

TRIBUNAL DE GESTION ASOCIADA-TERCERO

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 83CUIJ: 13-04825788-1((012053-303952))

**D.E.P.N. – P.A.E. – P.S.E. Y P.P.N.R. C/ M.M.B. P/ ACCIÓN
PREVENTIVA**

104906842

Mendoza, 23 de Octubre de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

I.-A fs. 4/9 se presenta M.N.D.E.P., A.E.P., S.E.P. y NR.P., por sí, con el patrocinio letrado de la Dra. BARBARA PEÑALOZA, e interponen acción de tutela preventiva de daños en contra de la Sra. M.B.M., a fin que se evite la continuación y agravamiento del daño que ha provocado por las publicaciones realizadas en su perfil de Facebook denominado “M.M.F.”

Manifiesta que el Sr. P. mantuvo una relación sentimental, de la que nació una niña. La relación se terminó en el año 2009.

Relata que desde mayo del 2017 hasta la fecha de interposición de la demanda, la Sra. M.ha publicado sistemáticamente en su biografía de Facebook, de manera pública, comentarios calumniantes e injuriantes respecto al Sr. A. P. e injuriantes en relación a la Sra. P..

Indica que ante el Tercer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción de la Provincia, se radicó la pertinente denuncia en contra de la demandada, y se probó que el perfil de Facebook pertenece a la Sra. M. y que las publicaciones fueron vertidas por ella. No obstante, la Sra. M. ha enviado y continúa enviando mensajes privados a familiares, amigos y conocidos de la Sra. D.E. P., lo que ha ocasionado una grave lesión en su dignidad y en los miembros de su familia.

Sostiene que, en sus dichos la demandada acusó y sigue acusando falsamente al Sr. P. de negarle la cuota alimentaria a su hija, de ocultar sus bienes a través de su familia y esposa, y de hacer ejercicio de violencia de género contra ella.

Que luego de la sentencia que la condenara continúa realizando publicaciones sin nombrar a los actores, utilizando los mismos calificativos denigrantes, que en honor a la brevedad a los dichos esgrimidos en el escrito de demandada me remito.

Funda en derecho. Ofrece prueba.

II.- A fs. 13 luce constancia realizada por la Suscripta, donde se advierte la existencia de las publicaciones en el muro de Facebook de la Sra. M.M.F., ingresando a través de los enlaces 1 a 24 indicados a fs. 4 vta., 5 y 5 vta. en el escrito de demanda.

III.-A fs. 14 obra dictamen de la Sra. Asesora de Menores, interviniendo al solo fin de la representación complementaria de los menores (art. 103 inc. a del C.C.C).

IV.-A fs. 34/37 corrido el traslado de la demanda, el accionado, debidamente notificado conforme surge de las constancias de autos, comparece a estar a derecho.

Contesta demanda y realiza la negativa de rigor y presenta su propia versión de los hechos.

Expone que luego de la sentencia penal, donde se la condenara a cesar en las publicaciones en su muro de Facebook donde hace referencia al entonces demandante, cumplió y se encuentra cumpliendo en la actualidad con todos los puntos de la misma.

Destaca el desgaste jurisdiccional que la actora realiza, reflejándose en las reiteradas denuncias que la misma ofrece como prueba, y específicamente la presente demanda, por un hecho ya resuelto en la justicia penal. Funda en derecho. Ofrece prueba.

V.- A fs. 48 /49 se dicta auto de admisión de prueba.

VI. A fs. 51 luce acta de audiencia preliminar, en la cual consta que la Dra Peñaloza, por la parte actora, manifiesta que se opone a la prueba ofrecida por la contraria a fs. 26, porque entiende que la misma es falsa, ya que no corresponde la misma con la fecha, ni la autenticidad del número de origen de la publicación referida. Acto seguido los letrados comparecientes por la parte demandada manifiestan que vienen a desistir de la testimonial del Sr. MANUEL GONCALVEZ. Se invita a las partes a conciliar a lo que los mismos solicitan que se de por fracasada la misma.

VII. A fs. Se reciben expedientes ofrecidos como AE

En este estado se llaman autosp ara sentencia.

CONSIDERANDO:

1.- ACCION PREVENTIVA:

Que la cuestión planteada ostenta regulación procesal novísima, la cual rige en nuestra provincia desde el día 01 de febrero de 2018 (art. 374 del CPCCyT).

El artículo 3 de dicho cuerpo procesal consagra la Acción de tutela preventiva, estableciendo claramente el proceso que debe seguir el tribunal en casos como el presente en los que los legitimados activos intentan la prevención de un daño. El juez debe meritar sumariamente la petición y resolver sobre su admisibilidad.

En el sublite dicha evaluación de mérito resultó positiva y así se decidió en cuanto a la tramitación de la acción en cuestión.

Existen, en la actualidad, dos tipos de actuación claramente diferenciables en la jurisdicción: una tradicional de carácter dirimente, que se conoce como contenciosa, pues hace actuar la voluntad de la ley para dilucidar un conflicto, analizando cuál de las dos posiciones que se sostienen en un pleito es la correcta o verdadera, y otra, de carácter protectorio, que persigue precaver los daños acaecidos, o en ciernes, de ahí su carácter preventivo, porque si se produjeron, apunta a su morigeración, y si resultan inminentes, pretende evitarlos (Rojas, Jorge “Los principios procesales y la tutela preventiva”, en Revista de Derecho de Daños, “Prevención del daño”, 2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág.287 y sgtes).

El mismo autor sostiene que, el Derecho, a diferencia de otras ciencias, no puede desarrollar los avances que se ven por ejemplo en ciencias duras, o aplicaciones como la tecnología. Sin embargo, no es menos cierto que requiere de adaptaciones constantes, las cuales vienen puestas muchas veces por la creación pretoriana de aquellos jueces que se destacan por su activismo, en pro del adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Ello requiere, hoy, a la luz de la llamada constitucionalización del Derecho Privado, de una mirada más intensa y profunda en aquellos aspectos que hacen a la apertura que significó para nuestro país la reforma de la Ley Fundamental en 1994, y con ella la incorporación de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la C.N). Es decir que ya no existe un Estado de Derecho, sólo meramente legislativo, sino que existe un Estado constitucional

de derecho, en donde los principios que emergen de nuestra Ley Fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos cobran un rol preponderante para valorar la letra de la ley.

El CCCN introdujo lo que la doctrina identificaba como tutela inhibitoria, posibilitando una reparación ex ante y no sólo la reparación tradicional ex post. La finalidad de la norma (art. 1710 al 1715 CCCN) es evitar la producción de un daño. Para ello faculta a cualquier persona, siempre que no importe una restricción a su esfera de libertad por la razonabilidad que se requiere respecto a las medidas que se adopten para evitar la producción de un daño, todo ello a partir de una interpretación razonable y de buena fe, teniendo en cuenta que quienes están legitimados para reclamar necesitan sólo un interés razonable, aspecto que amplía el concepto tradicional de legitimación, y además no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711 CCCN), esto importa la necesidad de contemplar el daño en sí mismo a fin de propender a morigerarlo o bien evitarlo.

A más de esta previsión legal, consagrada en el Código Civil y Comercial de la Nación, y procesalmente en el artículo 3 de nuestro reciente Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, hay que destacar la existencia de un mandato preventivo constitucional, que es aquel que tiende a que no se produzcan desconocimientos de derechos constitucionales reconocidos, procurando garantizar especialmente la efectividad de los derechos sociales prometidos por el texto constitucional (Peyrano, Jorge “El mandato preventivo constitucional: variante elogiada de la jurisdicción preventiva” en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 750).

En el orden supranacional, la CIDH, en referencia a este mandato preventivo constitucional ha sostenido “esta Corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y

libertades reconocidos en ella y organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación impone a los Estados Parte el deber de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares” (OC n° 17/2002, párrafo 87).

En este sentido, en el caso en estudio se vislumbra claramente el interés ostentado por los presentantes en su acción de tutela preventiva y la finalidad expresada en dicha demanda: requieren los actores que se obligue a la Sra M. a eliminar determinadas publicaciones realizadas en su perfil de Facebook y que se abstenga de realizar nuevas publicaciones en las que se refiera en forma directa o indirecta a cualquiera de los miembros de su familia.

Agregan que los actores pretenden vivir en paz y en familia sin verse expuestos e insultados por la Sra .M.

Desde el ámbito civil, la doctrina nacional concibió un nuevo sistema de tutela de los derechos en el ámbito privado: la tutela civil inhibitoria (Lorenzetti, Nicolau, Seguí, Zavala de González). Se entendió que para que ésta procediera, debían presentarse los siguientes requisitos:1) la antijuridicidad, propia de la causación del daño amenazado (ej., ilicitud propia de los severos daños derivados de la radicación de una industria minera de extracción de oro a cielo abierto);

2) la amenaza del daño, aún no materializado, y

3) la previsibilidad del daño o de su continuación, según las reglas de la causalidad adecuada.

Serán legitimadas para reclamar aquellas personas que acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 CCyCN). La Constitución Nacional (art. 43) y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 52, texto según ley 26.361/2008), entre otras disposiciones, ofrecen un detalle concreto sobre quiénes podrían ser estas personas: los afectados, las asociaciones que propendan a los fines que la acción relevante compromete, el defensor del pueblo, la autoridad de aplicación nacional o local, el ministerio público, etcétera.

Si bien el nuevo Código no contempla los detalles del proceso en cuestión, fija los alcances esenciales de la sentencia (art. 1713 CCyCN), orientando su puesta en práctica y futura regulación especial. En este sentido establece que de acogerse la acción, dicha sentencia deberá:

a) Disponer obligaciones de dar, de hacer o de no hacer: según corresponda y a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria.

b) Ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Mediante esta expresión, sin duda se asigna al magistrado una función amplia y creadora, pudiendo él decidir cuál es la orden que mejor se adapta para el fin perseguido, y siendo ésta susceptible de ser revisada o adaptada posteriormente. La amplitud señalada exigirá a su vez una gran prudencia de parte del juez, ya que este tipo de acciones en muchos casos supondrán un enfrentamiento entre el derecho a continuar viviendo en un ambiente lo más sano posible y el derecho a desarrollar una actividad productiva.

Así, por ejemplo, ante un ataque a la intimidad, la tutela preventiva habilitará a la Justicia a disponer diversos mecanismos para evitar la continuación o agravamiento de un daño, como ordenar el cese o la suspensión de la perturbación, o la llamada acción preventiva de cese del ataque (ej., prohibición de publicar cualquier material fotográfico en estado de desnudez de una persona). Ello será así, sin perjuicio de otras medidas que también podrá

garantizar un tribunal, como el derecho a réplica (que da al damnificado derecho de responder aquello que de él se ha dicho) y asimismo, la publicación de una sentencia condenatoria, cuya función podrá ser eminentemente reparatoria.

II.- Derecho a la intimidad y libertad de expresión.

En el presente caso, la parte actora plantea que el conflicto planteado en este caso involucra a derechos fundamentales de personas, entre ellas, menores de edad, pues están en juego sus derechos personalísimos al honor, la imagen y la intimidad.

Por su parte la demandada sostiene que ha dado cumplimiento con la sentencia penal dictada en los autos N°20147 y que utilizar o realizar publicaciones en Facebook sin referirse a persona determinada, sino solo hashtag o pensamientos que no agreden, dañen o se entrometan en la intimidad de ninguna persona, es el uso pleno de la libertad de expresión.

Previo a resolver, deberá caracterizarse estos derechos en pugna:

a)Derecho a la intimidad

Aprehender la noción de intimidad no resulta un tema simple, por la multiplicidad de definiciones o descripciones que la doctrina ha efectuado sobre este derecho subjetivo. Se lo denomina igualmente derecho a la vida privada y aun derecho a la privacidad.

Aunque no existe consenso al respecto, se considera que la "vida privada" es el género e incluye como núcleo central a la intimidad, aunque pueden usarse como sinónimos.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 estableció que "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de*

ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" (art. 12).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocieron este derecho a la intimidad o a la vida privada. También deben mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el derecho argentino podemos citar el art. 19 de la CN, que consagra el denominado "principio de reserva"; el art. 18, que garantiza la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados, y el art. 33, que reconoce los llamados "derechos implícitos", entre otras normas.

Pero en este caso, más que la intimidad, lo que está en juego es el conocido como "honor" o reputación de las personas.

b.- Derecho al honor o reputación

El honor o la reputación son conceptos con distintas acepciones, pero en general se reconoce que existe una dimensión subjetiva y otra objetiva.

La primera es la consideración que cada persona tiene de sí misma, sus virtudes y defectos, y del respeto o trato que merece por parte de sus semejantes.

La dimensión objetiva tiene que ver con lo que opina o piensa la sociedad en la que se desenvuelve el sujeto, acerca de sus méritos o virtudes y sus deméritos.

El art. 52 del Cód. Civ. y Com. no define el derecho al honor, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como la fama o estimación ajena, lo que significa que se receptan ambas facetas del honor.

Su tutela aparece, juntamente con la de la intimidad o vida privada, en la inmensa mayoría de las Constituciones e incluso en los tratados de derechos humanos, generalmente a la par.

c.- Libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión y la relevancia que conlleva el acceso colectivo a la información están consagrados en los arts. 14, 32 y 42 de la CN, arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros cuerpos normativos.

Bajo la garantía de la "libertad de expresión" universalmente se comprenden la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades.

Se la considera como una de las garantías fundamentales de las sociedades democráticas, y cualquier persona puede reivindicar que se le respete el ejercicio de esta garantía.

En nuestro derecho, el sustento de la libertad de prensa y de expresión está contemplado fundamentalmente por los arts. 1º, 14, 19, 32 y 33 de la CN, y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional incorporados por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), a los que ya nos hemos referido.

Aun cuando todas las normas internacionales e internas de los Estados reconocen y consagran la garantía de la libertad de expresión, **se trata de un derecho sujeto a restricciones**, generalmente fundadas en razones de orden público, tales como la concesión de licencias de radiodifusión que administra la autoridad pertinente, o cuyo ejercicio puede originar responsabilidades derivadas de su mal uso, como cuando con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión se atenta contra otros derechos tales como el honor, la intimidad de las personas

o la protección de los datos personales, la incitación o exaltación del odio racial o la práctica de la discriminación.

III.-El conflicto y la solución en el caso en concreto.

Por su propia estructura es inevitable que se produzcan colisiones entre los derechos a la intimidad y al honor y a la libertad de expresión.

Al respecto se ha dicho que éste no es un conflicto entre intereses puramente privados, sino que se enfrentan exigencias que hacen al interés general de la comunidad -acceso a la información, prohibición de censura previa, libertad de expresión- y los imperativos que protegen derechos fundamentales del individuo, los que también conforman el interés público (CNFed. Civ. y Com., 16/12/2016, "Sánchez Kalbermatten, Alejandro c. Herz, Claudio P. s/ medidas cautelares", LA LEY del 16/08/2017, 5, AR/JUR/84930/2016, con nota de MOLINA QUIROGA, Eduardo; AR/DOC/2149/2017)

"En las causas que versan sobre conflictos entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos lo primero que debe discernirse es si está en juego el derecho al honor o el derecho a la intimidad. Ello así porque el contenido esencial de ambos derechos es distinto, lo que lleva a que merezcan un tratamiento diferente".

Y continúa señalando que, "en el caso de que se atribuya a un medio de comunicación (o a las personas que a través de ellos se expresan), la difusión de hechos relativos exclusivamente a la vida privada de una persona sin su consentimiento, no puede el medio defenderse mediante la exceptio veritatis; o sea, mediante la alegación y prueba de que lo dicho es verdad, que efectivamente ha acontecido" . Por ello "Ninguna importancia tiene que así haya sido, dado que la violación de la intimidad se produce por la sola intromisión (arbitraria) en la vida privada, y por ende, si ha causado una perturbación en sus sentimientos, genera la obligación de reparar el daño (art. 1071 bis del Cód. Civil; art. 1770, Cód. Civ. y Com.). (Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a la

intimidad y al honor, Molina Quiroga, Eduardo, LA LEY 15/08/2019, 15/08/2019, 4, AR/DOC/2381/2019)

Es decir que cuando el conflicto con la libertad de expresión es con respecto a la intimidad o vida privada, no es necesario ni suficiente acreditar la veracidad de lo sostenido, ya que la intromisión -si es arbitraria- genera responsabilidad, y por lo tanto obligación de resarcir los daños que se invoquen y acrediten.

Del análisis de los expedientes ofrecidos como prueba, en especial expedientes N°P-20537/19 “F c/M. por Desobediencia Judicial”, N°P-96217/18 “Fiscal c/NN p/Desobediencia a la autoridad”, N°P-720945/19 “Fiscal c/NN p/Desobediencia a la autoridad” y N°P-717968/19/10 “F c/ Av p/Desobediencia” surge que en reiteradas oportunidades, los Sres P. y D.E.han denunciado el incumplimiento de la orden de prohibición de acercamiento mediante mensajes en redes sociales y diferentes publicaciones realizadas por la Sra M. en su perfil de Facebook.

Especialmente, en los autos P-717968/19/10 la Sra M. fue citada a prestar declaración informativa, la misma se abstuvo a declarar y en dicha audiencia se le notificó expresamente la prohibición de acercamiento al domicilio del Sr. P. A. E. y M. N. D. E. y/o donde se encuentren, y/o cualquier lugar circunstancial o habitualmente se encontrare, así como la prohibición de mantener todo tipo de contacto con los mismos, sea telefónico, electrónico o de cualquier tipo en tiempo real o virtual.

De la compulsa de dicho expedientes, se advierte que los actores se han movilizado por diferentes ámbitos a fin de frenar la situación que padecen.

Analizando las publicaciones realizadas por la Sra M., advierto que, en los casos de las publicaciones identificadas en el escrito de demanda y constatadas como: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 21, 23, se ha mencionado, sin nombrar o indicar el nombre expreso del Sr. P.y a su familia, al hacer alusión al

“padre de mi hija”, “#padre perfecto”, “familia en Brasil”, “nuestra hija” y cuando publica resoluciones en las cuales se hace referencia a procesos judiciales existentes entre las partes.

Asimismo, en la publicación de fecha 13 de enero de 2017, admitida como hecho nuevo a fs. 67/68 se incluye una foto de los menores junto a la demandada.

Entiendo que dichas publicaciones hacen alusión directa al Sr. P. y a su familia o entorno, y que las mismas afectan a la vida privada y el honor de los actores, especialmente a los actores menores de edad. Advierto, en consecuencia, que las mismas generan daño a los accionantes en su honor y vida privada teniendo en cuenta que de las acusaciones vertidas por la Sra M. resulta fácil la identificación del Sr. P. y su familia.

En consecuencia, en virtud de lo explicado en los considerandos anteriores, corresponde que dichas publicaciones sean eliminadas del perfil de Facebook de la Sra M.. Asimismo, deberá la demandada abstenerse de realizar nuevas publicaciones en las cuales se refieran a los actores, por medio de alusiones o identificarlos, por ejemplo “el padre de M.”, todo ello bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes.

Estimo que no resulta necesario la publicación de esta sentencia de Diario Los Andes, dado que esto llevaría a una mayor difusión de lo discutido en autos.

IV.-Costas: Atento a como se resuelve la cuestión corresponde imponer las costas a la parte demandada por resultar vencida. (art. 35, 36 CPCCyT).

Los honorarios se regularan en virtud de lo dispuesto por el art.10 de la Ley 9131.

En su virtud, y por lo normado por el artículo 3 del CPCCyT de Mendoza, y artículos 1710 y cc del CCCN

RESUELVO:

I.-Admitir parcialmente la pretensión contenida en la acción por tutela preventiva incoada por M.N.D.E.P. , A.E.P., S.E.P., y N.R.P.P.. En consecuencia ordenar a la demandada que elimine las publicaciones realizadas en su perfil de Facebook, en la cual se mencione o se haga referencia a los actores, las cuales se corresponden con las URL:

.....

II.- Asimismo, deberá abstenerse de realizar publicaciones referidas a los actores, o que de alguna manera se relacionen a los mismos.

III.-En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el punto I y II, será pasible de la aplicación de astreintes (art.804 CCCN).

IV.- Imponer las costas a la parte demandada, por resultar vencida.

V.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Barbara Peñaloza en la suma de pesos cuarenta y un mil ochocientos cincuenta (\$41.850), Roberto Luraschi en la suma de pesos catorce mil seiscientos cuarenta y siete con 50/100 (\$14.647,50) y Alberto Luraschi en la suma de pesos pesos catorce mil seiscientos cuarenta y siete con 50/100 (\$14.647,50)(art.10 Ley 9131).

VI.- Regular los honorarios profesionales por el incidente de hecho nuevo a la Dra Barbara Peñaloza en la suma de pesos cuatro mil seiscientos cincuenta

(\$4.650) y al Dr. Roberto Luraschi en la suma de pesos tres mil doscientos cincuenta y cinco (\$3.255) (art.10 y 14 Ley 9131).

**NOTIFÍQUESE por intermedio del Receptor del Tribunal-
REGISTRESE- CÚMPLASE.**

DRA. CAROLINA DI PIETRO
Juez