favor filii'. Repito, el denominado 'mejor interés' hace a la esencia de la actuación paterna. Así, la doctrina nos recuerda que los niños son la "humanidad en ascenso", por lo que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. En esa línea, no sólo condiciona el modo en que debe desplegarse el 'officium' paterno. También obliga al intérprete -urgido por esta directiva jurídica de particular peso axiológico en el derecho contemporáneo- a dar, en cada caso individual, respuestas realmente coherentes con una acción proteccional bien entendida. Y, por lo mismo, lo conmina a prestar especial atención a los niños como personas, enteramente revestidas de la dignidad de tales; titulares -ahora mismo- de unos derechos, cuyo ejercicio actual se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro (Gutiérrez García-Martí Sanchez: ob.cit. p 27 a 29)" (Fallos 331:941).

Al respecto Tribunal Constitucional de Colombia, en un supuesto fáctico muy similar, sostuvo que "Cuando XX cuente con la edad y la madurez para manejar su cuenta en Facebook va a encontrar que el mismo ha sido el medio a través del cual se ventilaba la intimidación de la familia, y que ésta ha sido conocida por un grupo de amigos que ella no escogió, independientemente de que tenga un vínculo familiar con ellos. Esto atendiendo a que en la actualidad, el padre se adujo la potestad de escoger quienes son los amigos de la menor en la red. Tal disputa va a incidir en el criterio que de XX se formen los demás, pues posiblemente se presentaron datos en su cuenta de una forma diferente a la que seguramente la menor hubiera querido. Adicionalmente, como bien se puso de presente, en ocasiones resulta sumamente difícil eliminar la información que se

ha colado en el internet, lo que puede ocasionar en el futuro consecuencias desfavorables para XX, quien posiblemente no quiera mantener toda la información que el papá introdujo en su cuenta. *La conducta desplegada por los padres, pone en riesgo además el desarrollo armónico e integral de la menor, quien ha quedado involucrada en medio del conflicto y tiene que ser participe de la disputa, no solo en el día a día sino a través de un medio digital al que en algún momento tendrá acceso. Finalmente, es del caso precisar que si bien la patria potestad implica la posibilidad de que los padres tomen ciertas decisiones en nombre de sus hijos, como sería en este caso, la creación de una cuenta en red social, tales decisiones no pueden poner en riesgo a los mismos, ni afectar sus derechos fundamentales, como sucede en este caso. De allí que en ejercicio de la patria potestad no le sea posible al señor BB mantener la cuenta creada.* Lo hasta aquí expuesto se convierten en razones suficientes para tutelar los derechos fundamentales de la niña XX al habeas data y a la honra, así como el interés superior del menor, por lo que en la parte resolutive de esta providencia se ordenará la cancelación de la cuenta en Facebook a nombre de la niña. Se reitera, en este caso se protegen los derechos fundamentales de la menor XX, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social de la que ella no es consciente y que se ha utilizado para ventilar una disputa familiar. Lo expuesto no implica que los menores no puedan acceder a la Sociedad del Conocimiento y la Tecnología , pero para ello se deben atender las recomendaciones del *Memorandum de Montevideo*, en lo referente a que tal acceso debe ser paulatino, acompañado de las personas encargadas de su cuidado y acorde a la madurez y desarrollo psicológico que presenten.” (Tribunal Constitucional Colombiano, acción de tutela iniciada por AA en representación de su hija XX contra BB, sentencia del 29 de marzo de 2012).

Para finalizar considero que las denuncias de arbitrariedad y omisión de cuestión esencial, tampoco pueden recibir asidero por resultar cuestiones propias del recurso federal y del recurso extraordinario de nulidad respectivamente, ajenas al remedio impetrado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

En virtud de las consideraciones expuestas
es que propicio a VE rechazar el recurso extraordinario incoado.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 28 de octubre de 2014.

Fdo. Juan José de Oliveira. Subprocurador General.