

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por mayoría, rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por la señora W.S.N. contra la sentencia que confirma la medida autosatisfactiva y, en consecuencia, le ordena abstenerse, personalmente y/o por interpósita persona, de difundir o divulgar por todo medio de comunicación cualquier noticia, dato, imagen y/o circunstancia vinculada con su separación de hecho del señor M.G.L., o sobre cualquier aspecto de su matrimonio, familia e hijos; a la vez que establece, en caso de incumplimiento, la aplicación astreintes de cincuenta mil dólares (U\$S 50.000) y su comunicación a la justicia penal; así como la notificación de la medida a todos los medios de comunicación (fs. 749/770 de las actuaciones principales a las que me referiré salvo aclaración en contrario).

La mayoría del tribunal entendió que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por la demandada no logra controvertir la decisión de la cámara de confirmar el dictado de la medida autosatisfactiva.

El juez Negri, a cuyo voto adhirió el doctor Genoud, estimó que el hecho de que el juez de grado hubiera encuadrado de oficio la solicitud de medida cautelar del señor M.G.L. como una medida autosatisfactiva no atenta contra el principio de congruencia. Explicó que el dictado de esa medida no vulnera los derechos de la impugnante y es adecuada a fin de resguardar el derecho a la intimidad de los hijos de las partes de la causa. Agregó que, a la luz de los artículos 3 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las decisiones judiciales deben hacer prevalecer el interés superior del niño, y que, en este caso, ese interés justifica la adopción de una medida excepcional como la dictada en el presente caso.

Asimismo, advirtió que el agravio vinculado a la imposición de astreintes es inadmisible pues lo resuelto por la cámara sobre este punto no tiene carácter definitivo. Rechazó el agravio según el cual la cámara no había tratado cuestiones esenciales debido a que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley no es la vía idónea para canalizar esa impugnación. Entendió, en cambio, que aquella debía ser articulada mediante un recurso de nulidad.

Por su parte, el juez de Lázzari agregó que el desplazamiento transitorio del ejercicio del derecho a la defensa no coloca a la demandada en un estado de indefensión pues eventualmente ella puede ser oída en el transcurso del proceso. Hizo hincapié en la facultad de los jueces de disponer medidas que garanticen una protección integral, preventiva, inhibitoria y reparadora en el ámbito de la privacidad y el honor con arreglo a los artículos 1071 *bis* del Código Civil derogado y 1770 del Código Civil y Comercial.

Finalmente, el juez Soria indicó que la articulación de los agravios relativos a la libertad de expresión de la demandada es fruto de una reflexión tardía. Postuló que la recurrente tampoco revierte las afirmaciones de la cámara según las cuales no es claro de qué modo la prohibición de hablar de su separación y de su vida familiar obstaculiza su desarrollo profesional.

-II-

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 779/792), que fue replicado por la parte actora (fs. 802/819) y denegado por el superior tribunal provincial (fs. 820/822), lo que motivó la queja en estudio (fs. 63/67).

La recurrente indica que existe cuestión federal en tanto la decisión apelada configura un caso de censura previa que atenta contra la libertad de expresión. Al respecto, argumenta que, de conformidad con los artículos 14 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la prohibición de la censura previa es absoluta.

Sostiene que los derechos al honor y a la intimidad no admiten protección judicial preventiva sino únicamente remedios reparatorios. Invoca la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos que ratifica y desarrolla la prohibición de la censura previa. Agrega que, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la única excepción a la censura previa se configura cuando se trata de regular el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de niños y adolescentes. Sostiene que la fijación de astreintes es un mecanismo de censura indirecta.

Destaca que la medida prohíbe por un tiempo indeterminado la manifestación o divulgación de cualquier aspecto de su matrimonio, su familia y sus hijos. Sostiene que es un hecho público y notorio que tanto el actor como la demandada han publicado asiduamente aspectos de su vida privada en los medios de comunicación. Agrega que el actor publicó, con posterioridad al dictado de la medida, fotos en los que aparece junto a sus hijos. Manifiesta que ello muestra su consentimiento para la exposición pública de sus hijos. Afirma que en ese contexto los jueces no pueden censurar con carácter anticipado publicaciones vinculadas a su vida familiar.

Agrega que la amplitud y la vaguedad de la sentencia impiden a los destinatarios adecuar su conducta a la medida dictada, lo que corrobora la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, argumenta que la sentencia del *a quo* es arbitraria. Por un lado, advierte que se concedió una medida cautelar autosatisfactiva que no fue peticionada por la parte. Por el otro, sostiene que la medida cautelar autosatisfactiva no es un remedio idóneo para la tutela de la intimidad de los hijos de las partes. Aduce que la imposición de astreintes se contradice con los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares

autosatisfactivas, dado que las primeras tienden a evitar circunstancias que imposibiliten o dificulten la ejecución de la sentencia. Por último, se agravia de que el tribunal superior no examinó las cuestiones constitucionales propuestas. Recuerda la doctrina sentada por la Corte Suprema en los casos "Strada" y "Di Mascio".

—III—

En mi opinión, el recurso extraordinario ha sido mal denegado.

En primer lugar, la sentencia apelada es equiparable a una decisión de carácter definitivo, puesto que la pretensión del actor se agotó con la medida autosatisfativa confirmada por el *a quo* y la decisión recurrida es susceptible de causarle a la demandada un agravio de insuficiente reparación posterior en virtud de las características de la medida dictada —que impide la libre circulación de información— y de la naturaleza del derecho que afecta (Fallos: 324:975, "S., V." y 330:5251, "Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios").

En segundo lugar, el recurso plantea, por un lado, agravios vinculados con la interpretación de normas de carácter federal (arts. 14, 32 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, por otro, aduce objeciones dirigidas a mostrar que la decisión impugnada resulta arbitraria.

En línea con la doctrina de la Corte Suprema, corresponde dar prioridad a las atribuciones de arbitrariedad, pues si son acertadas ellas implican que no existe una sentencia válida (Fallos: 318:189, "Bichute de Larsen"; 323:35, "Botti"; 338:1347, "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa CIV

23410/2014/3/RH2 “Pavez, José c/ Google Inc. s/ medida precautoria, del 22 de mayo de 2017; entre otros).

Además, la omisión del tribunal de última instancia de expedirse sobre el asunto federal involucrado, tras un estudio cuidadoso y exhaustivo del tema, configura un obstáculo para que la Corte Suprema pueda ejercer correctamente su competencia apelada (doctr. Fallos: 330:2265, “Kang Yong Soo”; 339:1820, “Righi”; entre varios otros).

Por lo tanto, el recurso de queja es procedente.

—IV—

A mi modo de ver, el tribunal *a quo* confirmó la medida autosatisfactiva sobre la base de invocar en forma dogmática el derecho a la intimidad y el interés superior del niño, soslayando analizar su afectación concreta en el caso y armonizar esos derechos y principios con la libertad de expresión y la prohibición de censura previa invocadas por la actora. Ello revela la inexistencia de un tratamiento serio de las cuestiones relevantes para la resolución de la causa y, en definitiva, la ausencia de una sentencia válida.

Ante todo, cabe puntualizar que la medida en cuestión impide el proceso expresivo antes de que éste se haya desarrollado, por lo que implica una censura previa.

En estas circunstancias, corresponde recordar que el artículo 14 de la Constitución Nacional veda expresamente la censura previa. Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. El único supuesto de censura previa que admite es el de los espectáculos públicos “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia” (inc. 4).

Además, cabe ponderar los lineamientos esbozados por la Corte Suprema en materia de libertad de expresión. En el caso “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, registrado en Fallos: 337:1174, la Corte Suprema sostuvo que a lo largo de su jurisprudencia estableció que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623, “Pérez Arriaga”), a la vez que señaló que toda censura previa que se ejerza sobre la libertad de expresión padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, “Servini de Cubría”, considerando 10°).

En esa ocasión, la Corte Suprema sostuvo que su jurisprudencia es consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento jurídico de una posición privilegiada pues “la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación”. Indicó que, en ese contexto, “en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso” (considerando 26°). Agregó que la doctrina constitucional de los Estados Unidos también entendió que cualquier sistema de censura previa padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad (considerando 27°).

Finalmente, la Corte Suprema recordó que la prohibición a la censura previa solo podría ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales.

En el precedente registrado en Fallos: 324:975, “S., V.”, la Corte Suprema confirmó parcialmente una medida de tutela preventiva dictada en aras de proteger los derechos a la intimidad de un menor. Destacó que “en la ya señalada tarea de armonización de las garantías constitucionales cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa, ya que como esta Corte ha señalado, el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que

conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente por ley y su interpretación deba ser restrictiva (Fallos: 316:1623)” (considerando 13º).

En ese entendimiento, confirmó, por un lado, la prohibición de la publicación en los medios de comunicación masivos del nombre del menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Explicó que la medida se fundaba en la protección del interés superior del niño dado que la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Destacó que la medida precautoria se limitaba estrictamente a la prohibición de divulgar el nombre del menor, lo que eludía una restricción injustificada a la libertad de prensa.

Por el otro, el tribunal revocó la prohibición de propalar cualquier noticia vinculada a la filiación puesto que entendió que ello excedía la tutela que requería la intimidad del menor.

En ese marco, entiendo que el tribunal *a quo*, al confirmar la medida autosatisfactiva, omitió verificar si en la presente causa se encuentran configurados los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema para el dictado de medidas absolutamente excepcionales que conllevan una censura previa.

En primer lugar, la sentencia menciona, en forma dogmática, el interés superior del niño y la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad (arts. 3 y 16, Convención sobre los Derechos del Niño), sin analizar cómo se ven afectados en el caso concreto y sin ponderar si esa eventual afectación debe prevalecer, en el *sub lite*, frente a la fuerte protección que tiene la libertad de expresión en nuestro ordenamiento constitucional. Tampoco indagó si existían otros medios para

resguardar el interés superior de los niños a través de remedios procesales menos gravosos que el aquí dispuesto.

En segundo lugar, el *a quo* no evaluó si la tutela de los hijos de las partes exigía de manera indispensable el dictado de una medida preventiva de la extensión de la ordenada en autos, que prohíbe —sin un límite temporal y bajo apercibimiento de aplicar astreintes de cincuenta mil dólares (U\$S 50.000)— la divulgación por la demandada y/o por interpósita persona por todo medio de comunicación de cualquier noticia, dato, imagen y/o circunstancia vinculada con su separación de hecho del señor M.G.L., o sobre cualquier aspecto de su matrimonio, familia e hijos. Ese análisis era imperioso en el caso, pues para la concesión de medidas de esta naturaleza no basta considerar que la misma es adecuada, sino que se debe demostrar que resulta estrictamente necesaria. Tal como expuse, en el citado precedente “S., V.”, la Corte Suprema señaló que en la tarea de armonizar las garantías constitucionales en juego —análogas a las aquí debatidas— la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable a fin de resguardar su intimidad para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

Finalmente, el tribunal tampoco advirtió la ambigüedad de la medida en cuanto veda la circulación de información sobre cualquier aspecto de su matrimonio, familia e hijos. Esa falta de precisión, sumada a la sanción pecuniaria prevista para el caso de incumplimiento, podría conllevar un efecto inhibitorio en el ejercicio lícito de la libertad de expresión, que no puede ser soslayado en un tratamiento adecuado de la controversia.

En conclusión, considero que la sentencia del superior tribunal de la causa se basó en argumentos dogmáticos vinculados a la tutela de la intimidad de los menores y omitió analizar su afectación concreta en la causa y considerar aspectos fundamentales relativos al derecho a la libertad de expresión, por lo que el pronunciamiento apelado resulta descalificable como acto

jurisdiccional sobre la base de la doctrina de arbitrariedad de sentencia. En este marco, el derecho de defensa de la recurrente fue vulnerado por el superior tribunal provincial al rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley sobre la base de un razonamiento de excesivo rigor formal que no brinda respuesta suficiente a los agravios constitucionales de la demandada respecto de una decisión judicial adoptada *inaudita parte*, que implica una restricción de su derecho a expresarse libremente.

-V-

Por lo expuesto, opino que se debe hacer lugar al recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2018.

ES COPIA

VICTOR ABRAMOVICH


ADRIANA M. MARCHESE
Subsecretaria Administrativa
Fiscalización General de lo Negro