Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL - SALA C

36262/2014 Incidente Nº 1 - ACTOR: F. A., J. M. DEMANDADO: C., J. V. s/ART. 250 C.P.C - INCIDENTE FAMILIA

Buenos Aires, de noviembre de 2020.- HC

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Contra el decisorio de fecha 29.06.2020 mediante el cual la magistrada de grado decreta como medida cautelar la intimación para que el Sr. J. M. F. A. y/o sus familiares y/o cualquier persona a él vinculada se abstenga de subir, difundir y/o publicar en cualquier plataforma de las redes sociales, información, imágenes, videos, etc., con el nombre de J.G.F. , como cualquier elemento que pueda identificarlo; que en forma inmediata proceda a bajar de las redes sociales todos los videos en los que aparecen imágenes, videos, recuerdos, carteles y/o información referida al niño menor de edad, se alza el Sr. J. M. F. A., quien presenta el memorial en fecha 20.07.2020, cuyo traslado fue respondido por su contraria del 29.07.2020.

Por su parte, la Sra. Defensora de Cámara dictamina en fecha 11.11.2020 adhiriendo a los argumentos expuestos por el Sr. Defensor de Menores de la anterior instancia. Propicia se declare desierto el recurso de apelación interpuesto, confirmándose el pronunciamiento recurrido.

II.- Se recuerda que en la sustanciación de la apelación, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio, y delimita restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan la pérdida o caducidad de los derechos del apelante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y dado que la expresión de agravios del actor satisface las exigencias del art. 265 del Código Procesal así como el criterio de amplia flexibilidad, más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se procederá a tratar los agravios formulados por aquel en lo que se refiere únicamente a la cautelar recurrida, en tanto los restantes exceden lo que fue materia de apelación.

III.- Se considera adecuado señalar que esta Sala participa del criterio de que en toda actuación judicial en la que se encuentren involucrados niños, deben velarse por el interés supremo de éstos, que se erige como principio rector del derecho procesal de familia. Sobre el tema, téngase presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión «interés superior del niño» implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (CI DH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LL 2003-B, 312); y la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes n° 26.061 lo definió como «la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley» (art. 3).

En consecuencia, en todas las cuestiones de esta índole, ha de ser aquel interés primordial de los niños y adolescentes el que ha de orientar y condicionar toda decisión de los Tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos; y ello conforme reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Federal (CSJN. 6/2/2001, «Fallos», 324:122 ; 2/12/2008, «Fallos», 331:2691 , 29/4/2008, «Fallos», 331:941; entre otros).

Por eso, este tipo de procesos son inquisitivos; dada la indisponibilidad del derecho sustancial (ver Kielmanovich, Jorge L., «Sistema inquisitivo y derechos del niño», en «Rev. De Derecho de Familia y de las Personas», La Ley, n° 9, octubre de 2011, pág.73; Sala «B», 10-03-2009, K.M. y otro c/ K.M.D» LL. 2009- B-709; 29-2.2012, «C.V.S, L. c/ S.,R.D s/ régimen de visitas», R. 590.131. Ver también, C. Apel. Trelex, Sala A, 24-2-2011, «B., D.E. c/ C., M.G.», en RTev. De Derecho de Familia y las Personas, La Ley, n° 9, octubre 2011, p. 77; id.id., 10-03-2010, «S,m E.B. c/ N., J. de la C, LL. Online AR/JUR/95785/2010).

En resumidas cuentas, no corresponde en casos como el traído a examen limitarse a la aplicación rigurosamente técnica de pautas formales que llevarían a desentenderse del hecho de hallarse operando sobre derechos indisponibles. Nótese que la normativa los declara «irrenunciables» (art. 2, parr. 2° de la ley 26.061), lo que lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes cederán paso a las facultades judiciales (conf. Morello, Sosa Berizonce, Códigos Procesales.K 2da. Ed. I-574, «C»). Vale decir, el orden público es el que se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente.

Los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños atrapados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. La natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que asisten a los niños; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una «efectividad directa como mandato de la Constitución».

En definitiva, el deber de priorizar la atención y cuidado de los niños no se encuentra exclusivamente a cargo de sus representantes necesarios (que ocasionalmente -voluntaria o involuntariamente- pueden operar en contra de sus asistidos) o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente. El Poder Judicial se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado en este sentido.

A su vez, es dable destacar que el art. 6 inc. 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño, determina que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Por otra parte, corresponde poner de relieve que el art. 3°, in fine, de la Ley 26061, prescribe que cuando exista conflicto de intereses de los niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros en tanto más vulnerables y necesitados de protección.

En tal entendimiento, se coincide con el temperamento adoptado por la Sra. Magistrada de grado.

Es que dada la complejidad observada en la dinámica familiar, de acuerdo con un análisis meramente periférico de la cuestión, se aprecia la conveniencia de mantener la dispuesta por la juzgadora.

Ello así porque esta medida no se halla supeditada a la acreditación de la verosimilitud del derecho con idéntico alcance que se le asigna en las medidas cautelares de orden patrimonial. Basta la comprobación de ciertas circunstancias demostrativas por sí mismas de la situación que se tiende a proteger para acceder a la protección que se solicita (conf. CNCiv. Sala A, R.195.042 del 21/05/96; Sala C, R. 216.644, del 17/4/97; esta Sala, R. 429.024 del 2/6/05).

De acuerdo a ello, las medidas cautelares dispuestas dentro del marco de un proceso de familia, se dictan con los elementos que en principio surgen de la causa, motivo por el cual pueden ser luego modificadas en caso que se determine que han variado los presupuestos en base a los cuales fueron decretadas (conf. CNCiv., Sala M, «G., C. c. B., H. A.», 08/05/2007, Publicado en: DJ 2007- III, 1212, cita online: AR/JUR/2650/2007).

Resulta útil recordar que no se exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. De lo contrario, un pleno juicio de certeza se opondría a la finalidad de la institución cautelar. En el derecho de familia la verosimilitud del derecho surge en muchos casos de la propia naturaleza de la petición y se presume con la sola acreditación del vínculo (conf. Mazzinghi, Esteban M., cautelares en el Derecho de LL 2008D, 1045, cita AR/DOC/1929/2008). «Medidas Familia», online: Ahora bien, de lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores de la instancia de grado -que no se vislumbra haya excedido en sus funciones, desde que como es sabido debe velar por los intereses del menor de edad-, a cuyos argumentos se adhiere la Sra. Defensora de Cámara, resulta que aquel ha podido constatar la exposición del menor de edad que realiza el progenitor difundiendo e, incluso, realizando manifestaciones contra quienes han participado de los procesos en los que se ha visto involucrado; circunstancia que conduce sin hesitación a coincidir con las medidas dispuestas por la jueza de grado.

Y no es por ello, que como pregona el recurrente, se vulneren derechos individuales de su persona como el de la libertad de opinión y de expresión, pues como se adelantó, en el caso de conflictos de intereses debe prevalecer el interés superior del menor.

Además, es dable señalar que «la única excepción reconocida por la Corte Suprema a la prohibición general de las medidas preventivas de la libertad de expresión ha sido cuando dichas medidas fueran necesarias para la protección de los derechos de los niños. Esta excepción fue reconocida en «M.,D.A.» por cuatro votos concurrentes y ratificada obiter dicta por la mayoría de la Corte en «Belén Rodríguez». Un primer argumento, esbozado en general por todos los votos que forman parte de la mayoría de «M., D. A.», descansa en la protección preferencial que la Convención sobre los Derechos del Niño, también de jerarquía constitucional, otorga a la tutela de los menores. (conf. Giuliano, S. y Guidi, S.; Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión, Revista de Derecho de Daños, 2016-2, Rubinzal Culzoni, págs. 477/522).

Asimismo, en el Código Civil y Comercial se dedica un capítulo a los derechos personalísimos, e inicia con el art. 51 que declara la inviolabilidad de la persona humana, así como al reconocimiento y respeto de su dignidad, que es de donde derivan y se fundamentan los derechos de la personalidad.

En el art. 52 se determinan algunos derechos de la personalidad, a saber la intimidad personal o familiar, la honra o reputación, la imagen e identidad.

Por su parte, el art. 55 del CCyCN dispone la necesidad de consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, aclarando que este consentimiento debe ser explícito, ya que no se presume, y puede revocarse libremente.

Se ha sostenido que «el derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño y adolescente y está en ellos el derecho de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo. De manera que, a medida que vaya progresando su autonomía, podrán por sí mismos disponer de sus derechos, podrán autodeterminar su intimidad en internet y podrán crear una identidad digital que los represente, y de la que no se avergüencen». «Respecto a sus padres, adviértase que el Código ya no establece que los hijos menores de edad están bajo la autoridad de los padres tal como lo hacía el Código de Vélez, solo se establece un deber de cuidado respecto de sus hijos, por ello, en la vida on line, a estos solo les cabe la obligación de proteger este cúmulo de derechos personalísimos y así proteger la dignidad digital de sus hijos. Proteger no significa disponer de esos derechos como si les pertenecieran, ni arrogarse la facultad de determinar la identidad de sus hijos en Internet. Proteger la dignidad digital de los niños y adolescentes es evitar injerencias arbitrarias en su intimidad, cuidar el uso de la imagen de sus hijos, evitar publicaciones que los expongan y que dañen su reputación» (conf. Peñaloza, Bárbara V.; Dignidad digital de niños y adolescentes: protección de sus derechos personalísimos en internet, publicado en DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 126 Cita Online:AR/DOC/2443/2018).

Por ello, si lo que pretendió el recurrente es, como pregona, publicar desde la lucha por sus derechos y el amor a su hijo, tenía a su alcance otros medios, debiendo a tal efecto esgrimir otra conducta, pues la que asumió lo fue en desmedro de los derechos personalísimos de su hijo menor precedentemente enunciados.

Por otra parte, en lo atinente al pedido de nulidad esgrimido por la demandada, en atención a lo proveído por la Magistrado de grado en fecha 03.08.2020 ninguna otra consideración cabe efectuar al respecto.

Por lo expuesto, y oída la Sra. Defensora de Menores en esta instancia, SE RESUELVE: 1.- Confirmar el decisorio recurrido. Con costas al perdedor (conf. art. 68 y 69 del CPCC.) y 2.- Disponer el traslado al recurrente respecto del pedido de multa formulado en el apartado II de la contestación del traslado del memorial. Notifíquese en los términos de la Acordada n° 38/13 de la CSJN. Publíquese y oportunamente devuélvase.

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE - JUAN MANUEL CONVERSE - PABLO TRIPOLI.